

ARTÍCULO INCLUIDO EN LA OBRA PUBLICADA POR EL CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO EN HOMENAJE AL NOTARIO ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA

LA POSICIÓN JURÍDICA DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO E INTERREGIONAL ESPAÑOL: EVOLUCIÓN Y
SITUACIÓN ACTUAL.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.- II.- INTERÉS DEL TEMA; COMPETENCIA NOTARIAL PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y CUESTIONES DE CALIFICACIÓN REGISTRAL EN ESTE ÁMBITO.-III.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL.- IV.- REGULACIÓN ACTUAL: EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 9-8 DEL CC.- 1.- Presupuesto de aplicación: la condición de cónyuge viudo.- 2.- Interpretación de la expresión "derechos que por ministerio de la ley".- 3.- Significado de la expresión "ley que regula los efectos del matrimonio".- 4.- El necesario respeto a las legítimas de los descendientes.- 5.- Relación del inciso final del 9-8 con los párrafos 1º y 3º del número 2 del artículo 16 del Código Civil.

Ilde, va por ti. Tu figura influyó decisivamente en mi decisión de intentar ser Notario. Después de mucho esfuerzo lo conseguí y gracias a ello, cada día, puedo asegurar que Goethe tenía razón cuando afirmaba que la felicidad no está en hacer lo que te gusta sino en que te guste lo que haces.

I.- INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.-

Históricamente la atribución de derechos sucesorios al cónyuge supérstite tiene su origen en las costumbres germánicas que concedían a la viuda un usufructo total o parcial en los bienes de los hijos. Igualmente, se tiene conocimiento de que en otros pueblos y culturas, como la árabe, era frecuente la concesión de derechos legitimarios al cónyuge viudo, los cuales variaban, en su cuantía, según se tratara de viudo o viuda.

Sin embargo, el Derecho romano, originariamente, ni siquiera llamaba a la sucesión intestada a la esposa que se hubiese casada sine manu, aunque, posteriormente, los edictos del Pretor fueron corrigiendo esta situación a través de la *bonorum possessio unde vir et uxor*. En las Novelas de Justiniano y según los comentaristas, subsistieron los textos referentes a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que se concedía a falta de otro pariente llamado a la sucesión por las

propias Novelas¹.

¹ARIAS RAMOS "Derecho Romano", editorial Reus. Madrid, 1940, páginas 346 y siguientes.

Centrándonos en el derecho espa_ol, podemos apreciar cómo históricamente se han reflejado ambas tendencias; por un lado, la influencia romana se dejó sentir, a través de la institución de la cuarta de la viuda pobre e indotada, tanto en las Partidas como en el Derecho Catalán, mientras, por otro lado, la huella germánica se pudo ver en el Fuero Juzgo que concedía a la viuda (no al viudo) el usufructo de una porción igual a la de cada hijo e igualmente -incluso con un reconocimiento más amplio- en los derechos de Aragón y Navarra.

Más modernamente, ya en los siglos XIX y XX, los derechos que se conceden ministerio legis al cónyuge viudo han experimentado en el pasado, y vienen experimentando, en el presente, una evolución tendente hacia su ampliación, al menos, en nuestro entorno jurídico más inmediato.

Como ejemplo de lo primero podemos destacar que la regulación originaria del Código Civil (artículo 834 y siguientes), inspirada en la Base 17 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888², fue objeto de una importante modificación por la Ley de 24 de abril de 1958 para, precisamente, mejorar la posición del cónyuge viudo, como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de dicha ley³. Por otra parte, y como manifestación reciente de la tendencia favorable a la ampliación de los derechos del cónyuge viudo, podemos citar la reforma del Derecho sucesorio catalán iniciada en la Ley 9/1987 de Sucesión Intestada y completada por el Código de Sucesiones

² Dicha Base 17 decía literalmente "Se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo". Fácilmente se puede apreciar la similitud de este precepto con lo que decía el Fuero Juzgo.

³ Concretamente decía "Al revisar los derechos sucesorios de la mujer, se ha planteado la oportunidad de proceder a la ampliación de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente indistintamente.

La reforma afecta a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en su carácter de legitimario. Se ha querido conservar la atribución del haber legitimario del cónyuge superviviente en usufructo, pero ampliando, con carácter general su cuantía, fortaleciendo así la posición económico-familiar de aquél....".

(Ley 40/1991, de 30 de diciembre) donde se recoge el usufructo universal del cónyuge viudo en concurrencia con descendientes (Artículo 331) e incluso la reforma de la Compilación Balear de 1990 que amplía de un tercio a la mitad el usufructo del cónyuge viudo en ese mismo caso -concurrencia con descendientes-.

En virtud de lo expuesto, probablemente podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el legislador contemporáneo tiende a regular los derechos del cónyuge viudo atendiendo a la protección de sus intereses, es decir, teniendo muy en cuenta el principio del llamado *favor viduitatis*, reflejo post mortem del principio del favor matrimonii, que, poco a poco, se va abriendo camino en los diversos ordenamientos.

En relación con esta cuestión de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión ha sido un lugar común en la doctrina poner de manifiesto la interrelación o interdependencia que existe entre la posición que aquél ostenta en la liquidación del régimen económico matrimonial y la que tiene en la sucesión de su cónyuge⁴. Con ello se quiere expresar una especie de máxima o regla según la cual cada ordenamiento legislativo regula los derechos sucesorios del cónyuge viudo en función del régimen económico matrimonial y viceversa, de tal modo que, a mayores derechos del cónyuge en la liquidación del régimen económico matrimonial menos derechos sucesorios se le otorgan y al revés. En este sentido, la doctrina internacionalista destaca que aquellos ordenamientos, como el Código Civil espa_ol, que se basan en un régimen de comunidad -sociedad de gananciales- conceden reducidos derechos sucesorios al viudo -usufructo del tercio de mejora en concurrencia con descendientes- mientras los ordenamientos anglosajones que parten de un régimen de separación absoluta⁵ conceden

⁴M ELENA ZABALO ESCUDERO -autora de una de las monografías más importantes sobre el tema titulada "La Situación Jurídica del Cónyuge viudo"- siguiendo a CALVO CARAVACA, califica esa relación entre REM y sucesión de "vasos comunicantes", página 17. Después, en la página 57 de la misma obra, utilizando palabras de LEQUETTE, habla de cuestiones "en sinergia".

⁵En realidad, siendo precisos, en estos ordenamientos ni siquiera se puede utilizar el concepto de régimen matrimonial.

importantes derechos al viudo⁶.

⁶ZABALO ESCUDERO, obra citada, páginas 69 y 70, considera que uno de los ordenamientos que mejor demuestra la interdependencia entre el REM y los derechos sucesorios del cónyuge es el alemán ya que la liquidación del régimen de participación es distinta según se realice en vida de los cónyuges -liquidación ordinaria de un régimen de participación por diferencias entre el patrimonio inicial y el final- o al fallecimiento de uno de ellos, en cuyo caso, el superviviente tiene la plena propiedad de una cuarta parte de los bienes del premuerto, que se superpone a su derecho sucesorio, si bien el cónyuge superviviente dispone de la posibilidad de renunciar a sus derechos sucesorios y proceder a la liquidación del régimen como "en vida", si le es más ventajosa.

Cuando tal premisa se cumple lo cierto es que la utilización de puntos de conexión diferentes para la determinación de la ley sucesoria y de la que regule la liquidación del régimen económico-matrimonial puede llevar a soluciones injustas de privación o acumulación de derechos para el viudo. Concretamente y hasta la modificación del Título Preliminar del Código Civil por la reforma de 1973-1974 se ponía como ejemplo prototípico de ello el caso de un matrimonio sometido al Código Civil en cuanto a su régimen económico en el que, posteriormente, los cónyuges adquirirían -p. el. por residencia- vecindad aragonesa; en tal caso, la sucesión se regía por la legislación aragonesa que ningún derecho sucesorio reconocería al viudo, mientras que a la disolución del régimen matrimonial se le aplicaría el derecho común, y la viuda tampoco tendría el derecho de viudedad aragonesa. En relación con este ejemplo, PELAYO HORE⁷ ya decía que "el Derecho de familia y el Derecho sucesorio son conceptos distintos, pero tan íntimamente ligados, que las soluciones en uno están dictadas teniendo en cuenta las del otro y constituyen un todo armónico, de tal forma que es imprescindible sea una misma ley que los regule, porque si no, ese concierto se destruye y desembocamos en soluciones inesperadas", como la del ejemplo anterior.

⁷La cita está tomada de " Els Conflictes de Lleis derivats de la coexistència de diversos ordenaments jurídics civils a L'Estat Espanyol i l'últim incís de l'art. 9.8 C.C." de M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS publicat per la Revista "La Notaria", número de Abril de 1996, pàgina 73.

La cuestión no sólo se planteó en el Derecho Interregional sino también en la doctrina internacionalista española y extranjera, si bien, en un primer momento, se consideró que en tales casos lo que subyacía era un problema de calificación, así ZABALO ESCUDERO⁸ trae a colación la opinión de BARTIN sobre el caso de los derechos de la viuda maltesa a la denominada "cuarta del cónyuge pobre"⁹, el cual fue resuelto por el mencionado BARTIN como un problema de calificación sobre la base de la *lex fori* (francesa)¹⁰.

La evolución doctrinal posterior apuntó la necesidad de realizar *un ajuste o adaptación*¹¹ para evitar la injusticia que produce la aplicación de normas de conflicto diferentes a instituciones que están íntimamente relacionadas y que no tendría lugar si se tuviera en cuenta la compleja situación jurídica en su totalidad. En definitiva, se trata de introducir un mecanismo corrector de los resultados injustos que podrían derivarse de la aplicación formal de las normas de conflicto, y para ello se procede "al engranaje de los distintos sistemas jurídicos de manera que se coordinasen como si de uno solo se tratara"¹².

⁸Op. Cit., página 21.

⁹ZABALO ESCUDERO, Op. Cit. Página 21. Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Argel de 24 de diciembre de 1889 -un clásico en el Derecho Internacional Privado- en el que se debatía acerca del carácter familiar o sucesorio de la cuarta viudal maltesa.

¹⁰El que se tratase de una cuestión de calificación tendría su importancia, al menos en el Derecho español, pues no se aplicaría en los conflictos interregionales -artículo 16,1_ del CC.

¹¹ZABALO ESCUDERO -Op. Cit., páginas 22 y 23- nos dice que fue la doctrina alemana y, en concreto ZITELMANN, la que inicia el análisis de este tipo de problemas.

¹²ZABALO ESCUDERO -Op. Cit., página 23-, con cita de RAAPE.

No obstante, no siempre se consideró doctrinalmente que tal adaptación estuviese incluida en el ámbito del Derecho Internacional Privado, antes bien por el contrario, las concepciones formalistas y conflictualistas entendieron que el Derecho Internacional Privado se limitaba a determinar cuál de los ordenamientos en presencia era el aplicable. Hoy, sin embargo, la doctrina internacionalista no pone en duda que el problema de la *adaptación* es uno de los que debe abordarse a la hora de interpretar y aplicar la norma de conflicto. Sin embargo, ese acuerdo no se produce a la hora de concretar los criterios sobre los que debe realizarse tal adaptación; en concreto y con referencia al caso que venimos estudiando de injusticia material derivada de la fragmentación entre el ordenamiento que regula la liquidación del régimen económico matrimonial y el que rige la sucesión, la doctrina ha formulado diversos criterios.

Una parte de la doctrina postula la aplicación¹³ de una sola de las leyes en presencia optando, unos, por la ley reguladora del régimen económico matrimonial mientras que, otros, se decantan por la ley que ordena la sucesión. Ambas soluciones no dejan de plantear problemas, en el primer caso derivados de la necesidad de coordinar los derechos de naturaleza sucesoria que pueda atribuir la ley reguladora de los efectos del matrimonio con las instituciones sucesorias reguladas por otra ley distinta, y en el segundo caso derivados de la necesidad de liquidar el régimen económico matrimonial según una ley distinta que la que lo regula.

Como casi siempre, tampoco han faltado opiniones intermedias concretamente, ADOLFO CALATAYUD¹⁴ apunta la existencia de autores que "partiendo de la preferencia de la ley reguladora del régimen económico matrimonial, sin embargo aplican la ley sucesoria si es más favorable que la primera".

¹³Un estudio más amplio en la obra citada de ZABALO, páginas 85 y siguientes así como 111 y siguientes.

¹⁴"Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo", ADOLFO CALATAYUD, publicado en la Revista La Notaría, Noviembre de 1992, página 10.

Dentro de esta orientación intermedia, ZABALO¹⁵ trae a colación la opinión de KEGEL, quien no se pronuncia a priori en favor de una u otra ley, afirmando que "si la ley del régimen ha desplegado sus efectos durante la vida del matrimonio, ésta deberá regir el conjunto de los derechos del cónyuge viudo; si por el contrario reserva sus efectos para la disolución del mismo (por ejemplo si se trata de una comunidad diferida) deberá ser la ley sucesoria la que determine los derechos del supérstite".

¹⁵Op.Cit., página 122.

Otros sector doctrinal, aun reconociendo la necesidad de la llamada *adaptación*, consideran que ésta no se puede realizar aplicando una sola de las leyes en presencia, en cuanto la elección entre una u otra no deja de ser arbitraria. Dentro de estas tesis podemos distinguir, a su vez:

- los que proponen acudir a normas materiales que regulen los derechos que en cada caso corresponden al cónyuge viudo, lo que, como afirma CALATAYUD presenta el inconveniente de tener que prever "las casi infinitas variedades que puedan darse en el ámbito del régimen económico matrimonial"¹⁶.

- las tendencias flexibilizadoras que proponen conceder al juez amplios poderes en orden a determinar a posteriori la solución más justa en cada caso atendiendo a todos los intereses en conflicto. Personalmente no comparto estas tesis y ello, no sólo por la inseguridad jurídica que generan, sino también porque, en general, estas opiniones, cometen, a mi juicio, un grave error al trasladar al Derecho continental concepciones propias de Ordenamientos de realización exclusivamente judicial, como el anglosajón. Efectivamente, en el derecho continental, en general, y en el espa_ol, en particular, no sólo contribuyen a la realización del Derecho los jueces y tribunales, sino también otros operadores jurídicos, como los Notarios y los Registradores de la Propiedad; no debemos olvidar que la inmensa mayoría de las relaciones sociales se desenvuelven pacíficamente con la intervención de tales profesionales sin que haya que acudir a los Tribunales de Justicia y no creo que haya nadie con una cortedad de miras tal que entienda que, en tales casos, no hay Derecho¹⁷.

¹⁶Op. Cit., página 11.

¹⁷A propósito de esta cuestión me gustaría incluir aquí una peque a reflexión en la medida en que en muchos ámbitos - incluso especializados- se considera que la vida jurídica se limita a lo contencioso de tal modo que, fuera de ello, no hay prácticamente DERECHO, sino fórmulas y rutina. Evidentemente no estoy de acuerdo ya que, extrajudicialmente, también puede haber DERECHO, con mayúsculas, y, en concreto, Notarios y Registradores somos un buen ejemplo de ello en cuanto diariamente resolvemos multitud de situaciones coadyuvando a que los ciudadanos -verdaderos y únicos protagonistas de la película- pueden ver satisfechos sus intereses. De esas

situaciones un número despreciable, por pequeño, desemboca en pleito; es decir, el caso patológico es excepcional. Un ejemplo de ello me lo proporciona mi maestro LOIS PUENTE, quien, ante la discrepancia -de todos conocida- entre el TS y la DGRN sobre el carácter imperativo o no del artículo 8 de la LPH, se pregunta qué es DERECHO las dos Sentencias del Tribunal Supremo que proclaman su imperatividad o los miles de cláusulas estatutarias inscritas que parten del principio contrario -carácter dispositivo del precepto-.

Dejando a un lado las propuestas doctrinal y entrando en el terreno del Derecho positivo hay que decir que la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre introduce un inciso final en el artículo 9-8 que, según la doctrina internacionalista, trata de solucionar, a mi juicio, con más intención que acierto, el problema de la llamada *adaptación*, en cuanto a los derechos del viudo, entre el régimen económico matrimonial y la sucesión en cuanto a los derechos del viudo. El presente trabajo pretende clarificar, en la medida de lo posible, la interpretación del precepto, al menos para poder proceder con cierta seguridad en la práctica extrajudicial. En orden a conseguir dicho objetivo nos ocuparemos, en primer lugar, de la evolución histórica del Derecho español en lo que atañe a las cuestiones relacionadas con esa adaptación, así como con la ley aplicable a la sucesión y a los efectos o relaciones del matrimonio para, después, adentrarnos en el análisis del inciso final comentado. Previamente, sin embargo, abordaremos algunas cuestiones interrelacionadas, como es la relativa a la competencia internacional del Notario en las actas de declaración de herederos y la de la extensión de la función calificadora del Registrador en estas materias.

II.- INTERÉS DEL TEMA; COMPETENCIA NOTARIAL PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y CUESTIONES DE CALIFICACIÓN REGISTRAL EN ESTE ÁMBITO.

No podemos seguir adelante sin preguntarnos por qué diversos notarios¹⁸ nos ocupamos de un tema de Derecho Internacional Privado e Interregional como el que es objeto del presente trabajo. La respuesta a tal pregunta no es difícil de encontrar si pensamos que el Notario, jurista práctico por excelencia, se mueve al impulso que le marcan los problemas diarios, los cuales, en este ámbito, le surgen desde el momento

¹⁸Si observamos la Bibliografía del presente estudio veremos el importante número de Notarios que se han ocupado de la interpretación del inciso final del artículo 9-8 del Código Civil.

en que se le atribuye la competencia para declarar herederos. Como todos sabemos, fue la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de Reforma Procesal la que atribuyó al Notario competencia exclusiva¹⁹ para "la declaración de que determinadas personas que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato" (artículo 979 de la LEC).

¹⁹La Resolución de la DGRN de 8 de mayo de 1995 así lo consagra al destacar la distinta competencia material de órganos judiciales y notariales. No obstante, con VENTOSO ESCRIBANO -"Acta Notarial de Notoriedad de declaración de herederos abintestato", en los Estudios en Homenaje a José-María Chico Ortiz, página 444- creemos que la dualidad de competencia notarial-judicial se rompe cuando hay contienda, en cuyo caso y como no puede ser de otro modo, la competencia es judicial, si bien, a través del proceso ordinario correspondiente (regla 5 del artículo 209 del RN). También considero que la competencia notarial cede en favor de la judicial en aquellos casos en que haya una duplicidad de expedientes lo que, como apuntó la Resolución de la DGRN antes citada, sólo puede ocurrir cuando haya discrepancia, entre los distintos actores, sobre los posibles herederos.

Una cuestión previa que creo conveniente analizar, por su relación con el tema, es la relativa a la competencia internacional del notario español para declarar herederos cuando el causante tenía nacionalidad extranjera en el momento de su fallecimiento. No se trata de una cuestión de conocimiento o desconocimiento de la legislación aplicable ni de posibilidad o imposibilidad de la notoriedad pretendida, sino de pura competencia internacional del Notariado español. En sentido favorable a esa posibilidad parece mostrarse la doctrina notarial que se ha ocupado de las actas de notoriedad de declaración de herederos, ya que ni siquiera se plantean la cuestión, dándola por supuesta, así NAVARRO VI_UALES²⁰, quien, al referirse a la prueba de la nacionalidad, nos dice que "La nacionalidad del causante nos llevará a buscar la ley que rige su sucesión en las normas de Derecho Internacional Privado de su país. En este punto hay que tener presente la posible existencia de reenvíos a otros ordenamientos", o también VENTOSO ESCRIBANO²¹, el cual afirma que "la norma acaba con una especie de llamada de atención a la importancia que en esta materia tiene la ley aplicable y ésta va en función de la nacionalidad y vecindad civil" ; en sentido contrario, SÁNCHEZ MERA y LOIS PUENTE, dada la vinculación entre la nacionalidad del causante (ley reguladora de la sucesión) y la competencia para la declaración de herederos.

Personalmente creo que, aunque no se atribuya expresamente tal competencia internacional al Notario español, la regulación legal y reglamentaria presupone, siquiera tácitamente, tal posibilidad siempre y cuando se cumplan los requisitos de competencia territorial, es decir, que el causante extranjero tuviera su último domicilio, hubiere fallecido, o tuviera parte considerable de los bienes o cuentas bancarias en España. Esta afirmación personal la baso en las siguientes razones:

²⁰"Notas prácticas sobre el nuevo artículo 209 bis del Reglamento Notarial", Revista LA NOTARÍA, Febrero de 1993, página 73.

²¹Op. Cit. Página 485.

- ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial se alude a la necesidad de que el causante sea español;
- el artículo 209 bis del mencionado RN, al reconocer la posible aplicación del derecho extranjero, parece admitir que el causante no sea de nacionalidad española. Efectivamente, la regla 5ª de ese precepto dice "...Se practicarán, también, las pruebas propuestas por el requirente, así como las que se estimen oportunas, en especial las dirigidas a acreditar la nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable". La expresión "en su caso" sólo cobra sentido si se entiende que el derecho extranjero sería aplicable cuando el causante fuera de nacionalidad extranjera, por contraposición a la vecindad civil que determina la ley aplicable, cuando se trate de nacionales españoles.
- La regulación de las actas de declaración de herederos, especialmente en lo que atañe a la atribución de competencia, está inspirada más en el criterio de territorialidad que en el de personalidad o, al menos, esa es la interpretación "oficial" de la Dirección General de los Registros y el Notariado; así la *Instrucción de esa DGRN de 10 de marzo de 1995 sobre autorización de actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato por los Cónsules de España en el extranjero* excluye la competencia de las autoridades consulares españolas en este tipo de actas atendiendo a razones de territorialidad (regla 1ª), y por esa misma razón admite (en su regla 4ª), tratándose de españoles y en determinados casos que califica de residuales, la posibilidad de que "la declaración pueda ser obtenida del órgano extranjero competente, atendiendo al lugar del fallecimiento o al de la situación de los bienes". En mi opinión nada impide que el mismo criterio pueda aplicarse en el supuesto inverso de causantes de nacionalidad extranjera, aunque sólo sea en virtud del principio de reciprocidad.
- Además, y aunque sea un tanto forzado, puede traerse a colación el artículo 11 del CC, cuyo inciso inicial señala que "Las formas y solemnidades de los testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen";

debemos de tener en cuenta que, según la doctrina internacionalista²² y en una definición excluyente, son cuestiones de forma todos aquellos elementos que no pertenecen ni a la capacidad ni al fondo.

En cualquier caso, y aun cuando la tesis propuesta no prosperase, creo seguro el criterio consistente en admitir la idoneidad de la autoridad española -si se dan los criterios de competencia territorial- en los supuestos que la doctrina internacionalista²³ denomina "**foros de necesidad**", es decir, en aquellos casos en que no exista posibilidad de obtener la declaración de herederos ante las autoridades de otro Estado o, cuando, tal posibilidad, sea muy remota y gravosa.

²²JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS y FRANCISCO GARCIMARTIN ALFÉREZ, "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo I, Volumen 2_, página 806.

²³En este sentido, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho Internacional Privado", Volumen I, página 116.

Por otro lado, se plantea el reverso de la cuestión, es decir el tema, ya apuntado anteriormente, de si deben reconocerse efectos en España a las declaraciones de herederos de causantes españoles realizadas por autoridades extranjeras competentes según el Derecho de su país, siempre, claro está, que hayan cumplido los requisitos de legalización y, en su caso traducción para gozar de eficacia en nuestro país²⁴. Incluso, en relación con esta cuestión, se puede apuntar, como hemos visto, un supuesto de español fallecido en el extranjero en el que precisamente la autoridad extranjera sea la única competente. En este sentido, poco después de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de el Reglamento Notarial, la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Cáceres²⁵ ya se había planteado qué autoridad era la competente en el caso de un español que nunca tuviese residencia en España, ni falleciese en nuestro país, ni tuviese bienes o cuentas bancarias en España, en cuyo caso, dicha Comisión apuntaba a la competencia del Cónsul español en el país del último domicilio del causante español. Sin embargo, frente a ese criterio, VENTOSO ESCRIBANO²⁶ ya entendía que lo habitual sería "la obtención de la declaración en el país del domicilio, del fallecimiento o donde estén los bienes". Hoy, esta opinión aparece, a mi modo de ver, como la única segura en este punto, especialmente tras la *Instrucción de la DGRN de 10 de marzo de 1995* a la que ya hemos hecho referencia, la cual consagra expresamente que, en tal caso, no estamos ante "un supuesto residual en el que la

²⁴CALVO CARAVACA y BLANCO-MORALES LIMONES, "Derecho Internacional Privado", Volumen II, página 257 destacan que las declaraciones de herederos, como actos de jurisdicción voluntaria, deben cumplir los requisitos de los artículos 600 y 601 de la LEC y no el trámite de EXEQUATUR como ha recordado el ATS, Sala 1., de 8 de febrero de 1985.

²⁵Tomado de VENTOSO ESCRIBANO, Op. Cit., página 469.

²⁶Op. Cit., página 469.

competencia por exclusión, corresponde al Cónsul, sino para un caso extremo en el que no hay legalmente ningún órgano espa_ol con competencia para autorizar la declaración....., lo que no impide que esta declaración pueda ser obtenida del órgano extranjero competente....".

Como hemos se_alado anteriormente, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de Reforma Procesal, atribuye al Notariado competencia para la declaración de herederos en determinados casos - cuando el heredero sea descendiente, ascendiente o cónyuge-, mientras que los órganos judiciales siguen siendo los competentes, cuando se trate declarar a "los demás herederos" (artículo 980 de la LEC).

En la etapa anterior a esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil la competencia para la declaración de herederos abintestato correspondía en exclusiva²⁷ a los órganos judiciales y se entendía, de forma unánime, que la calificación registral de tales declaraciones de herederos, en cuanto documentos judiciales, se sujetaba a lo dispuesto en el artículo 100 del RH. Tras la reforma, se trata de dilucidar si el acta notarial de declaración de herederos se somete al mismo tratamiento registral que las declaraciones judiciales de herederos o si el Registrador puede entrar a calificar la declaración de derechos que el Notario hace en tales actas.

En caso de que prevalezca la primera proposición lo cierto es que toda la problemática que estudiaremos del inciso final del 9-8, al menos en el plano extrajudicial, perdería gran parte de su importancia en la medida en que el Registrador tendría que estar y pasar por la declaración notarial de derechos limitando su labor de calificación a la competencia de

²⁷ Debemos recordar aquí que, especialmente tras la reforma del Reglamento Notarial de 1967, algunos autores, como NAVARRO AZPEITIA, GARCÍA BERNARDO y GONZALEZ ENRIQUEZ, defendieron la posibilidad de aplicar el acta notarial de notoriedad a las declaraciones de herederos, si bien, como afirma RODRÍGUEZ ADRADOS -"Escritos, IV, "Cuestiones de Técnica Notarial en materia de Actas"- la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1970 "cortó radicalmente la práctica que se estaba iniciando"; no obstante, y como el propio RODRÍGUEZ ADRADOS apuntaba, si bien el Notarios no podía "declarar herederos", si que tendría la posibilidad de "expresar solamente la notoriedad del hecho de quiénes son los parientes más próximos del causante.

la autoridad, a la congruencia del acto, a las formalidades extrínsecas y a los obstáculos que resulten del propio Registro (artículo 100 del RH).

Una vez más la doctrina que se ha ocupado de esta materia se encuentra dividida, pudiendo distinguirse tres posiciones, dos de ellas claramente contrapuestas y una tercera intermedia.

Una primera opinión es la que sostienen MARÍN SÁNCHEZ²⁸ y NAVARRO VIÑUALES²⁹, quienes consideran que debe aplicarse a las actas notariales el artículo 100 del RH sobre calificación de documentos judiciales, y ello por las siguientes razones:

²⁸"Extensión de la función calificadora del Registrador respecto de las actas de declaración de herederos abintestato", Revista LA NOTARÍA, Noviembre de 1992, páginas 25 y siguientes.

²⁹Op.Cit., página 171.

- el juicio de notoriedad que realiza el Notario debe quedar al margen de toda calificación, al igual que los otros dos juicios que aquél hace en toda escritura como son el de capacidad y el de identidad, cuya desvirtuación queda reservada al juicio declarativo correspondiente (MARÍN);

- aunque la declaración notarial de herederos parece un acto notarial, podría mantenerse que sólo lo es en apariencia al igual que ocurre en otros supuestos como el de la protocolización notarial del laudo arbitral; la declaración notarial de herederos no puede recibir el mismo tratamiento que cualquier otro documento notarial ya que lo que ha hecho el legislador es confiar al Notario la emisión de un juicio jurídico de la misma manera que la Ley de Arbitraje defiere decisiones en procedimientos contenciosos a personas que no son jueces. Si la LEC hubiese confiado a unos "árbitros" la declaración de herederos nadie hubiese dudado acerca de su tratamiento por lo que tampoco debe dudarse cuando el "árbitro" es el Notario (MARÍN);

- que no hay razón para que las declaraciones notariales de herederos no reciban el mismo trato que las declaraciones judiciales de herederos tenían y tienen aún hoy, cuando procede su obtención en el Juzgado, unificándose así el tratamiento registral de las declaraciones de herederos, independientemente de cuál sea la autoridad competente (MARÍN y NAVARRO);

- además, considera NAVARRO que es lógico que el artículo 100 del RH aluda solo a documentos expedidos por la autoridad judicial y no a las actas notariales de herederos, ya que al tiempo de ser redactado aquél éstas no existían.

La posición contraria consiste en entender que el Registrador debe realizar su labor de calificación respecto de estas actas notariales de declaración de herederos en la misma forma y con la misma extensión que respecto de los demás documentos notariales y se señalan como argumentos:

- la propia literalidad del artículo 100 del RH que se limita a "documentos expedidos por la autoridad judicial";

- el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que exige que el Registrador califique la validez de todos los actos y contratos que pretendan acceder a los libros registrales;

- el hecho de que en el ámbito notarial, a diferencia del

judicial, no hay ninguna posibilidad de recurso o apelación, lo que se explica porque, tratándose de declaraciones de herederos, esa segunda instancia se suple con la intervención del Registrador.

En último lugar podemos citar una tercera tesis defendida por VENTOSO ESCRIBANO³⁰, a la que me adscribo decididamente, que distingue dentro de estas actas:

- por un lado, el juicio del Notario acerca de la Notoriedad de ciertos hechos (p. el. que tal persona falleció con determinados hijos, o que no existan más hijos que los declarados como herederos), el cual quedaría fuera del ámbito de calificación registral.
- por otro lado, la aplicación que el Notario hace de determinadas normas legales señalando quiénes son los herederos y en qué medida. Tal aplicación de las normas a los hechos deduciendo consecuencias jurídicas puede ser calificada registralmente.

III.- LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPA_OL EN ESTA MATERIA³¹.

En este apartado y en aras a un adecuado entendimiento de la regulación actual, procederemos a un análisis de la evolución de la legislación espa_ola en cuanto a los derechos del viudo en caso de conflicto de leyes y en otras materias conexas con la que estudiamos y para ello comenzaremos con la regulación originaria del Código Civil, continuaremos con la reforma del Título Preliminar de 1973-74 para terminar en la legislación actual.

Bajo la regulación originaria del CC de 1889 podemos

³⁰Op.Cit., página 490. El propio VENTOSO -misma obra, página 489, nota 154- cita a CÁMARA quien se alaba que "el Registrador de la Propiedad puede discrepar de la valoración jurídica del hecho efectuada por el Notario, aunque no puede poner en duda, mientras no haya impugnación eficaz, la certeza del hecho notorio ni la realidad de la notoriedad".

³¹En este punto seguiremos el esquema planteado en el estudio sobre el tema realizado por mi y publicado por la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio de Baleares, Circular número 28 de 1999.

destacar los siguientes aspectos:

1.- la sucesión por causa de muerte se regía por la ley nacional del causante de cuya sucesión se trate; por tanto, se recogía el principio de unidad de la sucesión que ya había sido consagrado jurisprudencialmente³².

³²El artículo 10 del CC en su párrafo 2 establecía "Sin embargo las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren".

2.- el régimen económico del matrimonio (REM), a falta de pacto, se determinaba por la ley personal del marido en el caso de que la ley personal de los cónyuges fuera distinta³³.

3.- los efectos patrimoniales del matrimonio en general (incluido el régimen económico matrimonial) se fijaban al contraer el matrimonio y se mantenían inalterados, aunque los cónyuges ganasen vecindad en otro territorio y cambiase su ley personal.

Por tanto, la ley que regulaba la sucesión y la que regía los efectos patrimoniales del matrimonio podían no coincidir, si bien, tratándose de españoles y como la mujer seguía la vecindad del marido, la ley sucesoria era, en principio, la misma para ambos cónyuges.

³³ Concretamente el artículo 1325 del CC se alaba "Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles".

4.- No había una norma expresa sobre adaptación entre sucesión y régimen económico matrimonial, en lo que a los derechos del viudo se refiere. En lo que atañe a la jurisprudencia y según puso de manifiesto N. BOUZA VIDAL³⁴ faltaba "una consideración autónoma" de este tipo de problemas, aunque el Tribunal Supremo tuvo ocasión para entrar en la cuestión en la sentencia de 30 de junio de 1962 sobre el llamado caso Tarabusi³⁵; se trataba de un supuesto en el que el régimen económico matrimonial era el italiano de separación de bienes porque el marido era italiano en el momento de la celebración del matrimonio pero en el que la ley sucesoria era la española y que el TS resolvió aplicando a los derechos sucesorios de la viuda una única ley -la sucesoria española-. Con esta solución la viuda quedaba con reducidos derechos en cuanto, por un lado, no participaba en los bienes del marido en concepto de régimen matrimonial, mientras que, por otro, percibía únicamente los escasos derechos sucesorios del derecho español. En ningún momento se tuvo en cuenta la posibilidad de compensar los derechos del viudo.

Sin embargo, la doctrina, y no sólo la internacionalista, se preocupaba de este tipo de cuestiones. Así CASTÁN³⁶ se alaba que, si bien ninguna legislación negaba derechos patrimoniales al cónyuge superviviente, sin embargo, tales derechos, en algunas legislaciones, tenían un carácter netamente familiar (v.gr. Aragón o Navarra), mientras en otras tenían un carácter fundamentalmente sucesorio (así, el Código Civil). Según el propio CASTÁN³⁷ la justicia había de buscarse no en "una regla

³⁴Cita tomada de CALVO CARAVACA Y BLANCO-MORALES, Op. Cit., página 270.

³⁵Supuesto tomado de ZABALO ESCUDERO, Op. Cit., páginas 30 y 113.

³⁶Cita tomada de GINEBRA MOLINS. Op. Cit., página 72.

³⁷GINEBRA MOLINS. OP. Cit., página 73.

aislada sino en su conjunto armónico". En el mismo sentido VALLET³⁸ nos decía que los regímenes conyugales suelen estar conexos con los derechos sucesorios viduales o, por lo menos, con la posibilidad de su voluntaria atribución por el que premuera, señalando también que si las leyes reguladoras de ambos aspectos (régimen de bienes y derechos sucesorios del viudo) divergen "puede perderse esa conexión prevista en el conjunto armónico de cada sistema total".

³⁸En la obra "Conflictos de leyes en materia de regímenes matrimoniales y sucesiones", Estudios de Derecho Notarial, volumen II, página 602. No obstante, hay que tener en cuenta que VALLET se ocupaba de un tema diferente, concretamente el de si cabía otorgar capitulaciones -a o 1965- en el caso de que la nueva ley personal de los cónyuges no las permitiese, pero fueran admitidas por la ley reguladora de su régimen.

También en esta misma línea, la Conclusión tercera del Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en el año 1946 ya había considerado deseable que los derechos del cónyuge viudo se regulasen dentro del régimen económico del matrimonio, lo cual se justificó por la Comisión de la Ponencia del Congreso en que, para dar estabilidad a los derechos del cónyuge viudo y evitar que como consecuencia del cambio de vecindad civil impuesto unilateralmente, se produzcan situaciones extrañas dada la diversidad de sistemas, era deseable que, en la codificación de las leyes territoriales y, en su día, en el Código general, los derechos del cónyuge viudo se regulasen dentro del régimen económico del matrimonio y no como derechos a la sucesión del cónyuge premuerto.

Posteriormente, tuvo lugar **la reforma del Título Preliminar del CC por Decreto de 31 de Mayo de 1974**, tras esta modificación destacamos lo siguiente:

1.- La sucesión por causa de muerte³⁹ seguía rigiéndose por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, manteniéndose el principio de unidad de la sucesión, salvo en lo relativo al llamado "conflicto móvil" que se regula a través de una disposición específica y sin perjuicio del posible reenvío -artículo 12-2 del CC-⁴⁰.

2.- En materia de efectos del matrimonio, se distingue entre las relaciones personales y las patrimoniales:

- las relaciones patrimoniales (y entre ellas el REM), a falta de capitulaciones permitidas por la ley personal de

³⁹La reforma regula en el número 8 del artículo 9 lo relativo a la sucesión en el Derecho Internacional Privado, señalando "La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última".

⁴⁰El TS en Sentencias de 15 de Noviembre de 1996 y de 21 de mayo de 1999 ha confirmado la vigencia del principio de universalidad de la sucesión hasta el punto de que, por aplicación de este principio y por otras razones, excluye la aplicación del reenvío a la ley española en las herencias de los nacionales británicos con bienes en España.

cualquiera de los cónyuges, se regirían por la misma ley que las relaciones personales⁴¹ -artículo 9-3 del CC-.

⁴¹Según el número 3 del artículo 9 "Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley personal".

- las relaciones personales se regían por la última ley nacional común y, en su defecto, por la ley del marido al tiempo de la celebración⁴² -artículo 9-2 del CC-.

La entrada en vigor de la Constitución en 1978 va a repercutir, según parte de la doctrina, en estos dos preceptos y en otros que, como el número 4 del artículo 14, tienen relación con el tema que venimos analizando. Efectivamente, se plantea el problema de la constitucionalidad de los números 2º y 3º del artículo 9 cuando utilizaba la conexión de la ley del marido, a falta de ley nacional común, así como la del número 4 del antiguo artículo 14, según el cual la mujer casada seguía la condición del marido en materia de vecindad civil.

No vamos a entrar a fondo en esta cuestión, simplemente destacar aquí que la doctrina internacionalista⁴³ ha entendido que ambos preceptos debían entenderse derogados por las disposiciones de los artículos 14 y 32 de la Constitución de 1978 proponiéndose, por una parte, que la mujer casada conservase su vecindad y por otra parte, así AMORES CONRADI⁴⁴, la sustitución de la conexión de la ley del marido por la correspondiente a la residencia habitual basándose en el carácter supletorio de la residencia habitual respecto de la nacionalidad en el sistema del Título Preliminar del CC y en la aplicación analógica del artículo 107 del CC (regulador de la ley aplicable a la separación y al divorcio).

⁴²La redacción del número 2 del artículo 9 era la siguiente "Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración".

⁴³En este sentido, ALEGRÍA BORRÁS, "No discriminación..." en ADC, 1991, página 232. También AMORES CONRADI -"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, página 182-, quien destaca que el primero que puso de manifiesto el posible choque de alguno de estos preceptos con la Constitución fue GONZÁLEZ CAMPOS. Además, ambos -ALEGRÍA y AMORES- aluden a la sentencia del TC de 6 de octubre de 1986, reconociendo, no obstante, que las afirmaciones contenidas en esa sentencia, respecto de esta cuestión, son obiter dicta.

⁴⁴Op. Cit., páginas 182 y 198.

Sin embargo, tal opinión no es unánime, así HONORIO ROMERO⁴⁵ afirma que DIEZ DEL CORRAL RIVAS, frente a la doctrina mayoritaria, mantiene que el número 4 del artículo 14 no era "anticonstitucional porque no contiene una discriminación propiamente dicha en contra de la mujer, sino una discriminación formal o apariencia de discriminación, ya que la sujeción de la mujer y de los hijos a la vecindad del marido y del padre no es sino un recurso técnico de carácter neutro para determinar la ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas que no prejuzga si dicha ley es favorable o desfavorable a los intereses de unos y otros; por lo que no cabe hablar de discriminación".

El propio HONORIO ROMERO⁴⁶, tras barajar diversas posibilidades, se inclina por la aplicación del artículo 14.4 hasta la entrada en vigor de la ley 11/1990, dado el círculo vicioso que, en otro caso, se produciría teniendo en cuenta el principio de unidad jurídica de la familia que presidía nuestra legislación así como la letra de la Exposición de Motivos de dicha ley la cual dice literalmente que "pretende eliminar las discriminaciones por razón de sexo que aún *perduran* -la cursiva es mía- en la legislación civil....". Igualmente, en cuanto a los números 2 y 3 del antiguo artículo 9, este autor parece mantener la aplicación de la ley del marido en orden a la determinación del régimen económico matrimonial.

⁴⁵"Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos Interregionales", página 113.

⁴⁶Op. Cit., página 116.

Una opinión intermedia, apuntada como hipótesis de trabajo por HONORIO ROMERO,⁴⁷ es la de JOSÉ LUIS LACRUZ⁴⁸; para este autor, el número 4 del artículo 14 era contrario al principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio e incluso "cabe mantener -la cuestión es discutible- que el art. 14-4º se halla derogado por la Constitución, conservando la mujer, al casarse, su regionalidad de origen si la tenía distinta del marido", mientras el punto de conexión basado en el marido que utilizan los números 2 y 3 del artículo 9, aunque puede ser tachado de inconstitucionalidad, no debe entenderse derogado porque sin él faltaría toda referencia legal y se produciría un vacío legislativo. Además, se_ala LACRUZ, "la inconstitucionalidad del art. 9º-2 es discutible, pues si bien es verdad que elige al varón como punto de referencia, también es cierto que ello no supone necesariamente privilegio, por cuanto la ley de la nacionalidad o regionalidad del varón no tiene por qué ser más favorable a éste que a la mujer" .

Personalmente creo que esta última posición es la más acertada, ya que la seguridad jurídica, principio también garantizado por la Constitución, debe hacer prevalecer, al menos en la práctica extrajudicial, la aplicación de los números 2 y 3 del antiguo artículo 9; además, tales preceptos no siempre implicarán una discriminación sustantiva como apuntaba LACRUZ; pensemos, por ejemplo, en el caso de un matrimonio de castellano y catalana que fijan su primera residencia en Catalu_a, en el que el marido fuera adquiriendo a título oneroso todo el patrimonio; en tal supuesto a la esposa le resultaría más ventajoso el criterio literal del CC -el REM sería el de gananciales- que el propuesto por la doctrina internacionalista -que llevaría a la separación de bienes-.

En cualquier caso y por lo que ata_e al tema objeto de

⁴⁷Op. Cit., página 116.

⁴⁸"Elementos..IV", D_ de Familia, páginas 190 y 283.

nuestro estudio lo que interesa destacar es que el ordenamiento anterior a 1990 nos aporta nuevas dificultades en la interpretación del inciso final del 9-8 que trataremos de resolver, en la medida de lo posible, a lo largo del presente trabajo. En primer lugar, habrá que preguntarse si el precepto se aplica a los matrimonios celebrados bajo este régimen y si la respuesta fuese afirmativa deberemos determinar a qué ley se remite el 9-8 in fine, si a la ley reguladora de los efectos -mutable- o a la ley reguladora del régimen económico matrimonial -inmutable, salvo pacto-. Además, tras la entrada en vigor de la Constitución, podemos encontrarnos, según la tesis que se siga, por una parte, con la posibilidad de que cada uno de los cónyuges tenga su vecindad o con que la mujer siga la del marido y, por otra, con que la ley que regule los efectos del matrimonio, a falta de vecindad común, sea bien la personal del marido o bien la de residencia habitual del matrimonio.

3.- El régimen económico del matrimonio, a diferencia de las restantes relaciones patrimoniales y personales, no variaba por el cambio de vecindad civil, salvo pacto no impedido por la nueva ley personal.

4.- Además la reforma de 1974 nos trajo, como novedad, la introducción en el artículo 16 de una norma de adaptación material, pero curiosamente, limitada al caso concreto de la viudedad aragonesa. Digo curiosamente porque los diversos proyectos que habían precedido a la reforma definitiva preveían normas de adaptación de carácter más general reflejando, a nivel legal, las opiniones formuladas por la doctrina. Así el Proyecto de Reforma del Título Preliminar de noviembre de 1962 proponía para este apartado del artículo 16 la siguiente redacción: "*Los usufructos viduales de cualquier clase establecidos por la legislación civil común o por las especiales quedan sometidos a la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio*" mientras que el primer borrador presentado de la Reforma de 1973-1974 formulaba una redacción bastante similar del apartado 3º del artículo 16, concretamente se decía que "*Los usufructos legales de cualquier clase establecidos en favor del cónyuge viudo se regularán por la legislación común o por la especial o foral a que estuviese*

sometido el régimen económico del matrimonio según lo dispuesto en el número 3 del artículo 9".

Nos ocuparemos de esta norma más adelante al tratar de su coordinación con el inciso final del artículo 9-8 del Código Civil. No obstante, aquí nos interesa destacar que, pese a los esfuerzos doctrinales anteriores a que hemos hecho referencia, el legislador no dictó una norma general sobre adaptación entre sucesión y régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado mientras que el interregional se limitó a solucionar el problema de Aragón denunciado por la doctrina.

Durante este período temporal no hay ningún cambio importante en relación con la situación del cónyuge viudo y la llamada adaptación, al menos, en la jurisprudencia. Empero, la doctrina internacionalista no cejaba en su empeño y así ALEGRÍA BORRAS⁴⁹, en la obra que publicó en 1977, seguía destacando la relación entre sucesión y régimen matrimonial y afirmaba que "la coexistencia de legislaciones forales inspiradas en criterios familiares y sucesorios distintos es un campo abonado para que surja la necesidad de adaptación...". Dicha autora proponía, para solucionar estos problemas, una adaptación directa⁵⁰ consistente en respetar el ámbito de aplicación de las normas de conflicto concurrentes y proceder a continuación a los reajustes necesarios entre las normas materiales sucesiva y simultáneamente aplicables.

La insistencia doctrinal no podía dejar de influir en el legislador, y, así, en el anteproyecto de reforma de determinados artículos del Título Preliminar de 30-11-1981, GONZÁLEZ CAMPOS propone una norma según la cual "cuando la ley rectora de la sucesión de uno de los cónyuges fuese distinta de la aplicable al régimen económico matrimonial, se estará sólo a ésta para eliminar el eventual desajuste respecto de los derechos del cónyuge supérstite que pudieran resultar de la

⁴⁹En su trabajo "Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional", publicado por Tecnos.

⁵⁰Tomado de GINEBRA, Op.Cit., página 88.

aplicación de una y otra ley". Posteriormente, en la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación⁵¹ se barajaron tres posibles redacciones:

- la de GONZÁLEZ CAMPOS, según la cual, cuando la ley aplicable a la sucesión de los cónyuges sea distinta de la que ha regido sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio, se estará sólo a esta última para determinar los derechos del cónyuge superviviente siempre que de la aplicación de una y otra ley resulte una privación de beneficios o una superposición de beneficios para éste.
- la de DIEZ PICAZO, a cuyo tenor, los derechos del cónyuge superviviente en la sucesión del premuerto se regirán por la misma ley que regule el régimen económico matrimonial al abrirse la sucesión.
- la de PE_A, por la que la sucesión de la persona casada se regirá por la misma ley que regule el régimen económico del matrimonio al abrirse la sucesión, cuando entre los cónyuges rija el sistema económico previsto como ordinario en esta ley.

⁵¹Se toma, al igual que la referencia a la redacción anterior propuesta por GONZÁLEZ CAMPOS, de ZABALO. Op. Cit., páginas 33 y 34, nota 52.

Para terminar, llegamos al antecedente directo de la regulación actual en este punto que es el contenido en el proyecto de reforma del Título Preliminar publicado por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia el 25 de diciembre de 1985, el cual proponía una redacción prácticamente igual a la actual, con la única diferencia de alterar el orden de los párrafos relativos al conflicto móvil y a los derechos del cónyuge⁵².

Por fin alcanzamos **la redacción actual del Código Civil, fruto de la reforma operada por la ley 11/ 1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil** en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Siguiendo el mismo orden que hasta ahora podemos destacar:

1.- Según el número 8 del artículo 9 del CC *"La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a ésta última. 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."*

⁵²Concretamente se alaba: "La sucesión por causa de muerte, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en el que se encuentren, se regirá por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, con las siguientes excepciones:

1. A salvo siempre las legítimas de los descendientes, 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.

2. Las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última".

El precepto mantiene, pues, la misma redacción que en la regulación anterior de 1974 con el añadido del inciso final, el cual pretende, a mi juicio sin conseguirlo, solucionar los problemas de los derechos del cónyuge viudo. Curiosamente, y pese a los antecedentes a que nos hemos referido, este inciso final no se encontraba en el Proyecto presentado inicialmente y se introdujo como consecuencia de una enmienda del Grupo Socialista justificada por razones de "coherencia legislativa".

Posteriormente volveremos sobre el inciso final de este número, pero aquí nos interesa destacar, siguiendo a CALATAYUD SIERRA⁵³ y a HONORIO ROMERO⁵⁴, un problema de Derecho Transitorio; concretamente el relativo a si tal inciso final se aplica solamente a las sucesiones de aquellos matrimonios celebrados después de la entrada en vigor de la norma, o si se aplica en la sucesión de todas aquellas personas que hayan fallecido después de la entrada en vigor del precepto, aunque el matrimonio se celebrara con anterioridad. Los autores citados consideran que esta última posición es la más segura por lo que únicamente quedarían excluidas de la aplicación del nuevo precepto las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la ley 11/1990.

Sin embargo, la cuestión no es del todo clara porque los derechos que se atribuyen al cónyuge supérstite al fallecimiento del otro se le otorgan por razón de ser cónyuge, es decir, por haber celebrado un matrimonio válido y, en estos casos que discutimos, ese matrimonio se ha celebrado antes de la entrada en vigor de la nueva norma. Además podría argumentarse que el texto se remite a la ley que regula los efectos del matrimonio, terminología esta desconocida antes de la reforma de 1990, y que el nuevo sistema se instaura teniendo en cuenta no sólo el inciso final del 9-8 sino también la propia regulación de los puntos de conexión en materia de

⁵³Op.Cit., página 14.

⁵⁴Op.Cit., página 147.

efectos del matrimonio. Sin embargo, el Auto del Presidente del TSJ de Catalu_a de 4 de diciembre de 1995, al que posteriormente nos referiremos, no se planteó esta posibilidad, dando por supuesta la aplicación del inciso a las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la ley 11/1990 aunque el matrimonio se hubiera celebrado bajo la vigencia de la ley anterior.

2.- No se distingue entre relaciones personales y patrimoniales ente cónyuges, sino que se habla en general de "efectos del matrimonio", los cuales se regirán por los criterios excluyentes que establece el número 2 del artículo 9, así como el que, para los espa_oles, consagra el número 3 del artículo 16⁵⁵.

Evidentemente, el estudio de tales criterios no procede en un trabajo como el presente, sin embargo, me interesa destacar, en la medida en que, como veremos, el inciso final del artículo 9-8 remite a la "ley que rige los efectos del matrimonio", lo ilógico del sistema cuando ponemos en relación los dos preceptos en determinados supuestos. En concreto, de todos es sabida la crítica doctrinal a la utilización del lugar de celebración de matrimonio como criterio de conexión subsidiario dado su carácter, en muchas ocasiones, meramente circunstancial; pues bien, tal crítica sube de tono cuando la ley reguladora de los efectos del matrimonio así determinada se trae a colación para determinar los derechos del viudo en el artículo 9-8.

En relación con este punto de nuevo se nos vuelve a plantear una cuestión de derecho transitorio; se trata de

⁵⁵El artículo 9-2 del CC dice que "Los efectos del matrimonio 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 cualquiera 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. La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.", mientras que el número 3 del artículo 16 del mismo cuerpo legal se ala que "los efectos del matrimonio entre espa_oles se regularán por la ley espa_ola que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación".

determinar si a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma de 1990 se les aplicarán los criterios de la ley vigente en el momento de su celebración o si se les aplicarán los criterios que consagra la reforma, en definitiva, se plantea la cuestión del carácter retroactivo o no de la reforma de 1990.

La mayoría de la doctrina destaca que la ley de 1990 no tiene carácter retroactivo, en este sentido se manifiestan CALATAYUD⁵⁶, GINEBRA MOLINS⁵⁷, quien cita también a BORRÁS así como NAVARRO VI_UALES⁵⁸.

Frente a esta línea de opinión, AMORES⁵⁹ pone de manifiesto que "nuestra jurisprudencia es absolutamente constante (STS 18-XII-81, 6-X-86 y 9-XII-86) en entender...que la norma anterior regirá la determinación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio producidos bajo su vigencia, que se prolongó hasta el 7-XI-1990, mientras que la nueva norma se aplica a los efectos producidos con posterioridad a esa fecha"; sin embargo, esta opinión no es del todo convincente pues como acertadamente se_ala GINEBRA MOLINS⁶⁰ la jurisprudencia que cita AMORES se refiere a supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida y que, por tanto, no se pueden generalizar a otros casos diferentes.

En una razonable, a mi juicio, línea intermedia se sitúa

⁵⁶Op.Cit., página 14 y también en los Cuadernos Notariales, número 3, "El ámbito territorial espa ol:Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional", página 30.

⁵⁷Op.Cit., páginas 107 y 108, nota número 64.

⁵⁸"Notas sobre la Interpretación del inciso final del artículo 9.8 el Código Civil", Revista LA NOTARÍA, número 10, Diciembre de 1995.

⁵⁹Tomado de GINEBRA MOLINS.Op.Cit., página 108.

⁶⁰Op.Cit., página 108 también.

HONORIO ROMERO ⁶¹quien, partiendo de la irretroactividad, sin embargo, destaca que la reforma no deja de influir sobre la regulación anterior, concretamente, a su juicio, la modificación de 1990 produjo un efecto de inmutabilidad respecto de la ley reguladora de los efectos de los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma, de tal manera que la ley que venía regulando sus efectos personales y patrimoniales será la que los regule cara al futuro, sin distinguir entre efectos personales y patrimoniales y con carácter inmutable.

⁶¹Op.Cit., página 147.

En mi opinión personal, este criterio de HONORIO ROMERO es bastante acertado en cuanto no tendría sentido que, junto con los matrimonios sujetos a la nueva regulación que establece la inmutabilidad, convivan otros matrimonios celebrados bajo la vigencia de la regulación inmediatamente anterior, cuyos efectos variasen con el cambio de ley personal de los cónyuges.

3.- La ley aplicable a los efectos del matrimonio, una vez determinada en el momento de su celebración, es inmutable.

Aunque esta es la interpretación mayoritaria, interesa destacar que algunos, como ADOLFO CALATAYUD⁶², tras criticar⁶³ tal inmutabilidad, defiende, si bien con escasa convicción, la posibilidad de que el artículo 9-2 no excluya de modo expreso la modificación de la ley reguladora de los efectos del matrimonio, sino que sencillamente no la regule, pero que tal posibilidad de cambio se desprendería de otras normas, bien del artículo 9-1 del propio CC que remite a la ley personal las cuestiones familiares, de donde se podría deducir que si la ley personal cambia también debe mudar la ley aplicable a los efectos del matrimonio, excluyendo, no obstante, en cualquier caso, el régimen económico matrimonial cuya inmutabilidad se configuraría como un principio general; o bien podía acudir al apartado 3_ del artículo 9 para defender que se puede pactar la ley aplicable a los efectos del matrimonio.

Esta interpretación tendría su importancia en la determinación de los derechos del cónyuge conforme al inciso final del artículo 9-8 del Código Civil pues, dada la presunción de convivencia conyugal (artículo 69 del CC), lo más normal será que coincidiese la ley sucesoria y la ley que regule los efectos del matrimonio, con lo que la aplicación del inciso que vamos a comentar se facilitaría notablemente.

⁶²"El ámbito territorial....". Op. Cit., página 27.

⁶³Dice que es excesiva y no alcanza a ver su fundamento para, después, afirmar que está en contra de las modernas tendencias del Derecho Comparado). "Cuadernos Notariales...". Op. Cit. página 27.

4.- Puede producirse, conforme al número 3 del artículo 9⁶⁴, la desvinculación entre la ley reguladora de los efectos del matrimonio y la el régimen económico matrimonial.

Esta posibilidad merece ser destacada porque la literalidad del artículo 9-8 in fine remite a la ley reguladora de los efectos del matrimonio y no a la reguladora del régimen económico matrimonial, aunque, como veremos, la cuestión dista de ser clara si se atiende a los antecedentes de la norma.

5.- Se mantiene, pese a la introducción del inciso final del artículo 9-8, el número 2 del artículo 16 sobre la viudedad aragonesa.

IV.- REGULACIÓN ACTUAL: EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 9-8 DEL CC.

Llegados a este punto iniciamos el estudio del inciso final en cuestión cuyo tenor literal se_ala **"Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes"**.

El análisis del precepto lo realizaremos ocupándonos en primer lugar, de una cuestión previa, como es la del concepto de cónyuge supérstite, para después adentrarnos en las diversas tesis formuladas doctrinalmente para explicar la expresión legal "derechos por ministerio de la ley"; a continuación, abordaremos la interpretación de la expresión "ley que regula los efectos del matrimonio" así como de la salvedad de las legítimas de los descendientes para terminar estudiando la relación de este inciso con otros preceptos como el artículo 16 del CC.

1).- **Presupuesto de aplicación: la condición de cónyuge viudo.**

El precepto exige, para su aplicación, el cumplimiento de

⁶⁴Este precepto dice: "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".

una condición o cuestión previa, que alude a que el interesado en la sucesión sea efectivamente un cónyuge viudo. A mi juicio, la solución de esta cuestión previa impone la necesidad de que entre el fallecido y el que invoca la cualidad de cónyuge viudo existiera una relación matrimonial **válida** y **subsistente**.

En lo que atañe a *la validez del matrimonio*, parece evidente que si median en la relación jurídico-matrimonial elementos internacionales habrá que atender a la ley reguladora de la materia de que se trate. Así, por ejemplo, todo lo relativo a capacidad se regirá por la ley personal derivada de la nacionalidad de los cónyuges -artículo 9-1 del Código Civil- mientras que en materia de forma del matrimonio habrá de estarse a la ley que resulte aplicable según los artículos 49 y 50 del mismo cuerpo legal citado.

En el caso del llamado matrimonio putativo y aun cuando la ley reguladora de la validez del matrimonio contemplase unos efectos similares a los del Derecho español (artículo 79 del CC) no podría considerarse al cónyuge de buena fe como viudo para aplicarle el inciso final del artículo 9-8 ya que el reconocimiento de efectos se limita a los ya producidos con anterioridad a la declaración de nulidad. No obstante, y para el caso de que tal declaración de nulidad se obtuviere con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges, los efectos ya producidos debería mantenerse y entre ellos podrían estar los derechos vinculados a la posición de cónyuge viudo, siempre, claro está, que el supérstite hubiese sido declarado de buena fe.

En segundo lugar, nos hemos referido a la necesidad de un *matrimonio subsistente*, es decir, que no haya mediado entre los cónyuges nulidad, divorcio, o disolución canónica por matrimonio rato y no consumado.

¿Quid de la separación?. Concretamente, cabe preguntarse qué ocurre si la ley reguladora de la sucesión reconoce la legítima al cónyuge separado de hecho pero la ley reguladora de los efectos no; como, por ejemplo en el caso de un matrimonio cuyo régimen económico venga regulado por el Derecho mallorquín pero en el que la vecindad civil del causante sea la común. Creo que esta cuestión se relaciona con la relativa a la interpretación que debe darse a la expresión "derechos que por

ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite", pues la ley reguladora de los mismos debe ser la que determine tanto su cuantía o contenido como los requisitos para su disfrute. Con ello queremos destacar que si entre los derechos por ministerio de la ley a que se refiere el inciso final se encuentran las legítimas conyugales habrá que estar a la ley que regule los efectos del matrimonio para determinar no sólo su cuantía sino también las condiciones para su disfrute.

Para terminar dos cuestiones mas que apunta ZABALO ESCUDERO⁶⁵.

Una primera, de especial relevancia en el ámbito internacional, es la de *los matrimonios poligámicos*, admitidos en las legislaciones de algunos Estados; en este sentido, pensemos en el nacional de uno de esos Estados que se casa en España con espa_ol y que, posteriormente, sin mediar disolución del vínculo, contrae matrimonio en el Estado de su nacionalidad con otra persona cuya ley nacional también admite la poligamia. En tal caso me pregunto a quién se le reconocería la condición de cónyuge viudo a los efectos del artículo 9.8 in fine, a ninguno de los dos, a los dos o sólo al primero.

ZABALO ESCUDERO considera que en estos casos "el juego riguroso del orden público puede llevar a la total negación de los derechos sucesorios sobre la base de su oposición al reconocimiento de la validez del matrimonio, sin embargo su flexibilización en relación con el reconocimiento de los efectos atenuados puede llevar a la adopción de soluciones menos rigurosas"⁶⁶, para apuntar, después, la posibilidad de un ajuste entre las leyes en presencia repartiendo la cuota única correspondiente al cónyuge supérstite entre los distintos cónyuges del matrimonio poligámico⁶⁷.

⁶⁵Op.Cit., páginas 39 y siguientes.

⁶⁶Op.Cit., página 41.

En mi opinión, sin embargo, la condición de cónyuge viudo a que alude el artículo 9-8 in fine del Código Civil sólo corresponde al primero de los cónyuges, en cuanto la excepción de orden público (artículo 12, número 3 del CC) impediría el reconocimiento de efectos en España al segundo matrimonio y, ello, aun admitiendo que dicha excepción debe interpretarse restrictivamente (Sentencias del TS de 13 de Octubre de 1976 y de 10 de Octubre de 1994), por las siguientes razones:

- en el derecho español, la existencia de un matrimonio anterior válido impide la celebración de otro matrimonio (artículo 46-2º del Código Civil);

⁶⁷Op.Cit., página 44.

- este impedimento de ligamen se configura como no dispensable (artículo 48 del Código Civil);
- la admisión del matrimonio poligámico atenta contra la dignidad de la persona y contra la concepción española del matrimonio, como apuntaron las resoluciones de la DGRN de 11 y 12 de mayo de 1994, y de 8 de marzo de 1995⁶⁸.
- porque una cosa es interpretar restrictivamente la excepción de orden público y otra muy distinta es desvirturla de tal manera que el precepto que la consagra venga a ser una suerte de reliquia histórica o de "especie ya extinguida" como consecuencia de la implacable acción de aniquilamiento que sobre él ha realizado la doctrina internacionalista.
- al fin y al cabo, porque como reconoce la doctrina internacionalista la interpretación de la norma de conflicto debe hacerse con arreglo al derecho del foro al igual que la calificación (artículo 12.1 del CC).

Evidentemente este problema de los matrimonios poligámicos se limita al campo del Derecho Internacional y no se extiende al del Derecho Interregional, en cuanto la regulación del matrimonio en su aspecto personal, es competencia exclusiva del Estado, según se desprende de la interpretación doctrinal del artículo 149.1-8 de la Constitución y sobre todo porque la existencia de un acervo cultural común hace que, incluso de cara al futuro, la posibilidad de divergencia en este ámbito sea remota.

La segunda de las cuestiones que anunciábamos más arriba es la que se relaciona con *las uniones de hecho* y la tendencia, cada vez más general, de reconocerles ciertos efectos jurídicos.

A poco que reflexionemos nos daremos cuenta del problema de Derecho Internacional privado e Interregional que se nos avecina en la medida en que concurren sistemas legislativos que reconozcan a tales uniones derechos legales, ya sucesorios ya parafamiliares, y otros que no se los atribuyan.

⁶⁸Estas Resoluciones citadas versaban sobre casos de matrimonios mixtos de espa_ol y extranjero cuya ley nacional permitía la poligamia.

En cuanto a las cuestiones propiamente sucesorias, es decir en el ámbito del inciso inicial del 9-8 del CC, parece evidente, como apunta ZABALO⁶⁹, que si la ley reguladora de la sucesión en España -la nacional del causante, si no hay reenvío- atribuye derechos sucesorios al convivente more uxorio, dichos derechos "le deberían ser reconocidos"; efectivamente, creo, con la autora mencionada que, en tal caso, hacer jugar la excepción de orden público sería excesivamente riguroso.

Sin embargo, respecto a si el convivente de hecho sobreviviente puede ocupar la posición que el inciso final del artículo 9-8 atribuye al cónyuge supérstite, creo que la respuesta debe ser, en principio, negativa, al menos desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Español, puesto que el concepto de cónyuge y el de convivente de hecho no son totalmente equivalentes y en este sentido es de sobra conocida la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en cuanto a que "en la Constitución de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes" (Sentencias del TC de 15-11-1990 o de 28-2-1994, entre otras).

Cabría preguntarse si cuando tanto la ley reguladora de la sucesión como la reguladora de los efectos de la unión de hecho, reconociesen derechos ministerio legis al convivente como consecuencia de la muerte del otro, podría pensarse en la aplicación del artículo 9-8 del CC, en la medida en que se cumpliesen los demás requisitos para su efectividad. No obstante, aún en este caso, creo que la respuesta negativa es la mas probable en cuanto el artículo 9-8 debe ser interpretado según el derecho del foro, en nuestro caso, el español y ahí entrará en juego la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que anteriormente hemos aludido. Ahora bien, ello no quiere decir en absoluto que el convivente sobreviviente quedase privado de derechos sino, únicamente, que los derechos sucesorios se regirían por la ley nacional del fallecido mientras los derechos derivados de la extinción por defunción

⁶⁹Op.Cit., página 51.

de la relación de convivencia se sujetarían a la ley reguladora de los mismos.

En el ámbito del derecho interregional deben hacerse algunas matizaciones en cuanto, de momento, las únicas regulaciones con efectos sustantivos⁷⁰ de las que disponemos sobre esta materia son las de la Comunidad Catalana -Ley 10/1998 de 15 de julio-y de la Aragonesa -Ley 6/1999 de 26 de marzo-.

Como cuestión inicial y respecto de la normativa catalana debo apuntar que incurre, a mi juicio, en una clara inconstitucionalidad cuando en su artículo 1, número 1, in fine -unión heterosexual- así como en su artículo 20.2 -unión homosexual- prevé la aplicación de la ley si uno sólo de los miembros de la pareja tiene vecindad civil catalana. Tal norma, aun cuando pueda responder a un propósito loable de suplir la laguna que la legislación estatal presenta en la regulación del Derecho Internacional Privado e Interregional en esta materia⁷¹ es inconstitucional pues se trata de una verdadera norma de conflicto que invade la esfera de las competencias exclusivas del Estado según resulta del artículo 149-1-8 de la Constitución. En este punto la doctrina del Tribunal Constitucional es clara cuando señala que "la Constitución reserva a la competencia exclusiva del Estado la adopción de las "normas para resolver los conflictos de leyes"... La norma fundamental -siguiendo en esto el precedente del art. 15.1_ de la Constitución republicana (RCL 1931, 1645)- optó inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho Civil interregional....", por más que en este punto pueda decirse que esas afirmaciones son obiter dicta en cuanto se trataba de un caso distinto -regulación del punto de

⁷⁰Dejamos al margen las disposiciones de carácter municipal que han creado Registros para este tipo de uniones.

⁷¹Parte de la doctrina internacionalista, así FERNÁNDEZ ROZAS y SANCHEZ -"Derecho Internacional Privado", página 455- considera que la falta de identidad entre matrimonio y unión de hecho impide la aplicación analógica de las normas de DIP sobre aquél a éstas, por lo que debe acudir a las categorías o conceptos generales, sin embargo, no faltan quienes -véanse p.ej. los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, página 873- propugnan una aplicación analógica de esas normas cuando la conexión sea adecuada.

conexión-.

En este mismo sentido se muestra LLEBARÍA SAMPER⁷² mientras GARRIDO MELERO⁷³, después de afirmar que el Estado se ha reservado de modo exclusivo la competencia sobre normas de conflictos de leyes, parece limitar la inconstitucionalidad de la norma a los casos en que "cualquiera de los ordenamientos civiles del propio Estado quieran también regular las uniones de hecho y utilicen como punto de conexión también el de la vecindad civil de uno de los miembros de la unión legal".

En cualquier caso, es deseable que, en la futura regulación estatal sobre uniones estables de pareja, se introduzca la pertinente norma de Derecho Internacional Privado para la regulación de tales situaciones bien a través de una norma específica en la ley especial que se dicte o bien modificando el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, lo que parece sistemáticamente más correcto, al menos, en tanto no se dicte una ley especial reguladora del derecho Internacional Privado.

En segundo lugar decir que si el problema se plantease entre dos legislaciones españolas y ambas reconociesen derechos cuya naturaleza sucesorio-familiar es discutida, pero de distinta extensión, cabría preguntarse si entraría en juego el artículo mencionado. Parece que, también aquí, la respuesta negativa es la más probable. Además, en el derecho positivo actual todavía no se plantea tal problema en la medida en que las regulaciones existentes en el ámbito interregional - aragonesa y catalana- son bastante parecidas y en los aspectos en que hay diferencias, por ejemplo atribución en la ley catalana de determinados derechos sucesorios (artículo 34) a las parejas homosexuales que, sin embargo, no reconoce la ley aragonesa, no se plantean problemas de calificación de los mismos, concretamente, en el caso apuntado, tales derechos

⁷²En "Glosa crítica a esta (nuestra) Ley de Uniones Estables de Pareja". LA NOTARÍA, número 10, octubre de 1998, página 110.

⁷³"Matrimonio, convivientes More Uxorio y Familia en el Código de Familia y en la Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja". LA NOTARÍA, número 7, julio-agosto de 1998.

sucesorias de la ley catalana entran claramente dentro de la regulación del orden sucesorio abintestato ⁷⁴ y por ello se regularán por la ley nacional del causante.

⁷⁴Como veremos, uno de los puntos de acuerdo en el análisis del inciso final del 9-8 es el de que se excluye de su ámbito el orden de suceder intestado.

2).- Interpretación de la expresión "derechos que por ministerio de la ley".-

Es este uno de los puntos fundamentales en la comprensión del precepto, hasta el punto de que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que es la verdadera "clave de bóveda" para el entendimiento del mismo. Tan es así que, desde la entrada en vigor de la norma, se han multiplicado las opiniones sobre el alcance de la misma, sobre todo en el Derecho Interregional; y esto, quizás se pueda explicar porque, en la diaria actuación notarial, nos enfrentamos con la norma, y su aplicación literal no nos convence en cuanto conduce a resultados prácticos que, en muchos casos, son contrarios a la finalidad que, según la doctrina internacionalista, se pretendió con ella, con el agravante a adido de que distorsiona el ámbito propio de la ley sucesoria.

A continuación trataremos de exponer las diversas opiniones que se han formulado sobre el tema, siguiendo el esquema planteado en nuestra publicación anterior⁷⁵.

⁷⁵"El inciso final del número 8 del artículo nueve...".

A).- Una primera tesis (calificada en algunos sectores de "extensiva o amplia" y que yo prefiero denominar "literalista") es la sustentada, con carácter general, por la doctrina internacionalista, así ALEGRIA BORRAS⁷⁶ o CALVO CARAVACA⁷⁷ se limitan a apuntar que esta norma se introduce para resolver los problemas de inadaptación entre la ley reguladora del régimen matrimonial y la que se aplica a la sucesión, e incluso éste último apunta, que la propuesta partió del profesor GONZÁLEZ CAMPOS, quién, como ya hemos visto, proponía para en el Anteproyecto de Reforma del Título Preliminar de 1981 que "cuando la ley rectora de la sucesión de uno de los cónyuges fuese distinta de la aplicable al régimen económico matrimonial, se estará sólo a ésta para eliminar el eventual desajuste respecto de los derechos del cónyuge supérstite que pudieran resultar de la aplicación de una y otra ley".

En la misma línea, si bien en exposición más detenida, ZABALO ESCUDERO⁷⁸ considera que la característica fundamental del artículo 9.8 in fine es que tiene una "naturaleza conflictual" y que opera rígida y formalmente, con un total alejamiento del contenido material de las normas en presencia. Pierde prácticamente el carácter de correctivo que tiene en sí misma la técnica de la adaptación, como una reacción frente al desajuste material, y se eleva a norma que va a regir en todo caso los derechos del cónyuge supérstite. Afirma la autora citada que la norma consagra una solución más preventiva que correctora, apartándose de sus precedentes -la propuesta de González Campos a que hemos hecho referencia anteriormente-. Termina diciendo ZABALO que la disposición vigente puede ser, en unos casos, superflua si coinciden la ley sucesoria y la que

⁷⁶"Comentarios al Código Civil" del Ministerio de Justicia, página 95.

⁷⁷"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Tomo I, Volumen 2, página 385.

⁷⁸Op.Cit., página 107.

rija los efectos y, en otros, innecesaria, produciéndose la adaptación, aunque no haya desajuste material, distorsionando, sin embargo, el ámbito de la ley sucesoria.

Además esta autora considera aplicable el precepto también al derecho interregional ya que "en la dimensión interna se da el presupuesto objetivo del inciso final del art 9.8, y por tanto, como punto de partida, éste goza de operatividad en la misma"⁷⁹.

De la monografía de esta autora no logro deducir si, en su opinión, se incluye, dentro del ámbito de aplicación del inciso final del 9-8, lo relativo al llamamiento abintestato a favor del cónyuge⁸⁰.

⁷⁹Op.Cit., página 157.

⁸⁰No obstante, parece que incluye el orden abintestato dentro del ámbito de aplicación del precepto y ello si tenemos en cuenta que primero dice "Se atribuye a NEUNER haber sido el primero en proponer la solución consistente en someter a la ley del régimen matrimonial todas las cuestiones referentes a la liquidación de la sociedad conyugal, incluida la vocación sucesoria (el subrayado es mío) del cónyuge superviviente" -Op. Cit. Página 115 y 116-, y después -página 146- al referirse al Derecho Catalán destaca que el cónyuge ocupa la posición siguiente a los descendientes, antes que los descendientes, en la sucesión intestada.

Esta tesis es seguida también por autores como ADOLFO CALATAYUD, quien considera que dicho apartado del 9-8 se aplica a los derechos patrimoniales post mortem del matrimonio así como a los sucesorios previstos por la ley para el cónyuge viudo, es decir , a los derechos de usufructo viudales, ya sean legitimarios, ya intestados, excluyendo, sin embargo, lo que se refiere al orden de suceder abintestato⁸¹ que seguiría rigiéndose por la ley nacional del causante y ello, según CALATAYUD⁸², por dos razones: la primera porque de los antecedentes se desprende que la voluntad del legislador fue la de regular la cuestión de los derechos legitimarios, pero no modificar el orden de suceder intestado y la segunda porque el orden de suceder intestado no puede ser diferente en función de cuál sea el heredero llamado.

Los argumentos que se pueden utilizar para la defensa de esta tesis son diversos y no de escasa entidad⁸³:

- el argumento literal, y es que la expresión "por ministerio de la ley" incluye todas las atribuciones legales ya sean de carácter familiar o sucesorio (legítima, y sucesión abintestato) ya que donde la ley no distingue no debe el jurista distinguir; sin embargo, los defensores de esta tesis, como hemos visto, excluyen la aplicación del precepto al orden de suceder abintestato porque ello llevaría a consecuencias absurdas, apartándose del principio de unidad y universalidad de la sucesión que recoge el inciso inicial del artículo 9-8.

⁸¹La cuestión no es meramente teórica sino que puede darse en el D. Interregional; así, en el caso de cónyuges que fallecen sin descendencia y con vecindad común pero cuyo REM se regule por el D. catalán, resultaría, de incluir en el 9-8 el orden de suceder abintestato, que el cónyuge pasaría por delante de los padres. En el caso contrario -cónyuges con vecindad catalana cuyo REM fuera el de gananciales- serían los padres los que adelantarían al cónyuge en el llamamiento abintestato.

⁸²"Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo", Revista LA NOTARÍA, Noviembre de 1992, página 15.

⁸³ NAVARRO.Op.Cit., páginas 173 y siguientes.

- el argumento sistemático, pues el párrafo cuestionado se inserta en el apartado 8 del artículo 9 sobre ley aplicable a la sucesión.
- la referencia a las legítimas de los descendientes, en cuanto que si se tratase de derechos familiares no tendría sentido dejar a salvo las legítimas de los descendientes.
- la "voluntas legislatoris", la coherencia legislativa a la que se debe la introducción de este inciso consiste en que una misma ley regule tanto los derechos sucesorios como los familiares que puedan corresponder al viudo.
- la recíproca interdependencia entre las instituciones familiares y sucesorias a que hemos hecho referencia a lo largo del presente estudio que hace precisa una norma de adaptación, tal y como destacó la doctrina internacionalista.
- los antecedentes legislativos, concretamente las propuestas de los anteproyectos de 1981 y 1983.

Según M. ESPERANZA GINEBRA MOLINS⁸⁴ esta es la tesis mayoritaria incluyendo como seguidores de la misma, aparte de los mencionados ZABALO y CALATAYUD, a otros autores como ARECHEDERRA, SERRANO GARCÍA, DELGADO o AMORES.

Sin embargo la aplicación literal del artículo 9-8 no deja de producir algunas disfunciones, entre las que destacamos:

- una primera, puesta de manifiesto por los defensores de la tesis restrictiva que a continuación estudiaremos, es la de que no tiene sentido defender, por una parte, una aplicación literal de la norma, excluyendo por otra parte, el orden de suceder abintestato, ya que si alguna adquisición se produce por ministerio de la ley esta es la de la sucesión intestada.
- una segunda es que la aplicación literal de la norma produce resultados de privación o superposición de derechos para el viudo contrarios a los que se pretenderían lograr -según los defensores de esta tesis- y que no se producirían dejando actuar en su ámbito respectivo a la ley que rige los efectos del matrimonio y a la ley sucesoria.

⁸⁴Op.Cit., páginas 92 y 93.

Por ejemplo, en el supuesto de dos cónyuges, uno catalán y otro mallorquín, pero en el que los efectos del matrimonio, por aplicación del número 3 del artículo 16 del CC, se someten a la separación de bienes del CC, resultaría que, en la sucesión intestada, en lugar de corresponder al viudo o viuda bien el usufructo de una mitad -ley sucesoria mallorquina- o el universal catalán se le atribuiría el de un tercio del CC.

También en el caso de una persona cuyo régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes de la Isla de Ibiza pero que fallezca con vecindad civil común (o navarra) bajo testamento otorgado en Ibiza en el que no se reconoce legítima alguna al viudo; en tal supuesto, ocurriría que, de aplicar el artículo 9-8 in fine literalmente, el supérstite no podría reclamar derechos sucesorios legitimarios (ley de efectos sería la Ibicenca) y su régimen económico se liquidaría como separación de bienes; en este caso se produciría una privación de derechos para el viudo que no tendría lugar si se dejara actuar a la ley sucesoria y a la que rige los efectos unilateralmente pues, en tal caso, el REM sería de separación pero el viudo tendría el usufructo del tercio de mejora o el usufructo universal navarro.

- una tercera es la de cómo coherente esta interpretación con la necesidad de salvar las legítimas de la ley sucesoria -todas y por tanto también la del viudo- en el caso del conflicto móvil que regula el inciso anterior del 9-8. Es decir, me pregunto qué ocurriría si una persona otorga testamento conforme a su ley personal en ese momento, posteriormente, cambia su vecindad, de tal modo que entra en juego el inciso 2_ del 9-8 por lo que las legítimas, incluida la del cónyuge supérstite, deberán ajustarse a la ley sucesoria y al mismo tiempo la ley que regula los efectos del matrimonio es una tercera. Siendo coherentes con la tesis patrocinada por los defensores de la teoría extensiva parece que deberá prevalecer el inciso final, con lo que en la sucesión operaríamos con tres leyes diferentes, la personal del testador en el momento del otorgamiento, la personal al momento del fallecimiento y la reguladora de los efectos.

- en cuarto lugar, si se incluyen las legítimas viduales dentro del precepto, cabe preguntarse si su campo aplicación se limita

a la determinación de la cuantía de los derechos del viudo o se extiende también a los requisitos para su disfrute, e incluso, si de un derecho legitimario se trata, a las consecuencias de su omisión -preterición-, a las causas de desheredación, etc. Creo personalmente, que la remisión lo es a toda la regulación de los derechos del viudo, con lo que, de seguir la tesis amplia, el conflicto, en caso de que exista preterición de otros legitimarios distintos del viudo y que se rigen por la ley sucesoria, sería de difícil solución.

- en quinto lugar, porque al fin y al cabo el presupuesto del que parten estos autores en cuanto a que existe cierta correlación entre el régimen económico matrimonial y los derechos ministerio legis del viudo no siempre se da. Así en el derecho aragonés o el derecho navarro conviven un régimen de comunidad y la atribución de usufructos universales, mientras que en el derecho de Ibiza rige un sistema de separación y el viudo no tiene legítima, según la doctrina mayoritaria.

Además tal correlación, si tiene lugar, sólo se produce cuando operamos con el régimen económico matrimonial aplicable, en defecto de pacto, por ejemplo, gananciales en el Código Civil o separación de bienes en Catalu_a, pero, si en estos casos, los cónyuges de derecho común pactan un régimen de separación o los catalanes un régimen de comunidad todo el edificio elaborado por la doctrina internacionalista se caería por su propio peso. Por ejemplo, en el caso de un matrimonio cuyos efectos se rijan por la ley común pero que, posteriormente, capitulan sometiéndose al régimen de separación de bienes del CC, pero que, en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, de aplicar literalmente el inciso final del 9.8, la liquidación del REM se produciría como separación y en la sucesión del premuerto el viudo no tendría el usufructo universal catalán, sino el del tercio.

- finalmente, porque traer a la ley sucesoria general otra ley puede producir ciertos problemas, así NAVARRO VI_UELAS⁸⁵ se_ala que en la sucesión de un catalán cuy REM fuera la sociedad de

⁸⁵Op.Cit., página 179.

gananciales, al supérstite le correspondería el tercio de mejora___ cuando en la sucesión regida por el Derecho Catalán _ni existen tercios ni existe mejora!. En parecido sentido ADOLFO CALATAYUD quien asegura que, en la sucesión testada, surge el problema de determinar cuál es el tercio "de mejora" cuando en la ley sucesoria no haya tercios, sobre todo si parte de los instituidos son descendientes y otros extra_os. A su juicio "probablemente, la solución más acertada será la de guardar la misma proporción"⁸⁶.

B).- En segundo lugar se encuentra la tesis calificada como de "restrictiva"⁸⁷, propuesta por ROCA-SASTRE MUCUNILL, a quien sigue buena parte del Notariado catalán, como veremos.

A juicio de ROCA-SASTRE MUCUNILL⁸⁸ hay que rechazar la interpretación literalista anteriormente expuesta. En su opinión, este inciso se aplica a los beneficios viduales que son "simple consecuencia o prolongación del matrimonio en sí", y cita, como destacado, el derecho de predetracción del artículo 1321 del Código Civil. La función de este inciso es delimitar el alcance de la ley sucesoria en el sentido de que la misma no se aplicará a los derechos atribuidos por la ley por razón y como consecuencia del matrimonio, aunque los mismos

⁸⁶LA NOTARÍA, noviembre de 1992, página 16.

⁸⁷En algún ámbito se califica esta tesis de *autonomista*, en cuanto esta interpretación, en el caso más frecuente en Cataluña de fallecido con vecindad catalana pero cuyo matrimonio se rige por el Derecho común, lleva a la aplicación del Derecho catalán. En este sentido, el Auto del Presidente del TSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 1995, que después analizaremos, alude a que la "interpretación estricta patrocinada por el recurrente resulta ininteligible (a menos que se mire desde una perspectiva de Derecho Civil regional)". Sin embargo, estas afirmaciones no son del todo ciertas, en cuanto la interpretación estricta no siempre es favorable al derecho foral; en concreto en el caso contrario al planteado antes -fallecido con vecindad común pero cuyo matrimonio se rija por el Derecho catalán- tal tesis restrictiva excluye la aplicación del derecho foral en favor del común.

⁸⁸"Derecho de Sucesiones, II", páginas 279 y 280.

no nazcan hasta el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges. Destaca este autor la diferencia entre los propios derechos viduales, como la legítima, la sucesión intestada o el usufructo universal intestado de Cataluña, en los que existe una directa *contemplatio mortis*, es decir, que la muerte es la causa directa de la atribución y por otra parte los beneficios viduales propiamente dichos en los que existe una *contemplatio matrimonii*, siendo el matrimonio la razón y la causa de la atribución legal, actuando la muerte de uno de los cónyuges como supuesto de hecho de la atribución al otro.

De acuerdo con esta tesis el 9-8 in fine se refiere exclusivamente a los derechos de carácter familiar, no sucesorio, de que resulta titular un cónyuge al fallecimiento del otro. Se aplicaría por tanto a derechos como la tenuta, el any de plor, la cuarta viudal en Derecho Catalán; el derecho de recobro de dote o firma de dote en el derecho aragonés; en el derecho vizcaíno los derechos a e se alude en el artículo 49 de su ley, el mencionado derecho de predetracción del 1321 del CC, etc.

Uno de los seguidores de esta tesis es JOSÉ ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ⁸⁹, este autor destaca que la inserción de este inciso en el 9-8 tiene como objeto precisar el ámbito de aplicación de este precepto, en el sentido de que, aunque en el artículo 9-2 y 9-3 no se hable expresamente, a diferencia de lo que sucedía en redacciones anteriores del CC, de efectos o relaciones patrimoniales del matrimonio, sin embargo cualquier derecho de carácter patrimonial que sea consecuencia de la celebración del matrimonio se regirá por la ley que regula los efectos del matrimonio, y en ningún caso por la ley nacional del causante, pues su razón de ser está en el matrimonio, mientras que el fallecimiento de un cónyuges sólo determina, para el otro, el momento del nacimiento del derecho.

Por ello, para este autor, según su modo de pensar, tiene plena justificación la no derogación del artículo 16-2 relativo a la viudedad aragonesa, y ello porque nada ha cambiado, el 9-8

⁸⁹ "Derechos atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley nacional del causante. Comentario del artículo 9-8 in fine del Código Civil", Revista LA NOTARÍA, noviembre de 1992.

in fine no puede extenderse a los derechos sucesorios ni resuelve este tipo de problemas, y por ello el 16-2 del CC se mantiene para disciplinar el supuesto al que se refiere, seguramente el más problemático en derecho interregional. En último término el principio de seguridad jurídica exige también que todos los derechos de carácter sucesorio (tanto legitimarios como abintestato) que correspondan a un cónyuge al fallecimiento del otro se rijan por la ley nacional del causante.

JOSÉ MARÍA NAVARRO⁹⁰ comparte también esta interpretación del precepto si bien, como veremos, limita todavía más su aplicación al exigir, para que entre en juego, que los cónyuges tenga distinta vecindad. Este Notario parte de rechazar cada uno de los argumentos esgrimidos por los defensores de la tesis amplia o extensiva, así:

- el argumento literal debe rechazarse porque la aplicación del 9.8 in fine produce distorsiones inaceptables en el orden sucesorio intestado, como hemos visto.
- el argumento sistemático no es definitivo, porque el artículo 9-8 se ocupa de algo más amplio que los aspectos sucesorios, refiriéndose en general a los derechos que surgen como consecuencia del fallecimiento de una persona.
- La salvaguardia de las legítimas tampoco es un argumento definitivo ya que tal referencia viene a reiterar la regla general de que cualquier atribución patrimonial ha de respetar las legítimas.
- La voluntad del legislador no es que una misma ley sea la que rija los efectos del matrimonio y los derechos tanto familiares como sucesorios del cónyuge viudo, sino mas bien la de evitar discriminaciones entre los cónyuges y asegurar el principio constitucional de igualdad, lo que puede comprobarse leyendo la rúbrica de la ley 11/1990 y su Exposición de Motivos.
- Tampoco admite la interrelación entre instituciones familiares y sucesorias, ya que, a su juicio, la amplitud de los derechos sucesorios del viudo no dependen del régimen

⁹⁰Op.Cit., páginas 173 y siguientes.

económico matrimonial y viceversa, poniendo como ejemplo el derecho navarro y el derecho común que parten de un REM prácticamente idéntico mientras que los derechos sucesorios del viudo son distintos -usufructo universal y de un tercio, respectivamente-.

Además limitar la aplicación del último inciso del 9-8 a los derechos familiares es la tesis que debe prevalecer ya que, a su juicio, es la única que respeta la lógica de las instituciones en juego, que no distorsiona las normas sucesorias abintestato, que cumple con la finalidad perseguida por el legislador y todo ello respetando el principio de unidad de ley reguladora de la sucesión.

Otro autor que, recientemente, vuelve sobre la cuestión adhiriéndose a esta tesis, es PEIRÉ AGUIRRE⁹¹, el cual considera que este inciso no es una excepción a la regla general -la sucesión se rige por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento- sino que trata de precisar que, independientemente de los derechos que al viudo se le puedan reconocer en la declaración de herederos, hay otros derechos (a los que ya nos hemos referido anteriormente) que la ley no le atribuye automáticamente, pero que puede reclamar si considera que reúne los requisitos legalmente necesarios.

Esta tesis simplifica notablemente la aplicación del precepto y sobre todo la actuación notarial en las declaraciones de herederos pues habría que atender únicamente a la ley sucesoria. Sin embargo, tal tesis fuerza en exceso el precepto y no sólo está en contra de su tenor literal sino también de su ubicación sistemática e incluso de los antecedentes doctrinales y legislativos del precepto, tal y como hemos visto.

C).- Una tercera interpretación de este inciso final, bastante concordante con la citada en primer lugar, es la defendida por

⁹¹LA NOTARÍA número 9 de 1998.

GINEBRA MOLINS⁹² para quien ese inciso del 9-8 se refiere únicamente a los derechos de naturaleza sucesoria excluyendo el orden sucesorio abintestato, ya que los de carácter familiar se regirán por la ley prevista en el 9-2. La diferencia con la tesis citada en primer lugar está en que esta autora reserva el 9-8 a los derechos sucesorios remitiendo los de carácter familiar al 9-2 del CC.

Esta autora reitera el argumento sistemático y alude a los precedentes, concretamente a las tentativas de regulación de la cuestión, como el Proyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia al que ya hemos aludido, e, incluso, remontándose en el tiempo, al Proyecto de Reforma del Título Preliminar del CC de noviembre de 1962 que aludía a que los usufructos legales de cualquier clase establecidos en favor del cónyuge viudo se regularán por la legislación común o por la especial o foral a que estuviese sometido el régimen económico del matrimonio, si bien, en la redacción definitiva de 1974, la norma se limitó al derecho de viudedad aragonesa (artículo 16-2 CC).

⁹²Op.Cit., página 94.

Por todo ello, para GINEBRA la razón de ser de este inciso está en introducir una restricción en el ámbito propio de la ley sucesoria, de tal manera que los derechos sucesorios que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite se rijan por la misma ley que regule los efectos del matrimonio.

También se acercan a esta tesis ALBACAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ⁹³, para quienes este inciso se refiere a los derechos legitimarios del cónyuge viudo. No obstante, estos autores pecan de simplismo pues, como la propia GINEBRA destaca, se olvidan de que hay derechos cuyo carácter de legítima se puede discutir -la cuarta viudal- y otros que son derechos sucesorios abintestato propiamente dichos -p.ej.el usufructo universal catalán-, pero que pueden entrar dentro del ámbito del precepto.

A esta tesis se le pueden hacer exactamente las misma críticas y reproches que a la llamada "extensiva" que hemos expuesto en primer lugar y a ellas nos remitimos.

⁹³Nota tomada de GINEBRA MOLINS. Op.Cit., página 98.

D).- En cuarto lugar se sitúa la tesis seguida por autores como PERE ALBIOL, PEDRO MARTÍNEZ⁹⁴ NAVARRO VI_UALES⁹⁵ Y HONORIO ROMERO⁹⁶, que limita la aplicación del precepto a los supuestos en que los cónyuges tengan distinta vecindad civil, si bien dentro de esta dirección doctrinal cabe distinguir, a su vez, diversas variantes según la amplitud que conceden a la expresión "derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite". Ahora bien todos estos autores parten de que la finalidad primordial que persigue la Ley 11/1990 es la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. En esta línea, por todos, HONORIO ROMERO⁹⁷ afirma que si la vecindad de los cónyuges es la misma traer a la sucesión la ley reguladora de los efectos del matrimonio es perturbador, lleva a conclusiones muy complejas y, sobre todo, no es lo querido por el legislador.

Como hemos apuntado, dentro de esta línea, hay variantes, en concreto dos; por un lado, están los que comparten la opinión de CALATAYUD, es decir, la que hemos denominado tesis amplia o extensiva en la exégesis de la expresión "por ministerio de la ley". Así HONORIO ROMERO⁹⁸ entiende que se refiere a todos los derechos, tanto de orden familiar como sucesorio, ya que la ley no distingue pero sin incluir el orden

⁹⁴Así resulta del estudio de HONORIO ROMERO.Op.Cit.Página 147 y 148.

⁹⁵Op.Cit., páginas 182 y siguientes.

⁹⁶Op.Cit., página 148.

⁹⁷Op.Cit., página 149.

⁹⁸Op.Cit., página 150

sucesorio intestado, pese a que la literalidad del precepto parece incluirlo y ello porque sería incoherente con la regla general del inciso primero del propio 9-8.

Por otro lado y, como ya hemos apuntado anteriormente, está NAVARRO VI_UALES quien afirma que "el artículo 9.8 in fine, se siga la tesis amplia o la estricta, sólo cabe aplicarlo a los matrimonios..... y en los casos en que el causante y el supérstite tuvieran diferente vecindad civil"⁹⁹. Además, posteriormente, sigue la llamada tesis restrictiva expuesta en segundo lugar, es decir, que este autor entiende que el precepto se aplica exclusivamente a los derechos de carácter familiar que, como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge, pasan a corresponder al supérstite y que tienen su causa en el matrimonio; pero, sin embargo, no incluye los auténticos derechos sucesorios (legitimarios y abintestato) del supérstite¹⁰⁰. Además de los argumentos a que hemos hecho referencia, NAVARRO apunta otro de carácter legislativo cuál es el hecho de que el artículo 209 bis del Reglamento Notarial regulador de las actas notariales de notoriedad abintestato alude a las pruebas necesarias para acreditar la nacionalidad y la vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable, pero no menciona el régimen económico matrimonial y si éste determinase algo tan importante como los derechos sucesorios ex legue del viudo es evidente que el 209 bis exigiría prueba del mismo¹⁰¹.

Estas tesis que limitan la aplicación del precepto a los casos de distinta vecindad de los cónyuges, aunque reconozco

⁹⁹Op.Cit., página 169, y antes en "Notas prácticas sobre el nuevo art. 209 bis del Reglamento Notarial", Revista LA NOTARÍA, febrero de 1993, página 76.

¹⁰⁰Op.Cit., página 176.

¹⁰¹Op.Cit., página 180.

que puede calificarse, utilizando palabras de CALATAYUD¹⁰², de "ingeniosa", no me convencen del todo porque la ley 11/1990 no tiene un único criterio informador -la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo-, y así, por ejemplo, en materia de adopción se limita a corregir un error de redacción.

En esta línea, muchos de los autores que se han ocupado de la materia consideran que el inciso final que venimos comentando no responde a tal principio de igualdad. Concretamente, los defensores de la tesis extensiva o literalista expuesta en primer lugar -doctrina mayoritaria- entienden que este precepto responde a la finalidad de evitar que, como consecuencia de la utilización de puntos de conexión diferentes, se produzca una discordancia entre la ley reguladora de los efectos del matrimonio y la de la sucesión¹⁰³. Especialmente contundente se muestra ZABALO ESCUDERO, según la cual tal norma "no encuentra su fuente en la exigencia constitucional de igualdad, sino que se recoge del anteproyecto de reforma del Título Preliminar del Código Civil de 8-6-1983, elaborado por la Sección primera de Comisión General de Codificación"¹⁰⁴.

¹⁰²"Cuadernos.....", página 44.

¹⁰³GINEBRA MOLINS.Op.Cit., página 90 incluye a CALATAYUD, BORRÁS y DELGADO ECHEVERRÍA.

¹⁰⁴Op.Cit., página 207.

GINEBRA MOLINS¹⁰⁵ participa de la misma idea si bien a_ade que el precepto responde también al principio de reciprocidad o bilateralidad de los derechos viduales y además se_ala que la discriminación que pudiese surgir entre los cónyuges por el hecho de que sus leyes sucesorias fueran diferentes y tuvieran distinto contenido de derechos en ningún caso sería una discriminación por razón de sexo.

Además, no sólo dentro de los defensores de la tesis amplia encontramos opiniones contrarias a entender que el precepto se fundamenta en el principio de igualdad, sino también entre los partidarios de la tesis restrictiva expuesta en segundo lugar; por ejemplo, ROCA SASTRE afirma que "en principio, empero, dicho nuevo inciso no guarda relación alguna con la referida no discriminación"¹⁰⁶.

Por mi parte me gustaría a_adir alguna crítica a esta forma de pensar; en primer lugar, esta teoría olvida que el respeto a las legítimas que impone el precepto impedirá, en la mayoría de las ocasiones, ese trato igualitario que pretendidamente inspira el precepto; por ejemplo, si el marido es vizcaíno y la esposa de vecindad común mientras que la ley que rige los efectos es la catalana, teóricamente a ambos cónyuges le correspondería el usufructo universal catalán pero el necesario respeto a las legítimas de los descendientes hace que uno tenga el usufructo de dos tercios y el otro el de un quinto. Como no puede entenderse que el legislador al mismo tiempo se inspire en una idea y después diga la contraria debe descartarse esta opinión.

En segundo lugar, tal pretendida igualdad quedaría rota desde el momento en que interviniese la voluntad de alguno de los dos cónyuges ya sea para atribuir al otro un usufructo universal -con o sin cautela socini, según la legislación

¹⁰⁵Op.Cit., páginas 90 y 91.

¹⁰⁶Op.Cit., página 359, nota 767.

sucesoria- o para desheredarle.

Además y en tercer lugar tal tesis adolece de un defecto bastante común en la doctrina a la hora de enfrentarse con este precepto cuál es el de interpretarlo como si se tratara exclusivamente de una norma de Derecho Interregional, cuando, en realidad, estamos ante una norma de Derecho Internacional Privado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 16-1_ se aplica a los conflictos internos. Efectivamente, antes de la reforma de 1990 e incluso antes de la Constitución de 1978, los cónyuges extranjeros podían tener distinta nacionalidad, y, por tanto, duplicidad de leyes reguladoras de la sucesión, produciéndose la supuesta discriminación entre los cónyuges, por lo que no puede entenderse que la finalidad de la norma fuera volver a esa igualdad originaria. Por ello, considero que el presupuesto del que parten los defensores de esta tesis cae por su propio peso en la medida en que nunca una norma delegada puede delimitar el ámbito de aplicación de la norma delegante, es decir, no se puede interpretar una norma de Derecho Internacional Privado que es aplicable, por remisión, al Derecho Interregional partiendo de la situación que se producía exclusivamente en éste último. Si el legislador hubiera querido regular exclusivamente una situación específica de Derecho Interno, apartándose de los antecedentes legislativos de la norma, podría haberlo hecho introduciendo la norma en el artículo 16 y no en el artículo 9.

E).- En quinto lugar cabe aludir a la tesis postulada por GERMÁN MARÍA LEÓN PINA¹⁰⁷. Este Notario considera que el artículo 9.8 in fine es una ley de mínimos, que sólo es aplicable si ambos cónyuges tienen diferente vecindad civil (principio de igualdad entre cónyuges), siempre que el beneficio vidual que atribuya la ley que rija los efectos del matrimonio sea de mayor extensión que el que corresponda de aplicar la ley personal del cónyuge difunto (principio del "favor matrimonii").

Esta opinión engarza con la que ya sustentaba SANCHO

¹⁰⁷ Circular de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, número 45 de 1999.

REBULLIDA en relación con el problema de la viudedad aragonesa, antes de la Reforma del Título Preliminar por la ley de 1973-1974, a la que aludiremos más tarde, y reconozco que, de lege ferenda, puede ser una solución bastante interesante.

Sin embargo, de lege data, considero que no es defendible en cuanto que, además de las críticas que se pueden hacer a la tesis anteriormente defendida bajo la letra d), habría que añadir otras específicas de ésta.

En primer término, creo que el favor matrimonii o favor viduitatis puede ser tenido en cuenta como un principio general o "valor material"¹⁰⁸ que justifique la necesidad de que el legislador dicte una norma sobre adaptación con un determinado contenido, como el del artículo 9-8 in fine o con otro distinto en el futuro, pero no parece, a mi juicio, que pueda tomarse como un parámetro de interpretación de la norma.

Además, la aplicación de la ley más favorable para el viudo presenta dos dificultades añadidas. La primera, concretar qué es lo más favorable para el viudo, porque, si bien es cierto que en los distintos derechos espá_oles los beneficios viduales se presentan normalmente como derechos usufructuarios, lo que hace fácil su comparación, no sucede lo mismo en el ámbito del Derecho Internacional Privado y no debemos olvidar que estamos ante una norma de Derecho Internacional Privado.

La segunda es la relativa a determinar quién va a decidir qué es lo más favorable para el viudo, _el propio interesado por si y ante si?; en tal caso, parece evidente que los herederos y los acreedores de éstos e incluso los acreedores de aquél tendrán algo que decir al respecto, máxime cuando la ley no le concede tal facultad al viudo ni expresa ni implícitamente.

¹⁰⁸ZABALO ESCUDERO.Op.Cit., página 109.

En cualquier caso tales dificultades podrían obviarse si pensamos que los acreedores siempre podrían utilizar los medios generales de defensa de sus derechos frente a la decisión que adopte el viudo, si ésta les perjudica y que los herederos, en muchas ocasiones hijos también del viudo, mostrarán su conformidad con la decisión de que éste adopte; pero, en tal caso, ya la decisión no sería sólo del viudo sino por acuerdo, aunque sea tácito y la solución, en realidad, vendría dada por la interpretación que todos los interesados mayores de edad realicen en la partición, con lo que llegamos al mismo lugar que, el que suscribe, proponía a efectos prácticos en su primer análisis del tema¹⁰⁹.

F).- Todavía podríamos destacar una última tesis, la cual nos facilitaría en gran manera nuestro quehacer diario, apuntada por MARÍN SÁNCHEZ¹¹⁰, que limitaría la aplicación del último inciso del artículo 9-8 al ámbito del Derecho Internacional Privado, excluyendo su aplicación en el Derecho Interregional. Este autor cita a DELGADO ECHEVERRÍA quien se alaba que la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado no ha de entenderse de manera rígida, sino de tal modo matizada que se aproxima a una aplicación analógica.

Se trataría, por tanto, de defender la no aplicación del precepto en el ámbito interno pues el caso más destacado de inadaptación -el de aragón por la naturaleza familiar y no sucesoria del usufructo de viudedad- lo regula el artículo 16-2 que, curiosamente, se ha mantenido en el Código Civil, tras la reforma de 1990, cuando existe una norma general que pretendidamente viene a resolver el mismo problema.

La JURISPRUDENCIA todavía no se ha pronunciado sobre la interpretación del precepto, pero existen sendos Autos (de 4 de diciembre de 1995 y de 10 de diciembre de 1997) del presidente

¹⁰⁹Op.Cit., página 18.

¹¹⁰Op.Cit., página 23.

del TSJ de Cataluña resolviendo en primera instancia los recursos gubernativos interpuestos por los Notarios. La doctrina de estas resoluciones judiciales se muestra conforme, en lo sustancial, con la interpretación literal del precepto que hemos calificado de "extensiva o amplia". Brevemente resumiré el supuesto de hecho del primero de ellos siguiendo el trabajo de JOSÉ MARÍA NAVARRO VIÑUALES¹¹¹.

¹¹¹"Notas....".

Don José J.M., de vecindad catalana falleció el 17 de Febrero de 1995 dejando viuda -también de vecindad catalana- y dos hijos menores de edad. En el acta de declaración de herederos se atribuyó la condición de herederos a los dos hijos por partes iguales con reconocimiento del usufructo universal (art. 331 del Código Catalán) a la viuda. Dichos esposos se habían casado el 27 de junio de 1981 -antes de la reforma de 1990, por tanto- y su régimen económico era el de gananciales, si bien, según el Notario recurrente la ley por la que se regían los restantes efectos del matrimonio era la catalana correspondiente a la última vecindad común a la fecha de entrada en vigor de la ley de 1990.

El registrador suspendió la inscripción alegando el último inciso del 9.8 del CC, ya que los efectos del matrimonio se rigen por la sociedad de gananciales y, por tanto, a la viuda le corresponde únicamente el usufructo del tercio de mejora y existiendo hijos menores representados por su madre que sale beneficiada -usufructo universal y no del tercio-, existe una clara oposición de intereses, no resultando aplicable el principio de exclusión voluntaria de la ley aplicable (artículo 6,2 del CC) dada la existencia de tales menores de edad.

Frente a esta calificación el Notario interpuesto el correspondiente recurso que resuelve en primera instancia el Presidente del TSJ de Cataluña a través del mencionado Auto de 4 de diciembre de 1995. En este Auto podemos leer que los argumentos del Notario, sólida y extensamente fundados carecen, sin embargo, de suficiente fuerza suasoria. Una interpretación lógica, histórica, sistemática y literal se opone frontalmente a su sugestiva posición. El Notario ha recurrido el Auto ante la DGRN que todavía no ha resuelto, después de casi cuatro años¹¹².

A mi juicio, de este Auto, podemos extraer varias consecuencias:

- Derecho transitorio: aplica el inciso final del 9-8 en un caso de fallecimiento producido después de la entrada en vigor

¹¹²No es disculpa el que, por subsanación posterior motivada por necesidades del caso, el recurso sea para unificación de doctrina porque si algún tema es importante y tiene interés práctico es el que analizamos.

de la ley 11/1990 pero en el que el matrimonio se había celebrado con anterioridad.

- Derechos por ministerio de la ley: interpreta literalmente el 9-8 inciso final, comprendiendo por tanto en su ámbito los derechos usufructuarios que puedan corresponder al cónyuge viudo al fallecimiento del otro. Se sitúa por tanto en la línea de la tesis calificada de "*amplia o extensiva*" que se expuso en primer lugar.

- "Ley que regula los efectos del matrimonio": hay que entender que, o bien identifica "ley que regule los efectos del matrimonio" con ley que regula el régimen económico del matrimonio -al menos para los matrimonios celebrados antes de la reforma de 1990- o bien que la mencionada reforma produce el efecto de inmutabilidad a que aludía HONORIO ROMERO.

En relación con este Auto la pregunta que me embarga es la de si realmente nos lo podemos tomar en serio y es que su se_oría, ni mas ni menos que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalu_a, afirma que "la interpretación literal del precepto no encierra mayores dudas y no es lícito al intérprete distinguir donde la ley no distingue"; es decir, que todos los problemas de este precepto que hemos apuntado son imaginaciones de las mentes aventureras de unos cuantos se_ores que nada mas tienen que hacer.

En mi opinión personal, ninguna de las tesis expuestas es totalmente congruente, tal y como hemos visto, en cuanto las que parten de la literalidad de la norma llevan en muchos casos a resultados contrarios a la finalidad de la misma mientras que las que se apartan del tenor literal forzando su significado tampoco se ajustan a la finalidad y a los antecedentes del precepto. Por todo ello, creo que habrá que esperar a que el Tribunal Supremo concrete la aplicación de este precepto, decantándose por alguna de las tesis expuestas o formulando una nueva, es decir, realizando una especie de interpretación auténtica, al igual que ocurre con otros preceptos, como el 811 del CC con el que, curiosamente, el que comentamos tiene en común la utilización de la expresión "por ministerio de la ley".

Ante tal situación, procederé a exponer una serie de conclusiones que creo seguras, proponiendo, además, una

interpretación lógico-finalista que atiende a los antecedentes doctrinales y legislativos de la norma pero que no encaja en la estricta literalidad del precepto.

En primer lugar, no tiene duda que la aplicación del precepto se limita a las sucesiones causadas después de la entrada en vigor de la ley 11/1990.

Por otra parte, y *en segundo lugar*, también creo segura la exclusión del ámbito del precepto del llamamiento abintestato, el cual se regiría por la ley sucesoria general determinada por el inciso inicial del propio 9-8. Una excepción¹¹³ debe interpretarse restrictivamente y no puede llegar al extremo de desvirtuar la regla general.

En tercer lugar, es una norma que se aplicará fundamentalmente en la sucesión abintestato. Digo fundamentalmente y no exclusivamente, a diferencia de lo que apunta parte de la doctrina internacionalista, como por ejemplo CALVO CARAVACA y BLANCO-MORALES LIMONES¹¹⁴ o ZABALO ESCUDERO¹¹⁵, porque, en mi opinión, el inciso puede ser aplicable también en la sucesión testada en aquellos casos en que el testamento se halla limitado a reconocer al cónyuge viudo la legítima que le corresponda y ello por aplicación analógica de la doctrina de la Sentencia del TS de 2 de enero de 1929 en materia de reservas¹¹⁶, así como en aquellos otros en que la legítima se reciba contra testamento.

No obstante, lo cierto es que el precepto en el ámbito de

¹¹³El proyecto publicado en el BOMJ en diciembre de 1985 todavía dejaba más claro el carácter de excepción de este inciso respecto de la regla general -la ley sucesoria-.

¹¹⁴Op.Cit., volumen II, página 270 en la que dicen "La solución del nuevo precepto es aplicable sólo a la sucesión abintestato".

¹¹⁵Op.Cit., página 133 afirma que "El artículo 9.8..... se refiere explícitamente a los derechos legalmente atribuidos al cónyuge viudo, no a los que éste recibe por obra de la voluntad, que bien pueden expresarse en estipulaciones contenidas en capitulaciones, en testamento o contrato sucesorio".

¹¹⁶En sentido contrario, sin embargo, VALLET. Tomado de PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo V, Volumen 3, página 263.

la sucesión testada apenas si planteará problemas pues la atribución del usufructo universal entre cónyuges se ha generalizado de tal manera en la práctica que algún autor ha llegado a calificarlo como "cláusula de estilo"¹¹⁷.

¹¹⁷Así FUENTES TORRES ISUNZA "El usufructo vidual universal. Una cláusula de estilo". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T.189, junio de 1951.

En cuarto lugar y en cuanto a la expresión "derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite" creo que su campo natural de actuación está en aquellos derechos cuya naturaleza sucesorio-familiar sea discutida atendiendo a la ley reguladora de la sucesión y la ley del régimen matrimonial, pues en tal caso, pueden producirse situaciones de privación o superposición de derechos para el viudo; pensemos p. el. en un causante cuya ley sucesoria no reconozca al viudo el derecho de predetracción por configurarlo como matrimonial, mientras la ley que regula la liquidación del REM tampoco se lo atribuye porque lo configura como un derecho sucesorio; o el caso contrario, es decir, que la ley que rige los efectos le otorgue ese derecho e igualmente se lo atribuya la ley sucesoria. En los dos supuestos, se estará a la ley reguladora de los efectos para evitar bien la privación o bien la superposición de derechos para el viudo.

A continuación, la pregunta que surge es la de si se aplicará a los usufructos intestados y a las legítimas del viudo, y mi respuesta, es afirmativa, sin ninguna duda, cuando se produzca el supuesto antes mencionado, es decir, que se pueda dar una privación o una superposición como consecuencia de la distinta calificación del derecho por la ley reguladora de los efectos y de la ley sucesoria. Tal situación podría tener lugar en situaciones internacionales pero, no se producirá en el ámbito interno, salvo en el caso de Aragón, lo que explicaría la pervivencia del artículo 16, tras la introducción del inciso final del artículo 9-8.

No obstante, como reconozco que esta interpretación, al igual que cualquier otra que se aparte de la estricta literalidad del precepto, es forzada, y teniendo en cuenta los dos Autos del TSJ de Cataluña, en la práctica extrajudicial propongo, en la línea de mi anterior trabajo¹¹⁸, acudir a cláusulas cautelares para evitar el error de derecho, como ya

¹¹⁸Op.Cit., página 18.

apuntaba CALATAYUD¹¹⁹ cuando afirmaba que "hasta que la cuestión se pacifique lo más adecuado será establecer cláusulas cautelares en las que los interesados en la herencia, interpreten la norma en un sentido u otro, a fin de evitar impugnaciones".

Se trataría, en la declaración de herederos, de cumplir lo dispuesto en el artículo 979 de la LEC que sólo ordena al notario la declaración de que determinadas personas son los únicos herederos abintestato, limitándonos a reconocer el usufructo que le corresponda al cónyuge viudo para, después, en la partición concretar ese usufructo, utilizando la correspondiente cláusula cautelar para evitar el error de derecho¹²⁰.

¹¹⁹LA NOTARÍA, 1992, página 9.

¹²⁰Tal propuesta, sin embargo, puede ser de difícil aplicación en Cataluña dado el tenor del artículo 332 del Código de Sucesiones que exige que el usufructo se atribuya de forma expresa en la declaraciones de herederos. Tal inconveniente podría salvarse mediante la comparecencia de todos los interesados, ya en la declaración de herederos, para fijar de común acuerdo la extensión del usufructo, como propone JIMENEZ GALLEGO.

El problema sólo se plantearía cuando entre los herederos existan menores de edad y se quiera atribuir al viudo, por ser más amplio¹²¹, el usufructo de la ley sucesoria, en cuyo caso, de seguir la tesis amplia o literalista existiría un evidente conflicto de intereses que exigiría la presencia de un defensor judicial. No creo, sin embargo, en contra de NAVARRO¹²² que fuera necesario, además, cumplir los requisitos sobre donación de derechos pertenecientes a un menor de edad; en realidad, lo que hay es un supuesto de "exclusión voluntaria de la ley aplicable" (artículo 6-2º del CC) por parte de la viuda¹²³ que sólo será válida cuando no perjudique a terceros, en estos casos los herederos, salvo, claro está, que estos lo consientan. Ahora bien, cuando los herederos sean menores de edad representados por la propia madre beneficiada, es evidente el conflicto de intereses que exigirá la presencia de un defensor judicial, pero teniendo en cuenta que la decisión está en la esfera de intereses de la madre, en cuanto es la única que puede renunciar a la aplicación de una ley para someter sus derechos a otra. No creo que pueda argüirse en contra de esta forma de pensar el carácter imperativo de la norma de conflicto salvo cuando ésta permite la elección de la ley aplicable (p.ej 9-2 y 9-3), ya que tal imperatividad alude a la obligación de su aplicación por Jueces y Tribunales y a la imposibilidad de elegir a priori el Derecho aplicable, pero no a la posibilidad de excluir su aplicación ex post.

En cualquier caso, creo que el legislador debería aprovechar el material aportado por la reflexión doctrinal en torno a este precepto para, en una futura modificación

¹²¹Si el usufructo de la ley sucesoria fuera de cuantía inferior el problema es menor porque el conflicto de intereses se resuelve en contra del que decide y parecía excesivo exigir la presencia del defensor judicial.

¹²²Op.Cit., página 145.

¹²³ZABALO ESCUDERO Op.Cit., página 167, habla de "renuncia a la adaptación" en un caso concreto en el que la aplicación literal del 9.8 -que ella defiende- produce un resultado perjudicial para el supérstite.

legislativa, establecer una norma más clara. Para ello habría, previamente, que determinar qué interés se pretende proteger con el precepto, es decir, si se persigue única y exclusivamente la adaptación entre régimen matrimonial y sucesión o si además también se tiene en cuenta el favor viduitatis. Si, efectivamente, se persigue la adaptación material, sería conveniente aclarar que ésta sólo procede cuando se produzca una superposición o una privación de derechos para el viudo como consecuencia de la distinta calificación de las instituciones en los ordenamientos implicados dejando, en los restantes casos, que actúen la ley sucesoria y la reguladora del régimen económico matrimonial en su campo propio de actuación.

También considero importante que la nueva redacción no deje dudas acerca de que, en ningún caso, la adaptación alcanza al llamamiento abintestato¹²⁴.

¹²⁴GINEBRA MOLINS, op. Cit., página 97, nota 45 destaca que algunos autores destacan que el 9.8 in fine debería tener la siguiente redacción "los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente cuando no le corresponda ser heredero del cónyuge premuerto...."; en mi opinión, sin embargo, el problema que debe aclararse no es precisamente este, pues si el viudo es heredero del premuerto no habrá prácticamente problemas. La cuestión fundamental es aclarar que entre los derechos por ministerio de la ley a que se refiere el precepto no está incluido el orden abintestato.

Además, la adaptación sólo debe tener lugar cuando el régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre los cónyuges sea el legal supletorio¹²⁵, aunque esta es una materia cuyo estudio corresponde al siguiente apartado.

3).- Significado de la expresión "ley que regula los efectos del matrimonio".

La determinación de cuál sea la ley a la que se remite este inciso cuando alude a la que regule "*los efectos del matrimonio*" tampoco es una tarea fácil.

En primer lugar, porque de considerar aplicable el precepto a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la ley 11/1990 se nos plantea el problema de determinar, tras la reforma del Título Preliminar de 1973-1974, si la ley a la que se remite la norma es la que regula las relaciones personales y patrimoniales -mutable- o bien la que regula el régimen económico matrimonial-inmutable, salvo pacto-

Para autores como JOSÉ MARÍA NAVARRO VI_UALES¹²⁶ o GINEBRA MOLINS¹²⁷ la remisión debe entenderse hecha a la ley que determinaba el número 2 del artículo 9 del CC; sin embargo, para CALATAYUD, la remisión se refiere a la norma reguladora del régimen económico matrimonial y ello "dada la finalidad de la norma y los antecedentes"¹²⁸.

¹²⁵En la línea de la propuesta de PE_A, ya analizada.

¹²⁶Página 185 de "Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código Civil", Revista LA NOTARIA, diciembre 1995 y previamente en "Notas prácticas sobre el nuevo artículo 209 bis del Reglamento Notarial", Revista LA NOTARIA, febrero de 1993, página 76..

¹²⁷Op.Cit., página 114.

¹²⁸"Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge

En segundo lugar, y centrándonos en los matrimonios a los que se aplique el artículo 9-2 en su redacción actual, es decir, a los celebrados después de la entrada en vigor de la ley 11/1992, debemos aclarar a qué ley se remite el inciso final del 9-8 en el caso de que al amparo del 9-3 se produzca una disociación o desvinculación entre la ley que regula el régimen económico del matrimonio y la que rija los restantes efectos del mismo. Parte de la doctrina, así ESPERANZA GINEBRA¹²⁹ o CALATAYUD¹³⁰ considera que la remisión del 9.8 lo es a la ley que rige los efectos y a que alude el 9-2, aunque este último no deja de señalar que hubiera sido preferible vincular los derechos sucesorios del viudo a la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

Por el contrario, ZABALO¹³¹ entiende que la remisión debe entenderse realizada a la ley que regule la liquidación del régimen económico matrimonial, dada la vinculación existente entre dicha liquidación y la sucesión del cónyuge viudo. Dice esta autora que "no tendría sentido, realmente, procurar una adaptación conflictual sometiendo los distintos aspectos de una situación jurídica a una ley que no está llamada a regir ninguno de ellos separadamente".

Personalmente creo, dentro de la interpretación finalista que patrocinamos, que en ambos casos, la remisión debe entenderse realizada a la ley reguladora del régimen económico-matrimonial pues, en otro caso, el precepto quedaría desprovisto totalmente de sentido.

Aunque pueda parecer imposible, todavía queda algún otro tema por estudiar, concretamente dos que plantean, respectivamente, ADOLFO CALATAYUD y HONORIO ROMERO.

¹²⁹Op. Cit., página 105.

¹³⁰"Ley aplicable...", revista LA NOTARÍA, página 14.

¹³¹Op. Cit., página 174.

El primero¹³² se pregunta si la ley aplicable a los derechos del viudo será la misma que regiría los efectos del matrimonio si éste se celebrara hoy o la concreta por la que se regían los efectos de ese matrimonio; en definitiva, si la remisión es a la ley que abstractamente debería regir ese matrimonio según el actual 9-2 o si lo es a la concreta ley que regía ese matrimonio. A juicio de este autor, que considero seguro, la finalidad perseguida por el legislador nos hace pensar que la remisión lo es a la concreta ley que rige los efectos de ese concreto matrimonio.

Una segunda cuestión que plantea HONORIO ROMERO¹³³ es la determinar si la remisión que hace el 9-8 in fine a la ley reguladora de los efectos del matrimonio es estática o dinámica, es decir si se refiere a los derechos que esa ley otorgaba al cónyuge viudo en el momento de la celebración del matrimonio, o a los que otorga en el momento del fallecimiento del consorte, inclinándose el autor citado, en posición que creo acertada, por esta última posibilidad.

No quiero terminar este apartado sin hacer dos críticas mas al legislador de 1990; por un lado, y como ya hemos se_alado, no deja clara cuál es la finalidad que persigue con la inclusión de este inciso final del 9-8 del CC, pero si la misma fuese solucionar los problemas de inadaptación entre la liquidación del régimen económico matrimonial y la sucesión debería remitirse expresamente a la ley que regule esa liquidación; en segundo lugar, la literalidad del precepto, pese a ser una norma de Derecho Internacional Privado, está redactada pensando exclusivamente en el Derecho espa_ol, pues es difícil encontrar, en muchos ordenamientos extranjeros, un

¹³²"Ley aplicable...", LA NOTARÍA, noviembre 1992, página 15.

¹³³Op.Cit., página 147.

concepto similar al espa_ol de "efectos del matrimonio" fuera de lo que es el régimen económico matrimonial propiamente dicho, y, a veces ni siquiera esto¹³⁴.

4.- El necesario respeto de las legítimas de los descendientes:

El artículo 9.8 in fine del Código Civil deja a salvo únicamente las "*legítimas de los descendientes*", a diferencia de lo que sucede en el caso del llamado "conflicto móvil", que también se regula en el número 8 del propio artículo 9, que impone el respeto a las legítimas en general.

¹³⁴ AMORES CONRADI en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", página 185, alude a que C.v.Bar ha puesto de manifiesto que "sólo en determinados ordenamientos es conocido el concepto de los efectos o relaciones personales, mientras que en otros, en correspondencia con su propio Derecho material, carecen de una noción equivalente".

La doctrina pronto destacó la particularidad que supone dejar a salvo únicamente la legítima de los descendientes¹³⁵. Efectivamente, no se comprende la fragmentación que el precepto crea en la institución de la legítima, en cuanto parece dar a entender que tienen una naturaleza diferente la legítima de los descendientes y las restantes legítimas, lo cual no se compadece con las tesis tradicionales de los autores que se han ocupado de la materia quienes normalmente realizan un análisis unitario de la institución de la legítima¹³⁶. Tan es así que, frente a la doctrina mayoritaria, ROCA-SASTRE MUCUNILL¹³⁷ parece dar a entender que también quedan a salvo, en su caso, la legítima de los padres y ascendientes pues, tras transcribir el inciso final discutido y por nota al pie de página, asegura "Y claro está, en su caso, de los padres y ascendientes".

Sin embargo, a mi juicio, el criterio de la mayoría doctrinal considerando la legítima de los descendientes como la única que prevalece sobre los derechos del viudo es el acertado. La justificación de tal criterio legislativo debe buscarse en el principio del favor viduitatis que hace prevalecer los derechos del cónyuge viudo sobre cualquier otra legítima que no sea la de los descendientes. Otra cosa bien distinta -y discutible- es la de si una norma de conflicto puede inmiscuirse en otro ordenamiento determinando cómo se "ordenan" sus instituciones.

¹³⁵ Así CALATAYUD en "Ley aplicable...", LA NOTARÍA, noviembre 1992, página 16, nos dice "...choca en primer lugar que se dejen a salvo sólo los derechos legitimarios de los descendientes, y no los de los ascendientes e incluso otros parientes, que también pueden tenerlos".

¹³⁶ Si consultamos cualquier manual al uso de derecho sucesorio veremos como los autores discuten acerca de si la legítima es una pars bonorum, una pars hereditatis, una pars valoris, una pars valoris-bonorum o bien sobre si es un derecho forzoso de que gozan determinadas personas o bien una limitación o freno a la libertad dispositiva del testador, pero siempre bajo una consideración unitaria con la única excepción, quizá, de la legítima vidual, precisamente.

¹³⁷ Op. Cit., página 360, nota 768.

Precisamente, ZABALO ESCUDERO¹³⁸ ha dirigido su crítica al precepto en este último sentido; a su juicio, la excepción de los descendientes tiende a salvar la legítima del Código frente a los amplios usufructos atribuidos al cónyuge en distintos derechos forales, haciéndose patente, aunque solapadamente, el predominio de que nuestro legislador dota al Código Civil en los conflictos interregionales.

Por otro lado la doctrina¹³⁹ también ha destacado que el necesario respeto a los derechos legitimarios de los descendientes puede reducir, en gran medida, la eficacia de la norma, poniendo como ejemplo el caso en el que la ley sucesoria sea la del País Vasco -la legítima constituida por los cuatro quintos de la totalidad de la herencia- y la ley que rijan los efectos del matrimonio sea, por ejemplo, la catalana o la navarra; de poco vale que éstas atribuyan al supérstite el usufructo universal, pues al tener que respetar las legítimas de los descendientes, el derecho del viudo se limitará al usufructo de un quinto.

¹³⁸Op.Cit., página 183.

¹³⁹Entre otros, CALATAYUD, "Ley aplicable..." página 16; HONORIO ROMERO, Op.Cit., página 150 y LONGO MARTÍNEZ "Comentarios a la reforma del Título Preliminar practicada por la Ley 11/90 de 15 de octubre, sobre no discriminación por razón de sexo", Boletín del Colegio Notarial de Granada, mayo de 1991, página 1238.

Al hilo de estas cuestiones cabe preguntarse si es posible algún tipo de coordinación "forzosa" entre los derechos viudales atribuidos por la ley reguladora de los efectos y los derechos forzosos reconocidos a los descendientes en la ley sucesoria. Concretamente, estoy pensando en el supuesto de un cónyuge fallecido con vecindad gallega y en el que la ley reguladora de los efectos del matrimonio fuera la navarra u otra que también atribuya un usufructo universal. En principio, ese usufructo debería reducirse a dos tercios ya que la ley gallega (ley 4/1995 de 6 de junio) se remite al Código Civil en lo que se refiere a la cuantía de la legítima de los descendientes (artículo 146-2); ahora bien, no debemos olvidar que la ley gallega permite la voluntaria atribución del usufructo universal de viudedad (artículos 118 y siguientes) y lo que quiero plantear aquí es si cabe, dada la remisión del 9-8 in fine, compatibilizar el usufructo universal de la ley de los efectos con las legítimas de los descendientes, sustituyendo, en este caso u otros similares, la voluntad de los cónyuges por la voluntad legal. La respuesta negativa me parece segura ya que admitir tal posibilidad supondría llevar demasiado lejos el inciso final del 9-8, el cual, en ningún caso, puede equipararse a la voluntad de los cónyuges.

En el supuesto de que el CC sea la ley sucesoria debe plantearse la cuestión de si podría entrar en juego el número 2_ del artículo 813 del propio CC¹⁴⁰, de tal manera que cuando la ley reguladora de los efectos atribuya al viudo un usufructo universal éste le sea respetado en virtud de la aplicación de tal artículo. A favor de esta forma de pensar, podría argüirse que la salvedad del usufructo del viudo en el artículo 813 se refiere a todos los regulados en el CC, y que, si bien, originariamente, tal cuerpo legal sólo incluía el usufructo de los artículos 834 y sgs, hoy, tras la reforma del CC de 1990, también se refiere, aunque sea indirectamente, a los usufructos aplicables en virtud del inciso final del 9-8 -que, por otra

¹⁴⁰ Este precepto dice "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo".

parte también es una norma del CC-. Sin embargo, esta tesis no me parece acertada en cuanto el artículo 813 está orientado a definir cómo influye la legítima del CC sobre la voluntad del testador consagrando la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de aquélla y a estos efectos -única y exclusivamente- excepciona lo relativo al usufructo del cónyuge.

Igualmente creo que en este mismo caso no podría entrar en juego el número 3º del artículo 820 porque presupone un legado o manda, es decir, que, en cualquier caso, exige una voluntaria atribución por el testador.

Otro tema que, en mi opinión, puede plantearse es el de si tiene sentido que el precepto ordene, en términos relativamente imperativos -"a salvo siempre", dice-, el respeto a las legítimas de los descendientes cuando la ley sucesoria no parta de un respeto a la intangibilidad cualitativa de la legítima, admitiendo la compatibilidad de la nuda propiedad de los descendientes con el usufructo viudal (así p.ej. Cataluña, según alguna interpretación¹⁴¹, - o el usufructo universal Navarro); en tal caso, me pregunto si tiene sentido el respeto a las legítimas de los descendientes y, probablemente, la respuesta más segura es la negativa, en cuanto con tal interpretación, respetamos la atribución de derechos al cónyuge viudo que pudiera hacer la ley reguladora de los mismos causando la mínima distorsión en la ley sucesoria; por tanto, debe entenderse que el artículo 9.8 in fine deja a salvo siempre la legítima de los descendientes, en cuanto la ley que rige la sucesión no de prevalencia a los derechos del viudo sobre los de los descendientes o no los estime compatibles entre sí.

Otra cuestión que se puede plantear es la de determinar si el respeto a la legítima de los descendientes es el único límite que se impone a los derechos del cónyuge viudo. Evidentemente, la literalidad de la norma así parece imponerlo pues, como suele afirmarse, donde la ley no distingue no debe

¹⁴¹Así NAVARRO VIUALES, en "Notas sobre la interpretación...", LA NOTARÍA, diciembre de 1995, páginas 155 y 156.

el jurista distinguir. Sin embargo, personalmente no me convence este argumento porque precisamente donde la ley no distingue es donde el jurista debe distinguir; en este sentido, creo que, cuando un supuesto de hecho no se halla regulado expresamente, el jurista debe preguntarse cómo se resuelve tal caso con las normas existentes. Por ello, en el caso del inciso final del 9.8 si bien es cierto que la exclusión únicamente de *la legítima de los descendientes* imposibilita dar preferencia, respecto a los derechos del cónyuge viudo, a la legítima de los ascendientes; no es menos cierto que la cuestión es mucho más dudosa en el caso de aquellas instituciones que, en el ordenamiento que rige la sucesión, puedan pasar por delante de las propias legítimas de los descendientes, como puede ocurrir con la reserva lineal o con la reversión (artículos 811 y 812 del Código Civil), según la interpretación que de éstas últimas se sostenga.

5).- Relación del artículo 9-8 con el artículo 16-2º párrafos 1º y 3º.

A lo largo de la exposición hemos hecho referencia a los desajustes que se podía producir en relación con la institución de la viudedad aragonesa, antes de la entrada en vigor de la ley de reforma del Título Preliminar de 1973-1974, los cuales podían producirse en una doble vertiente:

- bien por privación de beneficios, en la medida que si los cónyuges cuyo matrimonio estuviera sometido al Código Civil adquiriesen vecindad civil aragonesa, al fallecimiento de uno de ellos, su sucesión se regiría por el Ordenamiento aragonés que ningún derecho sucesorio reconoce al cónyuge viudo -la viudedad tiene naturaleza familiar-, mientras que la liquidación del régimen económico matrimonial debe hacerse según las normas del Código Civil, por lo que el viudo tampoco tendría usufructo foral aragonés.
- bien por superposición de beneficios, en el supuesto contrario del matrimonio cuyo régimen económico matrimonial estuviese sometido al Derecho aragonés pero que adquiriese después otra vecindad, como la común, en cuyo caso el viudo

tendría el usufructo viudal aragonés y la legítima que le atribuyese la ley sucesoria.

Ante tal situación según DELGADO ECHEVERRÍA la doctrina aragonesa, con SANCHO REBULLIDA a la cabeza concedía al supérstite la ventaja de la ley aragonesa como "más favorable"¹⁴².

Este criterio fue el acogido por el Código Civil tras la introducción del número 2 del artículo 16 en la reforma del Título Preliminar efectuada por la mencionada ley de 1973-1974, que todavía hoy persiste en nuestro Código Civil, tras la inclusión, por la ley de 15 de Octubre de 1990 del inciso final del artículo 9-8 que venimos comentando.

¹⁴²"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, página 1295.

Sin perjuicio de que después analicemos la compatibilidad de este artículo 16, en sus apartados 1º y 3º, con el artículo 9.8 in fine, debemos referirnos a un problema previo que plantea DELGADO ECHEVERRÍA¹⁴³, quien considera que la singularidad que dicho precepto representa resulta "perturbadora y de dudosa constitucionalidad.." en cuanto no estamos en una situación de poder legislativo único, y, a su juicio, "ya no es deseable ni acaso viable una técnica del Derecho Interregional privado que tienda a calcular los resultados sustantivos de los conflictos posibles, tratando de dar solución justa al elenco de problemas imaginables; pues ahora las normas civiles sustantivas pertenecen a ordenamientos autonómicos separados y emanan de distintos legisladores, que pueden alterarlas en cualquier momento".

A mi juicio, esta tesis de DELGADO no es asumible pues, en cuanto la Constitución ha reconocido al legislador estatal competencia exclusiva en materia de "normas para resolver los conflictos de leyes", debe entenderse atribuida esa competencia con independencia de la técnica legislativa utilizada, es decir ya se traten de normas de conflicto en sentido estricto o de normas materiales y comprendiendo tanto el Derecho internacional privado como el Derecho interregional, tal y como reconocen también CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, con cita expresa de las sentencias del Tribunal Constitucional números 156 de 6 de mayo de 1993 y 226 de 8 de julio de 1993¹⁴⁴.

Sin embargo, la constitucionalidad de este precepto, fundamentalmente en sus apartados 1º y 3º puede ser estudiada desde otra perspectiva, concretamente desde la óptica del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) entre los distintos derechos civiles existentes. Se trata de determinar

¹⁴³"Comentario..."Op.Cit., página 1284.

¹⁴⁴"Derecho Internacional Privado", Vol.I, Op.cit., página

si las singularidades que presenta el derecho de viudedad aragonesa son tan importantes como para justificar una norma de adaptación especial y nuestra respuesta debería ser negativa si existiese una norma general que llegase a resultados similares. Empero, como hemos visto, no está nada claro el que el inciso final del 9.8 cumpla esa función dado lo discutido de su alcance. En cualquier caso, en el futuro, quizás fuese conveniente que el legislador resolviese la cuestión de forma general eliminando expresamente esta norma especial de la viudedad aragonesa.

Adentrándonos en el estudio de la compatibilidad entre el inciso final del artículo 9.8 y los apartados 1º y 3º del artículo 16, la doctrina se ha preocupado por determinar si, en la situación actual y dado el alcance general del primero, puede decirse que los segundos siguen vigentes o si, por el contrario, tales apartados deben entenderse tácitamente derogados. Una vez más podremos observar como existen diferentes opiniones sobre el tema, lo que, en gran parte, se debe a la distinta posición de la que parten los autores en la inteligencia del inciso final del 9-8.

Comenzando por el apartado primero¹⁴⁵ DELGADO ECHEVARRÍA cree que el precepto "coincide en lo esencial, con el nuevo artículo 9,8º,i.f., sin que en lo que diverge la solución sea claramente preferible" ¹⁴⁶para después afirmar que es dudosa su vigencia. Concretamente este autor¹⁴⁷ se_ala un supuesto en el que se aplicaría el 16.2.1_ pero no el inciso final del 9.8 que es el de los cónyuges cuando los efectos de su matrimonio estén

¹⁴⁵ Este apartado dice: "El derecho de viudedad regulado en la *Compilación aragonesa* corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha *Compilación*, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria".

¹⁴⁶ "Comentarios al....". Op.Cit., página 1287.

¹⁴⁷ "Comentarios al....". Op Cit., página 1292.

regulados por una ley que no sea la aragonesa, pero que han sustituido en virtud de pacto su régimen económico matrimonial por el aragonés al amparo de lo dispuesto en el número 3 del artículo 9 del Código Civil.

Más convencida de lo superfluo del precepto parece ZABALO ESCUDERO¹⁴⁸ quien considera que "la adaptación realizada por el 9.8 elimina por sus propias raíces el problema que tiende a solucionar el artículo 16.2, que parte de unos presupuestos actualmente inexistentes, y cuyo mantenimiento y coexistencia con el art 9.8, plantea mayores problemas". Debemos tener presente que esta autora, como hemos visto, equipara ley que regula los efectos del matrimonio con la que regula la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que en el supuesto que plantea DELGADO, esta autora aplicaría la ley aragonesa para determinar los derechos del viudo, pero no por aplicación del artículo 16 sino del propio inciso final del 9.8.

Sin embargo, CALATAYUD¹⁴⁹ afirma que la reforma no ha establecido con carácter general -9.8 in fine- exactamente el mismo criterio que establece el artículo 16.2 y así destaca:

"1. Por un lado, mientras que el artículo 9.8 se remite a la ley que regule los efectos del matrimonio, el artículo 16.2 atribuye el derecho de viudedad aragonesa a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial regulado en la Compilación aragonesa."

Aquí debemos repetir lo ya señalado sobre que, con la opinión de ZABALO, esta diferencia no se produciría.

"2. Por otro lado, el artículo 9.8 sólo deja a salvo las legítimas de los descendientes, mientras que el artículo 16.2 excluye toda legítima que establezca la ley sucesoria."

Efectivamente, para CALATAYUD esta exclusión de la legítima que hace el artículo 16.2º.1 tiene un doble sentido,

¹⁴⁸Op.Cit., página 198.

¹⁴⁹"El ámbito territorial....".Op.Cit., página 198.

por un lado, impedir que el cónyuge pueda gozar de otros derechos viduales, además de la viudedad aragonesa, evitando así la duplicidad de beneficios y, por otro lado, permitir que los legitimarios puedan percibir su legítima sin el gravamen que la viudedad representa¹⁵⁰. Sin embargo esta última afirmación no es compartida por la generalidad de la doctrina y así para DELGADO ECHEVERRÍA¹⁵¹ la viudedad "no se ha de ver mermada por las legítimas de los descendientes según la ley de la sucesión (distinta de la aragonesa)".

¹⁵⁰En este sentido también HONORIO ROMERO, quien cita a SAPENA.Op.Cit., página 156.

¹⁵¹"Comentarios al".Op.Cit., página 1295.

En cualquier caso, ya se entienda, con CALATAYUD, SAPENA O ROMERO, que la viudedad deja a salvo las legítimas o, por el contrario se considere, siguiendo a DELGADO, que la viudedad prevalece sobre las legítimas parece claro que existen diferencias entre este precepto y el inciso final del artículo 9-8. En el primer caso porque el 16-2_1 deja a salvo todas las legítimas y no sólo las de los descendientes y en el segundo caso porque precisamente no se respetarían las legítimas, ni siquiera la de los descendientes, a diferencia de lo que ocurre en el 9-8.

Otro autor que se han ocupado de esta cuestión es HONORIO ROMERO HERRERO¹⁵² quien considera subsistente el párrafo 1_ del número 2_ del artículo 16 y por ello, tras la entrada en vigor de la ley de 15 de octubre de 1990, correspondería el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa:

- A los cónyuges que ostentan la vecindad civil aragonesa en el momento de celebrar el matrimonio.

- A los cónyuges cuando la ley que rige los efectos del matrimonio es la aragonesa¹⁵³.

- A los cónyuges cuyo matrimonio (la ley que rige los efectos del matrimonio) está regido por una ley distinta a la aragonesa, pero han sustituido su régimen económico matrimonial por el aragonés, por haberlo pactado así y ser ésta la vecindad o estar aquí la residencia habitual de uno de ellos, o de ambos (artículo 9-3 del Código Civil)¹⁵⁴.

El segundo de los problemas se plantea en relación con el párrafo 3_ del artículo 16-2 del Código Civil que atribuye el

¹⁵²Op.Cit., páginas 154 y siguientes.

¹⁵³DELGADO -"Comentarios..." Op.Cit., página 1292- lo admite incluso en caso de cónyuges extranjeros cuando los efectos de su matrimonio se rijan por el derecho aragonés, posible, para este autor, en el supuesto del 9.2 CC.

¹⁵⁴En el mismo sentido DELGADO, como hemos visto antes.

usufructo viudal al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte¹⁵⁵.

¹⁵⁵Según el precepto: "El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte".

Para ZABALO ESCUDERO ¹⁵⁶ esta norma también debe entenderse suprimida ya que "con el 9.8 actual ya no es necesario mantener una solución para un problema que no se produce, y menos una solución que altera la propia esencia del derecho de viudedad aragonés".

DELGADO considera probable que este apartado haya quedado desprovisto de eficacia, "pues no hay ningún caso a que alcance la ratio del precepto"¹⁵⁷; no obstante, este autor, como entiende que tal pérdida de eficacia no es indiscutible, entiende prudente considerar la posibilidad contraria, en cuyo caso sólo caben dos formas de ver las cosas: o entender que "la viudedad aragonesa podría ser, en los casos de vecindad aragonesa del premuerto y efectos del matrimonio regidos por ley distinta, un beneficio acumulado a los que tal ley distinta otorgue; o bien, más probablemente, la viudedad aragonesa excluiría estos otros beneficios. Como si el artículo 9,8º dijera: "los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio..., **salvo que corresponda al supérstite la viudedad aragonesa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16,2_, III**"¹⁵⁸.

¹⁵⁶Op.Cit. Página 199.

¹⁵⁷"Comentarios....". Op.Cit., página 1295.

¹⁵⁸Op.Cit., página 157.

ADOLFO CALATAYUD¹⁵⁹ y HONORIO ROMERO¹⁶⁰ después de destacan la descoordinación que se produce entre estos preceptos, tras la reforma de 1990, pudiendo darse una duplicidad de beneficios viduales, concretamente ello tiene lugar si el premuerto tiene vecindad aragonesa al fallecer, pero la ley que regula los efectos del matrimonio fuera otra pues con arreglo al artículo 16-2_3 le correspondería el usufructo de viudedad aragonés, mientras que conforme al inciso final del 9-8 tendría el derecho que le otorgue la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Por ello, a juicio de estos autores quizás la solución más clara "sea considera aplicable el artículo 16-2, pues es una norma específica, reguladora de un caso concreto".

En mi opinión personal, aun cuando en determinadas ocasiones los párrafos 1º y 3º del número 2º del artículo 16 del Código Civil, puedan llevar a soluciones idénticas a las del inciso final del artículo 9.8, deben entenderse vigentes y, en este punto, las posiciones de ALEJO CALATAYUD y de HONORIO ROMERO¹⁶¹ me parecen seguras. A mi juicio el legislador no ha tenido intención de derogarlos, como lo demuestra que su contenido se ha repetido en el artículo 16, al que el legislador de 1990 le ha a_dido el número 3_. Pero es que además estamos ante dos normas que pueden perseguir una misma finalidad de "adaptación" pero a través de caminos distintos, en un caso a través de la adaptación conflictual (artículo 9-8, in fine) y en otro caso a través de la regulación material y según los principios y normas generales del Derecho

¹⁵⁹"Cuadernos...."Op.Cit., página 87.

¹⁶⁰Op.Cit., página 157.

¹⁶¹Además, entre los internacionalistas, CALVO CARAVACA y BLANCO-MORALES LIMONES -Volumen II. Op.Cit., página 270- parecen mostrarse en favor de la subsistencia del precepto, MARIN SANCHEZ, partiendo de la que hemos llamado tesis restrictiva entiende plenamente justificada la no derogación del número 2 del artículo 16, como hemos visto a lo largo del presente estudio.

Internacional Privado en caso de conflicto entre una norma material de Derecho Internacional Privado y una norma de conflicto prevalecerá la primera en virtud del principio de especialidad¹⁶².

ANTONIO CHAVES RIVAS Notario de Porreres
(Mallorca)

¹⁶²CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

CC: Código Civil.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LPH: Ley de Propiedad Horizontal.

RH: Reglamento Hipotecario.

RN: Reglamento Notarial.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

DIP: Derecho Internacional Privado.

BOMJ: Boletín Oficial del Ministerio de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALBALADEJO Y OTROS. "COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL Y A LAS COMPILACIONES FORALES". Tomo I, Volumen 2º. Edersa, 1995.
- ARIAS RAMOS, "DERECHO ROMANO". Editorial Reus. Madrid, 1940.
- BORRÁS, ALEGRÍA. "NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPA_OL". Anuario de Derecho Civil, 1991.1.
- CALATAYUD SIERRA, ADOLFO. "LEY APLICABLE A LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO". Revista "La Notaría", noviembre de 1992.
- CALATAYUD SIERRA, ADOLFO. "EL ÁMBITO TERRITORIAL ESPA_OL: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO INTERREGIONAL". Cuadernos Notariales, 3. Fundación Matritense del Notariado, 1997.
- CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ Y OTROS. "DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO". Volumen I (1999) y II (1998). Editorial Comares.
- CHAVES RIVAS, ANTONIO. "EL INCISO FINAL DEL NÚMERO 8 DEL ARTÍCULO NUEVE DEL CÓDIGO CIVIL". Circular de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio de Baleares número 28 de 1999.
- DELGADO DE MIGUEL (como anotador). "CÓDIGO NOTARIAL". Editorial Aranzadi 1997.
- FERNÁNDEZ ROZAS Y SÁNCHEZ LORENZO. "DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO". Editorial Civitas, 1ª edición, 1999.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER (anotador). "CÓDIGO CIVIL". Editorial Aranzadi. Madrid 1996, 3º edición.
- GARRIDO MELERO, MARTÍN. "MATRIMONIO, CONVIVENTES MORE UXORIO Y FAMILIA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA Y EN LA LEY CATALANA DE

UNIONES ESTABLES DE PAREJA". Revista "La Notaría" número 7 (Julio-Agosto) de 1998.

- GINEBRA MOLINS, M.ESPERANÇA. "ELS CONFLICTES DE LLEIS DERIVATS DE LA COEXISTENCIA DE DIVERSOS ORDENAMENTS JURÍDICS A L'ESTAT ESPANYOL I L'ULTIM INCÍS DE L'ART. 9.8 C.c.". Revista "La Notaría", número 4 (Abril) de 1996.

- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL". TOMO IV -Derecho de Familia- y TOMO V -Derecho de Sucesiones-. Editorial Bosch, 1984 y 1981, respectivamente.

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE (como anotador). "EL CÓDIGO CIVIL Y SUS REFORMAS". Editado por el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1995.

- LEÓN PINA, GERMÁN MARÍA. "INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 9.8 IN FINE DEL CÓDIGO CIVIL". Circular de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, número 45 de 1999.

- LONGO MARTÍNEZ, ANTONIO A.. "COMENTARIOS A LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR PRACTICADA POR LA LEY 11/1990 DE 15 DE OCTUBRE, SOBRE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO". Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada, mayo de 1991.

- LLEBARÍA SAMPER, SERGIO. "GLOSA CRÍTICA A ESTA (NUESTRA) LEY DE UNIONES ESTABLE DE PAREJA". Revista "La Notaría", número 10 (octubre) de 1998.

- MARÍN SÁNCHEZ, JOSÉ-ALBERTO. "DERECHOS SUCESORIOS ATRIBUIDOS POR MINISTERIO DE LA LEY AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE: SE RIGEN POR LA LEY NACIONAL DEL CAUSANTE. COMENTARIO DEL ARTÍCULO 9-8 IN FINE DEL CÓDIGO CIVIL". Revista "La Notaría", noviembre de 1992.

- MARÍN SÁNCHEZ. JOSÉ-ALBERTO. "EXTENSIÓN DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRADOR RESPECTO DE LAS ACTAS DE

- DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO". Revista "La Notaría", noviembre de 1992.
- MARTÍNEZ-PI_EIRO CARAMÉS, EDUARDO. "UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN CATALU_A", en homenaje a Ildefonso Sánchez Mera. Circular de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio de Baleares número 53 de 1999.
 - MINISTERIO DE JUSTICIA. "COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL". 2ª Edición, 1993.
 - NAVARRO VI_UALES, JOSÉ MARÍA. "NOTAS PRÁCTICAS SOBRE EL NUEVO ART. 209 BIS DEL REGLAMENTO NOTARIAL". Revista "La Notaría" de febrero de 1993.
 - NAVARRO VI_UALES, JOSÉ MARÍA. "NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 9.8 DEL CÓDIGO CIVIL". Revista "La Notaría", número 10 (diciembre) de 1995.
 - PUIG BRUTAU. "FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL", TOMO V, VOLUMEN III. Editorial Bosch, 3ª edición, 1983.
 - RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL. "LA HERENCIA DE LOS VIUDOS: USUFRUCTO UNIVERSAL Y LEGÍTIMA DE LOS HIJOS". Colección de Jurisprudencia Práctica, número 13, editorial Tecnos, 1991.
 - ROCA-SASTRE MUCUNILL. "COMENTARIOS AL CÓDIGO DE SUCESIONES". Editorial Bosch, 1ª edición, 1994.
 - ROCA-SASTRE MUCUNILL. "DERECHO DE SUCESIONES, II". Editorial Bosch, 2ª edición 1991.
 - RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO. "CUESTIONES DE TÉCNICA NOTARIAL EN MATERIA DE ACTAS" en "Escritos Jurídicos", Volumen IV. Consejo General del Notariado, 1996.
 - ROMERO HERRERO, HONORIO. "DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

MATRIMONIAL. CONFLICTOS INTERREGIONALES". Revista Jurídica del Notariado, número 14 (Abril-Junio, 1995).

- VALLET DE GOYTISOLO. "CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE REGÍMENES MATRIMONIALES Y SUCESIONES". Ponencia presentada por la delegación española en la primera comisión del VII Congreso Internacional del Notariado Latino. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.

- VENTOSO ESCRIBANO. "ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS". Estudios en Homenaje a José-María Chico Ortiz, 1995.

- ZABALO ESCUDERO, MARÍA ELENA. "LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CÓNYUGE VIUDO". Estudio en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional". Editorial Aranzadi, 1993.