



Roj: **STS 6401/1996** - ECLI: **ES:TS:1996:6401**

Id Cendoj: **28079110011996102544**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/1996**

Nº de Recurso: **3524/1992**

Nº de Resolución: **887/1996**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de mil novecientos noventa y seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Málaga, sobre nulidad de institución de herederos; cuyo recurso fue interpuesto por D. Rubén y D<sup>a</sup>. Nieves, representados por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñóz; siendo parte recurrida D<sup>a</sup>. Raquel, representada por el Procurador D. Isacio Calleja García. Autos en los que también ha sido parte D. Patricia, que se personó, a los solos efectos de notificación, ante este Tribunal Supremo en fecha posterior a la señalada para votación de sentencia, representado por el Procurador D<sup>a</sup>. Paloma Ortiz- Cañavate Levenfeld.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. José Díaz Domínguez, en nombre y representación de D. Patricia y D<sup>a</sup>. Raquel, interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Málaga, sobre nulidad de institución de herederos, siendo parte demandada D. Rubén y D<sup>a</sup>. Nieves, alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que los actores son hijos de D. Patricia, fallecido en 1977, previamente testó instituyendo heredero de todos sus bienes a su hermano, sustituyéndole por sus descendientes, hoy demandados, en caso de que falleciera previamente al testador, basándose en la posibilidad que tenía de disponer libremente de sus bienes; cláusula que según los actores es falsa, alegando que ni la ley personal del testador ni la ley española le permite disponer libremente de sus bienes cuando tiene dos hijos legítimos y reconocidos; entre los bienes que pueden ser objeto de la presente demanda está la finca situada en Málaga, conocida como " FINCA000 ", inscrita a favor de los demandados, hijos del hermano del causante, en 1983. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que estimando esta demanda en todos sus puntos declare nulo el testamento otorgado por Patricia el día 3 de Marzo de 1.976 por el que se instituyó heredero a Rubén, padre de los demandados, así como la condena en costas a los mismos por su temeridad y mala fe al obligar a mis representados a tener que plantear la presente demanda."

2.- El Procurador D. Manuel Gómez Jiménez de la Plata, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Nieves y D. Rubén, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que desestimen los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, absolviendo plenamente de los mismos a mis mandantes, todo ello con imposición de costas a los actores".

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Cuatro de Málaga dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 1987, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda promovida por el Procurador Sr. Díaz



Domínguez, en nombre de D. Patricia . y Doña Raquel , representados por el Procurador Sr. Gómez Jiménez de la Plata debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contenidas en la misma, con imposición de las costas del procedimiento a los actores".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Patricia . y D<sup>a</sup>. Raquel , la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 1988, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que, revocando, como revocamos, la sentencia proferida por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número cuatro de los de Málaga en cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y siete, debemos declarar y declaramos la nulidad de la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por D. Patricia el día tres de marzo de mil novecientos setenta y seis ante el Notario de Málaga D. José Palacios y Ruiz de Almodovar, en cuanto dicha institución afecte a bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes D. Patricia . y D<sup>a</sup>. Raquel ; sin expresa condena en las costas de ninguna de las instancias."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñóz, en nombre y representación de D. Rubén y D<sup>a</sup>. Nieves , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 22 de diciembre de 1988 por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 3º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales y en concreto infracción del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y en concreto del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. TERCERO.- Al amparo del número 4º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española. CUARTO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia violación del artículo 12, apartado 6, último inciso, del Código Civil y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982 y 7 de septiembre de 1990. QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios contenida en las sentencias de 25 de noviembre de 1967, 28 de febrero de 1974, 27 de diciembre de 1976, 5 de octubre de 1984 y 16 de octubre de 1987. SEXTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los artículos 9, apartados 1 y 8, y 12, apartado 2 del Código Civil.

2.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido, el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Raquel presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 1996, en que ha tenido lugar. La sentencia, dada la naturaleza del asunto y el trabajo pendiente en esta Sala, se dicta fuera del plazo, que terminó el día cinco de noviembre.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

A) Vicisitudes familiares del Sr. Rubén : 1º D. Patricia era en vida ciudadano del Estado de Maryland, de los Estados Unidos de América, y residía en Málaga en una finca de su propiedad llamada " FINCA000 "; estuvo casado con D<sup>a</sup>. María , de la cual se divorció en cinco de julio de mil novecientos cincuenta y nueve; 2º Parece ser que convivió con una española, D<sup>a</sup>. Rita , de la que tuvo dos hijos: Patricia ., nacido en cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis, y Raquel , nacida en diez de julio de mil novecientos cincuenta y nueve; 3º En veintiuno de agosto de este último año, una vez obtenido el divorcio, el Sr. Rubén contrajo nuevo matrimonio civil en Gibraltar con dicha D<sup>a</sup>. Rita , madre de sus hijos; 4º Tiempo después, el Sr. Rubén interpone demanda de nulidad de su matrimonio con D<sup>a</sup>. Rita , pleito que es definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de cinco de julio de mil novecientos setenta y cinco, que confirma la declaración de nulidad del matrimonio, si bien conservando la esposa y los hijos todos sus derechos; 4º El Sr. Rubén contrae nuevo matrimonio con una súbdita sueca llamada Marí Juana , que tiene ya un hijo de otro matrimonio anterior; fallece ésta sin darle nueva descendencia y el día diecinueve de junio de novecientos setenta y siete fallece en Londres el Sr. Rubén .

B) Testamentos otorgados por el Sr. Rubén : 1º En cinco de agosto de mil novecientos setenta, el Sr. Rubén otorga un testamento abierto ante el Notario de Málaga Sr. Avila Pla, en el que instituye heredera universal a su esposa D<sup>a</sup>. Marí Juana y revoca expresamente cualquier testamento anterior; 2º En veinte de octubre de mil novecientos setenta y cinco, ante el mismo Notario, otorga otro testamento, del que no consta copia en las actuaciones, sino sólo la referencia del Registro Central de Ultimas Voluntades; más, según la parte



demandada, en dicho testamento, el Sr. Rubén instituye heredero de los bienes sitos en España al hijo de su difunta esposa, y en todo lo demás, a su hermano Rubén ; 3º En cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, otorga otro testamento en Baltimore (Maryland), en el que excluye expresamente de la herencia a sus hijos Patricia y Raquel , mantiene como heredero de los bienes en España al hijo de su última esposa e instituye en todo lo demás a su referido hermano; 4º En tres de marzo de mil novecientos setenta y seis, el Sr. Rubén otorga un último testamento ante el Notario de Málaga Sr. Palacios Ruiz de Almodovar, en el que expone que tiene dos hijos, pero no los excluye expresamente de la herencia, instituye heredero en todos sus bienes a su hermano Rubén y en caso de premoriencia a los hijos de éste, y revoca expresamente cualquier testamento anterior.

C) Actuaciones procesales posteriores a la muerte del Sr. Rubén . 1º Muerto el Sr. Rubén , su antigua esposa D<sup>a</sup>. Rita acude a un Tribunal de Baltimore en solicitud de que se le reconozcan sus derechos a la herencia como cónyuge superstite, y el Tribunal de Apelaciones del Estado de Maryland resuelve en definitiva negando a la Sra. Rita los derechos invocados, por estimar que el matrimonio había sido declarado nulo y la esposa había comparecido voluntariamente en el pleito de nulidad; 2º D<sup>a</sup>. Rita y sus dos hijos promueven otro litigio en Baltimore para que se declare la nulidad del testamento otorgado en España en el año mil novecientos setenta y seis que revoca al anterior, pero el Tribunal testamentario americano entiende que son válidos y complementarios ambos testamentos; 3º Fallecido el heredero instituido D. Rubén , sus hijos, los hoy demandados, manifiestan la herencia ante el Notario de Madrid D. Aristónico García, y tras inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad la FINCA000 , promueven un procedimiento del artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria contra sus primos Patricia y Raquel , que ocupan la finca; éstos interponen entonces una querrela criminal contra aquellos y contra otras personas, acusándolas de un supuesto delito de estafa procesal, lo que da origen a unas diligencias ante el Juzgado de Instrucción número nueve de los de Málaga, que son sobreseídas por auto de la Audiencia Provincial de veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y cinco; 4º Y en veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y seis, Patricia y Raquel interponen la demanda que da origen a estos autos, en la que solicitan que se declare la nulidad del testamento otorgado por su padre en Málaga en el año mil novecientos setenta y seis, por el que instituyó heredero a su hermano Rubén y a sus descendientes, basándose en que, según la ley del Estado de Maryland, la desheredación de los descendientes ha de ser expresa y nominal.

SEGUNDO.- La Audiencia para declarar la nulidad de la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por D. Patricia el día tres de marzo de 1976 "en cuanto dicha institución afecte a bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes D. Patricia . y D<sup>a</sup>. Raquel ", razona en síntesis; el causante era ciudadano de Maryland, con último domicilio en Inglaterra, donde falleció, y parte de los bienes relictos se hallan en España donde residen sus descendientes. La sucesión "prima facie" se regirá por la ley nacional ( artículo 9.2 del Código Civil) del causante, (estatuto personal), pero según la ley de Maryland, respecto a bienes inmuebles la sucesión se rige por la "lex rei sitae". La remisión al derecho extranjero, según el artículo 12 del Código Civil "se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española". De este precepto deduce la Audiencia que el Código a partir de la reforma del título preliminar de 1974, admite el reenvío de primer grado y por ello ha de regirse la sucesión de los bienes sitos en España según el derecho español. Para conocer el derecho material de Maryland y sus normas de conflicto acudió la Audiencia, en uso del artículo 12, último párrafo, a la información de la Embajada de los Estados Unidos.

Sentado lo anterior, y producido el óbito del causante en 1977, su sucesión la decide con el texto del Código Civil que en sucesión es el fijado por Ley de 24 de abril de 1958.

Continúa la Audiencia, el análisis, interpretación y valoración de los testamentos, la mención de los hijos sin dejarles nada, tras invocar su libertad de testar como le corresponde por ser ciudadano americano, para llegar a la conclusión de que los hijos fueron desheredados sin expresión de causa y que ello produce, según el artículo 851 del Código Civil, la nulidad de la institución de heredero en cuanto perjudique a los demandantes, no la del testamento, y así lo declara tras razonar que no es incongruente lo concedido, pues es menos de lo pedido.

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

Los Tribunales españoles tienen jurisdicción, pues así lo establece el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir "1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorios español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los



supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público" y el 22 al establecer que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes .... "en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español, o (como sucede en este caso) posea bienes inmuebles en España".

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

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

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

La infracción del artículo 340 no se ha producido porque, como dice reiteradísima jurisprudencia, la facultad concedida por el precepto al Tribunal de acordar para mejor proveer diligencias de prueba, como actos de instrucción realizados por el propio órgano jurisdiccional para lograr su convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo (v. STS. 20 de julio de 1993, 19 de octubre de 1992). Deben efectivamente, como pone de manifiesto el recurrente, utilizarse con moderación y nunca para suplir deficiencias de las partes, pero en el caso de autos es donde se litiga sobre la sucesión de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que ambas partes alegan la existencia de unas normas legales contradictorias, con documentos que no lograron llevar al Tribunal a la convicción de su contenido y vigencia, que son como todo el derecho extranjero, cuestiones de hecho (vid. S. 23 de octubre de 1992) sobre las cuales ha de formar criterio para cumplir con la indeclinable obligación de fallar ( artículo 1.7 Código Civil), no es contrario a los principios que rigen el artículo 340, hacer uso de las facultades que confiere, máxime cuando el propio artículo 12.6 del Código Civil dice que "el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas".

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

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

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

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

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



Por estos mismos razonamientos, se rechaza también el motivo tercero en el que plantea la misma cuestión (incongruencia, indefensión, quebrantamiento del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero ahora con apoyo en la Constitución, cuyo artículo 24 invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectivamente este último precepto autoriza a fundar los recursos en precepto constitucional infringido, pero no lo infringe el Tribunal que decide con respeto a las normas procesales, constitucionalmente correctas, y que como se ha dicho no han causado indefensión al ser aplicadas, que de haberse producido habrían dado lugar a la estimación de los anteriores motivos, sin necesidad de tomar en vano el nombre de la Constitución.

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

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

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

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

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

SEPTIMO.- El motivo quinto al amparo del número cuarto del artículo 1692, sostiene que la Audiencia infringió la doctrina de los actos propios contenida, entre otras, en las sentencias de 1967, 28 de febrero de 1974, 27 de diciembre de 1976, 5 de octubre de 1984 y 16 de octubre de 1987.

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

La doctrina de los actos propios contenida en las sentencias citadas y en las más recientes de 18 de enero de 1990, 27 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, 12 de abril de 1993, 26 de mayo de 1993, 9 de octubre de 1994, 10 de junio de 1994, etc., proclaman que los actos propios son aquellos en los que sus autores al realizarlos, tienden a crear, modificar o extinguir algún derecho y que el propio acto es revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Que los recurrentes cuyo única voluntad inequívoca es la de obtener los que entienden ser sus derechos sucesorios, no se contradicen cuando una vez más los impetran aunque sea ahora por el cauce de la aplicación al testamento del derecho sucesorio español, que es lo mismo que trataron de buscar en Maryland, aunque allí por la vía de entender revocado el testamento anterior; el que aquí impugnan por ser en él desheredados sin expresión de causas.

Por estas razones el motivo peca.

OCTAVO.- El texto del artículo 12.2 del Código Civil, dice literalmente: la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.



Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 del Código Civil, declara: "la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren", el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta ( y se aplica la ley de Maryland), pero si la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la ley del lugar donde están sitios, esta remisión sí que "debe tenerse en cuenta", pues así lo exige el texto del artículo 12.2.

La frase "tener en cuenta" no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) "tener en cuenta" quiere decir "tener presente, considerar", y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflictos del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos.

La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 del Código Civil, y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2, no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina "norma de aplicación o funcionamiento" que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el derecho español es el 9.8, y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

El derecho español entiende preponderante la ley nacional del "de cuius"; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, ésto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.

A ello se puede añadir que la defensa de derechos legitimarios, hecha por los actores con apoyo en el derecho español no necesariamente ha de tener contenido real y en consecuencia no abona la tesis del reenvío en la sucesión de inmuebles radicados en España.

El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio. Consecuencia de lo anterior es que debe prosperar el último de los motivos en el que por el cauce del número cuarto del artículo 1692, se denuncia la infracción de los artículos 9.1 y 8 y el 12, apartado segundo, del Código Civil, con apoyo en los cuales se ha entendido nula la institución de heredero "en cuanto perjudique los derechos legitimarios de los hijos" del causante, a los que la Audiencia les ampara con el artículo 851 del Código Civil. La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno.

No se hace expresa declaración sobre pago de costas.

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

## FALLAMOS

QUE DANDO LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, debemos casar y casamos dicha sentencia, confirmando la dictada en Primera Instancia por el Juzgado Número Cuatro de Málaga. Todo ello sin imposición de las costas de este recurso ni de ninguna de las instancias.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO.- ROMAN GARCIA VARELA.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Marina Martínez-Pardo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.