

1.4. Sucesiones

Revisión y análisis crítico sobre la libertad para testar y el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio

Review and analysis on freedom to test and the regulation (EU) 650/2012, 4th of July

por

FERNANDO CAROL ROSÉS*

Abogado. DEA

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

RESUMEN: Como consecuencia de la globalización y de la libre circulación de personas, las sucesiones se han internacionalizado, lo que ha propiciado que la UE mediante el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, haya establecido, para regir la sucesión, un sistema de resolución de conflictos sobre el punto de conexión supletorio de la residencia habitual en el momento del fallecimiento. Mediante el ejercicio de la *professio iuris* el testador puede alterar el punto de conexión y desplazarlo hacia la nacionalidad lo que le permitirá que su libertad en sentido positivo, que su libertad como autonomía en el momento de otorgar el testamento acabe realizándose al haber fijado de antemano la ley por la que se regirá la sucesión; también le supondrá una mayor libertad en sentido negativo, libertad como ausencia de interferencias si la ley de su nacionalidad la comporta.

ABSTRACT: As a result of globalization and the free movement of persons, successions have been internationalized, What has led to the EU through the regulation 650/2012, 4th of July, has established to govern the succession, a system of conflict resolution on the connection point transducer of habitual residence at the time of the death. By the *professio iuris* exercising the testator can alter the connection point and move it to the nationality which will allow you to their freedom in a positive sense, their freedom as autonomy at the time of granting the Testament ends up doing by having set in advance the law that will be governed the succession; also will allow you, in his case, opting for the nationality law If this comport a greater freedom in the negative sense, liberty as the absence of interferences.

PALABRAS CLAVE: Libertad para testar. *Professio iuris*. Libertad de testar.

KEY WORDS: *Freedom to test. Professio iuris. Free test.*

* Agradezco al Catedrático de Derecho civil, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, su magisterio. Y a la Profesora Titular de Derecho civil del Departamento de Derecho civil, M.ª Fernanda MORETÓN SANZ su inestimable ayuda y colaboración en esta trayectoria investigadora.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: LA LEY PERSONAL Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES.—II. SUPUESTOS ESPONTÁNEOS: LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPERSTITE: 1. APROXIMACIÓN NORMATIVA. 2. EL REGLAMENTO 650/2012, DE 4 DE JULIO, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DOUE DE 21 DE JULIO DE 2012).—III. LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS: 1. PUNTO DE CONEXIÓN: LA RESIDENCIA HABITUAL. 2. LA UNIDAD SUCESORIA. 3. CONSECUENCIAS DE LA ELECCIÓN DE LA LEY Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. 4. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA AUTONOMÍA SUCESORIA. 5. LIBERTAD DE TESTAR Y PARAÍSO HEREDITARIOS. 6. VERTIENTES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ÁMBITO SUCESORIO INTERNACIONAL. 7. LAS SUCESIONES DE EXTRANJEROS CON INMUEBLES EN ESPAÑA.—III. EXCEPCIÓN EN PRO DE LA *LEX REI SITAE*: LA TRONCALIDAD FORAL VASCA Y ARAGONESA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: LA LEY PERSONAL Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES

Otra manifestación de la libertad para testar, aparece en el ámbito del Derecho Internacional Privado, donde hasta ahora los conflictos se resolvían apelando a la Ley personal y, en su caso, al ordenamiento jurídico competente¹. La ligazón del Derecho de sucesiones a la historia propia de cada país, hacía de él una disciplina poco proclive a la homogeneización, si bien la internacionalización de las sucesiones consecuencia de la globalización y de la libre circulación de personas ha propiciado un decidido cambio de rumbo normativo, no solo en el sistema procesal y reconocimiento recíproco, sino en los ordenamientos sustantivos de los Estados Miembro de la Unión Europea.

Qué duda cabe, que en este proceso de armonización u homogeneización la presencia de conflictos abordados por el Tribunal de Estrasburgo ha guiado las reformas más incisivas en el Derecho de sucesiones de los Estados Miembro del Consejo de Europa, mediante la aplicación de los principios de no discriminación (art. 14 CEDH) y respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)².

II. SUPUESTOS ESPONTÁNEOS: LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPÉRS-TITE

1. APROXIMACIÓN NORMATIVA

Una cierta armonización espontánea se observa en los derechos del cónyuge supérstite con una tendencia a pasar del usufructo a la plena propiedad y a incrementar la porción en detrimento de los hijos, y en la legítima de los hijos como una manifestación de la solidaridad intergeneracional, siendo comúnmente extendida la pregunta acerca de la constitucionalidad o no de la supresión de las legítimas, así como el interés creciente por la protección del testador vulnerable, los contratos sucesorios como límite a la libertad de testar y el alcance de las liberalidades *inter vivos*.

Para todo ello se tiende a aproximar soluciones³ —acercamiento que corresponderá en principio a la soberanía estatal de los Estados Miembro⁴ a través de los distintos Códigos⁵—, lo que hace que cuando mencionamos al Derecho privado europeo nos estemos refiriendo tanto al Derecho de la Unión Europea

como a los principios comunes de los distintos Derechos privados de los Estados Miembro y a las normas de Derecho internacional privado⁶, «por todo ello, se ha hablado de una re-europeización o de un nuevo *ius commune* que haría referencia en un primer momento a la profundización de una cultura jurídica europea que podría derivar en un futuro hacia una armonización normativa en Europa» y «la constatación de la existencia de principios comunes en Derecho sucesorio europeo pone de relieve una sólida base para su armonización»⁷, sobre la idea de una unidad jurídica que ya existió⁸.

Con todo, y como declara el Profesor López y López, sostener la realidad de una tradición común es inexacto «porque ignora los diferentes modos nacionales, a veces profundamente diferentes, de entender la tradición romanística, a lo que se debe añadir que hay puntos centrales del Derecho privado en los que las variantes de las fundaciones normativas nacionales del mismo son profundamente distintas», aunque con ello «no se pretende desmentir en modo alguno la enorme potencia unificadora de la tradición romano-canónica en el arsenal conceptual y en el *ordo mentis* de los juristas europeos, sino ajustar sus reales dimensiones en la efectividad de los ordenamientos singulares, y mostrar que el *acquis commun* no se puede equiparar al *ius commune*. Cuando se habla del Derecho Privado Europeo como *ius commune europeum* lo podemos aceptar como un tropo cuasi poético, pero poco más. A mi modo de ver, solamente en un campo concreto se puede hablar (y no sin excepciones) de una extensa y penetrante cultura jurídica europea común, de sello fundamentalmente romanístico, el del Derecho general de las obligaciones»⁹.

No obstante, no le faltaba razón a Walter HALLSTEIN cuando hablaba de «Europa como Comunidad de Derecho»¹⁰, habiéndose referido recientemente Antonio TAJANI a la Unión Europea como «fruto de una Comunidad de Derecho»¹¹. Uno de esos principios comunes, tal vez el más importante, que se encuentra en la raíz misma de la cultura jurídica europea, es la libertad de testar —como podremos constatar cuando observemos el Derecho comparado—, que trae causa directa del *ius commune* y del Derecho romano¹².

2. EL REGLAMENTO 650/2012, DE 4 DE JULIO, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DOUE DE 21 DE JULIO DE 2012)

Enorme transcendencia tiene el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, del Parlamento europeo y del Consejo (DOUE de 21 de julio de 2012). Conforme al artículo 84 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, sin embargo es aplicable a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015. Esta distinción entre entrada en vigor y aplicabilidad ha sido explicada por el TJUE en los siguientes términos: «Este mecanismo permite en particular que, una vez la norma ha entrado en vigor y ha quedado integrada así en el ordenamiento jurídico de la Unión, los Estados miembros y las instituciones de la Unión cumplan basándose en dicha norma, las obligaciones previas que les incumban y que se revelen indispensables para la plena aplicación posterior de la misma a todos los sujetos de Derecho a los que esté destinada» (STJUE de 17 de noviembre de 2011, C-412/10, FJ 24)¹³.

Se trata de un Reglamento que pretende resolver los conflictos de leyes y de competencia y lograr el reconocimiento mutuo y la ejecución de resoluciones en materia de sucesiones, y resolver los problemas adicionales que generan las sucesiones transfronterizas¹⁴. Supone el Reglamento un cambio más que

notable en relación con la situación anterior que exigirá una adaptación del Código Civil, es decir, normas que se dejarán de aplicar¹⁵ en virtud del principio de primacía¹⁶.

De conformidad con el artículo 1, el RES se aplica a las sucesiones por causa de muerte y el artículo 3.1 entiende por tal «cualquier forma de sucesión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato».

«No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas» (art. 1.1)¹⁷.

Tampoco será aplicable, entre otras:

- Al estado de las personas y a las relaciones familiares (art. 1.2 a).
- A la capacidad jurídica de las personas físicas, con dos excepciones: la capacidad para suceder que se incluye dentro del ámbito de la ley sucesoria (art. 23.2c), y la capacidad para realizar disposiciones *mortis causa* que se rige por la ley relativa a la validez material de las disposiciones (arts. 24 y 25) (art. 1.2 b).
- A «las cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o la presunción de muerte de una persona física» (art. 1.2 c).
- Al régimen económico matrimonial (art. 1.2 d), que tiene su propio Reglamento, el 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.
- A «las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte» (art. 1.2 e), que son objeto del Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008¹⁸, refiriéndose por lo que respecta a la ley aplicable al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias¹⁹. A fin y efectos de lo que en nuestra tesis propugnamos que no es otra cosa que la sustitución de la legítima por una obligación de alimentos transmitida *mortis causa*, conviene traer a colación lo que señala GONZÁLEZ BEILFUSS en relación con la transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones alimenticias desde el punto de vista del DIPr: «Es la ley rectora de la obligación de alimentos, determinada conforme a este instrumento [Reglamento 4/2009], la que establece si la obligación de alimentos subsiste al fallecimiento de su deudor. En caso de que así fuere, el acreedor podrá dirigirse, como todo otro acreedor del causante contra la herencia o los herederos, correspondiendo, no obstante, a la ley rectora de la sucesión la determinación de las condiciones para hacer efectivo el derecho», y sigue esta autora diciendo que «algunos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el inglés, prevén, que el fallecimiento de una persona pueda generar una obligación de alimentos a cargo de la herencia. La *family provision* es un equivalente funcional de la legítima y tiene como función la protección de familiares y personas económicamente dependientes del difunto. Se caracteriza por no ser una obligación personal del difunto, sino por surgir como consecuencia del fallecimiento (*obligación postmortem*). De acuerdo con lo previsto en el artículo 23 h) del Reglamento se rige por la *lex successionis* pues el ámbito de esta comprende a las “reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos”»²⁰.
- A «la validez formal de las disposiciones *mortis causa* hechas oralmente» (art. 1.2 f), que se sujetará al DIPr del foro. Habrá que tener presente el Convenio de La Haya de 1961 sobre la validez formal de las disposiciones testamentarias.

- A las transmisiones por título distinto del sucesorio como «liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga» (art. 1.2 g). Aquí cabe incluir la adquisición de bienes a título oneroso con pacto de supervivencia del Derecho catalán (art. 231.15 CCCat).
- A «las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas...» artículo 1.2 h). No obstante, la transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales se rige por la *lex successionis*.
- A «la creación, administración y disolución de trusts» (art. 1.2 j). Ante todo es preciso definir el trust. Para ello acudimos al artículo 2 del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 (no ratificado por España) sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, que lo describe como «relaciones jurídicas creadas —por acto *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un «trustee» en interés de un beneficiario o con un fin determinado». Al no contener en DIPr español normas sobre la materia podemos afirmar que se trata de una cuestión no resuelta. «Resulta claro que la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión *mortis causa* que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la Ley nacional del causante» [STS núm. 338/2008, de 30 de abril, (RJ 2008, 2685) FD 4º]. «Ha de distinguirse, por otra parte, entre la norma rectora del *trust* y la norma aplicable a la transmisión patrimonial que crea el *trust*. Si la transmisión se produce a raíz del fallecimiento del constituyente del *trust* debe regirse por la ley sucesoria [...] En caso de que se hubiera atentado contra la legítima podría haber la reducción del *trust*, tal y como cabe respecto a las donaciones y otras liberalidades. Son, por consiguiente, plenamente aplicables los artículos 23. H) e i)»²¹.

El Reglamento no contiene normas de Derecho material, salvo en relación con la comoriencia (art. 32), la sucesión vacante (art. 33) o la adaptación de los derechos reales previstos en la ley sucesoria desconocidos allí donde se invocan (art. 31). «El Reglamento no pretende, por consiguiente, la armonización del Derecho de sucesiones europeo, entre otras cosas, porque la Unión Europea carece de competencia para ello. Cuestión distinta es el posible efecto indirecto del Reglamento, que, como toda norma de DIPr., se inspira en determinados valores materiales, concretamente, en la libertad de testar y el respeto a la autonomía de las partes»²². Esto último queda patente con la *professio iuris*²³. Lo que sí hace el Reglamento es uniformizar los Derechos Internacionales Privados de los Estados Miembro²⁴.

III. LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS

Ante el fenómeno de las sucesiones transfronterizas cabían dos posibilidades:

- Una sola ley cualquiera que fuera la naturaleza de los bienes que integraban la herencia y cualquiera que fuera el Estado en el que se encontraran. Esta era la posición de España, Alemania, Portugal, Países Bajos, entre

otros. El punto de conexión era para unos la ley nacional del causante y para otros la ley de la residencia del mismo al tiempo del fallecimiento.

- Una ley para los bienes inmuebles y otra para los muebles. Este era el sistema de Francia, Bélgica, Reino Unido, etc.

La solución que ofrece el Reglamento es la siguiente:

- Una sola ley aplicable a todo el fenómeno sucesorio²⁵.
- Posibilidad de elegir la ley nacional del causante. A esta posibilidad de elegir se le llama *professio iuris*²⁶. No olvidemos que uno de los objetivos del RES es que «los ciudadanos puedan organizar su sucesión» (Considerando 7º del Preámbulo).

1. PUNTO DE CONEXIÓN: LA RESIDENCIA HABITUAL

El Reglamento establece como punto de conexión la residencia habitual del causante²⁷, así el artículo 21.1 dice: «Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento»²⁸, o la que hubiere elegido en virtud de la *professio iuris* (cfr. art. 23.1). El punto de conexión de la última residencia habitual seguramente obedece a que se considera que allí se encontrarán la mayor parte de activo de la herencia, los acreedores y los herederos, las relaciones patrimoniales y las relaciones familiares.

La posibilidad de elección se contempla en el artículo 22.1: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». No cabe optar por la residencia habitual. La residencia habitual es el punto de conexión supletorio.

2. LA UNIDAD SUCESORIA

Según el artículo 23 RES, que junto con el artículo 21 consagra el principio de unidad sucesoria²⁹, «1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión.

1. Dicha ley regirá, en particular:

- a) las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión;
- b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites;
- c) la capacidad para suceder;
- d) la desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad;
- e) la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado;

- f) las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3;
- g) la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia;
- h) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos³⁰;
- i) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantados o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios³¹, y
- j) la partición de la herencia».

El artículo 24 en su apartado 1º establece que «las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios se regirán, por lo que respecta a su admisibilidad y validez material, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición», no obstante, en su apartado 2º permite que el testador pueda escoger, como ley que rija la admisión y validez de su disposición *mortis causa*, su propia ley nacional, tal como hace el artículo 22 respecto a la ley que regule la sucesión, y en las mismas condiciones que dicho artículo establece.

La ley que rija los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, regulará (art. 26.1):

- a) La capacidad del disponente para testar.
- b) Las causas específicas que impidan al testador disponer a favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel.
- c) La admisibilidad de la representación a efectos de realizar un testamento.
- d) La interpretación del testamento.
- e) El fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente.

3. CONSECUENCIAS DE LA ELECCIÓN DE LA LEY Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Como se puede apreciar, la elección de la ley por la que se rija el testamento puede tener una gran transcendencia en orden a la protección de las personas vulnerables en el momento de otorgar la disposición *mortis causa*, a la vez que protege a los posibles legitimarios ya que «la ley que, en virtud del presente Reglamento, rija la admisibilidad y la validez material de una disposición *mortis causa* [...] no debe menoscabar los derechos de ninguna persona que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, tenga derecho a la legítima o a cualquier otro derecho del que no puede verse privada por la persona de cuya herencia se trate» (Considerando 50).

4. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA AUTONOMÍA SUCESORIA

La *professio iuris*, es una elección³² formal —puesto que ha de realizarse en forma «de disposición *mortis causa*» (art. 22.2)³³— que puede ser expresa o

tácita³⁴, y que puede haberse ejercitado antes de la publicación del Reglamento³⁵. Supone un gran paso hacia adelante en pro de la libertad para testar³⁶ —la autonomía privada pasa a ser «pieza clave del sistema sucesorio de la Unión Europea»³⁷— en la medida en que el testador puede elegir la ley aplicable³⁸ que mejor se adapte al destino que pretende dar a sus bienes³⁹, lo que, en algunos casos le permitirá esquivar el régimen imperativo de las legítimas⁴⁰, por ejemplo, optando, en ejercicio de la *professio iuris*, por la ley inglesa, lo que implicará optar por una ley que reconoce alimentos que tienen su causa en la muerte (art. 1.2 e, a contrario)⁴¹.

Así, si el inglés residente en España opta por la ley inglesa no se admitirá en ningún caso el reenvío a la ley española aunque en el caudal relicto del inglés solo existan inmuebles y estos se encuentren ubicados en España (este reenvío de retorno es lo que se producía antes de la entrada en vigor del Reglamento por cuanto no fragmentaba la sucesión, *vid.*, STS de 12 de enero de 2015, FD 2º.2, *contrario sensu* ⁴² si fragmentaba la sucesión (la llamada *escissio*), por ejemplo, por existir muebles e inmuebles situados en España, no se admitía el reenvío de primer grado)⁴³; no se admitirá el reenvío a la ley española ya que el artículo 34.2 del Reglamento —que desplaza al artículo 12.2 del Código Civil— excluye el reenvío cuando la ley aplicable a la sucesión sea la elegida por el causante en ejercicio de la *professio iuris*, aplicándose a la sucesión exclusivamente la ley inglesa.

Es decir, en virtud de la autonomía conflictual⁴⁴ (libertad en sentido positivo)⁴⁵ se puede alcanzar un régimen sucesorio sin o con menos obstáculos (libertad en sentido negativo), la libertad para testar puede conducir a la libertad de testar. También puede dar lugar a sorpresas, el inglés residente en la Costa del Sol que fallece sin haber optado por su ley nacional y su herencia queda cautiva del sistema legitimario de nuestro Código Civil.

«La mayor libertad que otorga la *professio iuris* puede canalizarse (de ordinario así lo hará) hacia la ley que permita un mayor margen de disposición por ser las legítimas menos rigurosas, pero también puede canalizarse hacia leyes que otorguen otras posibilidades igualmente atractivas para el testador, como pueda ser un régimen de legítima colectiva en vez de un régimen de legítima individual, con independencia de la extensión de aquella, un régimen que permita una conmutación de la legítima en metálico en vez de uno presidido por una concepción de la legítima como *pars bonorum*; un régimen que permita el testamento por comisario en vez de uno que lo prohíba; en fin, muchos otros aspectos sucesorios que tiene que ver con la ampliación de las facultades del disponente en un sentido no necesariamente vinculado a la extensión o amplitud de las legítimas»⁴⁶.

5. LIBERTAD DE TESTAR Y PARAÍSO HEREDITARIOS

Si se estableciera en España un sistema de absoluta libertad de testar se podrían atraer inversiones inmobiliarias por parte de, fundamentalmente, personas mayores, convirtiéndose así nuestro país en un «paraíso hereditario», aunque como entiende ÁLVAREZ GONZÁLEZ «no parece que la posibilidad de ampararse en una ley menos estricta vaya a modificar los hábitos de quienes tienen capacidad para cambiar de residencia en espera de la parca Átropos. Seguramente seguirán buscando el clima benigno y en menor coste de vida; en fin, la felicidad en vida y no la seguridad de que su libérrima voluntad será respetada tras su muerte», y algo muy importante, «las maniobras del causante no se deberían

limitar al cambio de residencia habitual, sino que debería asegurarse de que no habría dejado tras de sí una ley más estrechamente vinculada a su sucesión»⁴⁷.

La *professio iuris* podrá ejercitarse aun cuando no existiendo elemento internacional actual —casos en los que residencia habitual y ley nacional coinciden— se prevea que pueda existir en el futuro, lo que en palabras de RIPOLL SOLER «se presenta muy conveniente en aquellos casos en los que se tiene un régimen muy flexible, como, por ejemplo, el del español sujeto al Fuero de Ayala y se pretende blindar. En este contexto, utilizar preventivamente las herramientas que el Derecho Internacional Privado suministra para facilitar el desarrollo de la libertad de disposición *mortis causa* en el futuro, cuando se otorgue el acto de última voluntad, puede resultar sumamente conveniente»⁴⁸.

Es la *professio iuris* un instrumento en pro de la seguridad jurídica, sobre todo si se tienen en cuenta los problemas que en ciertos casos puede comportar la determinación de la residencia habitual y el desplazamiento de la ley de este por la que ofrezca una vinculación más estrecha con el causante, y también, como señala ÁLVAREZ GONZÁLEZ, porque «cuando existe certeza sobre la ley, la voluntad puede acomodarse a estos límites. Algo que no puede ocurrir cuando esta ley no está definida en el momento de disponer. La conciencia de esta situación invita de forma ineludible a hacer uso de la *professio iuris* si se quiere tener certeza de que lo que se decide se corresponde con lo que puede decidirse»⁴⁹. Nos ilustra la SAP de Barcelona (Sección 4ª), núm. 752/2003, de 4 de noviembre, oportunamente comentada por el Profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ, que planteó la controversia acerca de la naturaleza colacionable de ciertas donaciones realizadas por el causante cuando ostentaba la vecindad civil navarra, quien falleció ostentando la vecindad civil catalana. La AP no dudó en aplicar la ley correspondiente a la vecindad civil en el momento del fallecimiento (ley sucesoria). «Cámbiese la ley navarra por la inglesa y manténgase la catalana como ley sucesoria de la última residencia habitual y la solución básica... sería la misma: una afectación de la libertad del causante en relación con actos de disposición en vida «conforme» a una ley que aparentemente las consideraba intocables»⁵⁰. La diferencia estriba en que el Reglamento ofrece un instrumento del que carece el Derecho interno: la *professio iuris*.

Llegados a este punto y centrándonos en las legítimas, siguiendo al mismo autor, diremos que ante un eventual conflicto móvil⁵¹ se produce la tutela del sistema legitimario más amplio, así, conforme con el «comportamiento de la persona que otorga un testamento que, de ordinario, respetará las legítimas de la ley sucesoria anticipada⁵², si las legítimas previstas por la ley sucesoria son más amplias, estas prevalecen; si son menos amplias, las disposiciones que se han ajustado a las más amplias de la ley sucesoria anticipada quedan incólumes [...] es la consecuencia natural del comportamiento de un testador que ajusta su comportamiento (sus disposiciones) a lo que la ley le permite en el momento de disponer, cuando quien decide los límites de ese comportamiento es una ley futura que aún no conoce»⁵³. Lo anterior es restrictivo de la libertad de testar.

En esta línea, según el Considerando 23: «Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en

cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». Como bien apunta IRIARTE ÁNGEL, «un extremo indeterminado y espinoso. Pensemos un ejemplo: ejecutivo de una empresa española —y de nacionalidad española, donde siempre ha vivido— trasladado a trabajar a Francia; destinado indefinidamente, toda la familia se desplaza a ese país, careciendo de domicilio en España ¿Cuándo adquiere su residencia en este nuevo país de residencia? ¿Nada más llegar, al haber roto los principales vínculos con España? Y si deja la casa y unos hijos mayores... ¿Pasados unos años? ¿Cuántos? ¿Nunca?»⁵⁴.

6. VERTIENTES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ÁMBITO SUCESORIO INTERNACIONAL

No olvidemos que la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional presenta dos vertientes: la relativa a la ley aplicable al fondo y la relativa a la competencia judicial. Pues bien, el ejercicio de la *professio iuris* no solo permite elegir —con limitaciones— la ley aplicable al fondo sino que también, si la ley elegida para regir la sucesión es la de un Estado Miembro, las partes interesadas puedan acordar que sean los tribunales de ese Estado los que «tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones» (art. 5.1 RES).

Merced a la *professio iuris* se puede conseguir que lo que se decide se corresponda con lo que puede decidirse y que cualquier litigio sobre la sucesión se ventile ante un tribunal que conoce el Derecho que aplica, su Derecho interno, reduciéndose las probabilidades de error judicial.

Es admisible la *professio iuris* en un testamento parcial, es decir, limitado a los bienes situados en el país, pero en virtud del principio de unidad sucesoria, sus efectos se extenderán al resto del patrimonio hereditario independientemente del lugar en que se hallen los bienes que lo integran⁵⁵.

Por otro lado, dado que el artículo 20 establece la aplicación universal del Reglamento disponiendo que la ley designada será aplicable aun cuando no sea la de un Estado Miembro, si un español reside en Reino Unido, en Rusia, en Brasil o en EEUU, por ejemplo, y no ha ejercitado la *professio iuris*, se le aplicará la ley británica, rusa, brasileña o norteamericana correspondiente, o de cualquier otro país mientras no sea contraria al orden público, así el artículo 30 dispone que «solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro»⁵⁶. Merece ser mencionado que el artículo 27 de la Propuesta tenía previsto un segundo párrafo que establecía que la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento no podía ser contraria al orden público por el solo hecho de que las disposiciones sobre las reservas fueran distintas de las previstas en el sistema del foro⁵⁷; es algo que pone de manifiesto hasta qué punto las legítimas no constituyen una exigencia derivada de los derechos y valores fundamentales de los países de nuestro entorno. Nuestro TS ya dejó claro en la sentencia núm. 887/1996, de 15 de noviembre, FD 8º que «la legítima... no pertenece a materia protegida por el orden público interno».

Es decir, principios de universalidad (art. 20 RES) y unidad sucesoria (arts. 21 y 23 RES), y *professio iuris*.

La ley aplicable a la sucesión de un español residente en el extranjero que opte por la ley nacional será la que resulte de la aplicación de las normas por las que se resuelven los conflictos interregionales, se tratará de la ley de la vecindad civil (arts. 9.8 y 16 del Código Civil).

Surge un problema cuando se trata de extranjeros residentes en España puesto que carecen de vecindad civil. Dado que España carece de una legislación específica para resolver los conflictos interregionales ya que se remite a las normas de Derecho internacional privado, la solución viene dada por el artículo 36.2 del Reglamento, dice así: «A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento». En realidad, es la solución que ofrece el artículo 9.10 del Código Civil.

7. LAS SUCESIONES DE EXTRANJEROS CON INMUEBLES EN ESPAÑA: SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Figura capital al respecto es el Certificado Sucesorio Europeo como título de la sucesión a efectos del Registro de la Propiedad que según reza el artículo 63.1 RES «se expedirá para ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia».

En consonancia con el RES, el artículo 14 párrafo 1º de la Ley Hipotecaria dispone: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012».

Como dice IRIARTE ÁNGEL, «de su tenor literal, se infiere que el Certificado Sucesorio Europeo es un título sucesorio que accederá al Registro de la Propiedad, sin necesidad de documentos que lo convaliden o «españolicen», a salvo obviamente del cumplimiento de las obligaciones tributarias a que se refiere el preámbulo del Reglamento»⁵⁸.

Antes, cuando no existía el Certificado Sucesorio Europeo y ahora a falta del mismo, una norma básica al respecto es la contenida en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario:

«Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

Hasta la STS de 19 de junio de 2012⁵⁹, que trata de la inscripción de un documento público alemán, pretender inscribir un documento extranjero era sumamente complejo, con lo cual se recomendaba y se sigue recomendando al no residente el otorgamiento en España de «un documento de últimas voluntades

donde legue los bienes en España a quien estime oportuno, con mención expresa a que los eventuales derechos legitimarios se satisfarán mediante un testamento genérico otorgado en su país de residencia»⁶⁰. Este legado, con independencia de donde se halle sito el inmueble, se regirá por la ley de la sucesión, como resulta de la STJUE de 12 de octubre de 2017, primera que interpreta el RES, haciéndolo acerca de las exclusiones de su ámbito de aplicación.

Cuando se dispone de Certificado Sucesorio Europeo, los problemas quedan solventados. Otra bondad del RES.

Facilitar la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad no deja de ser un cauce para que la libertad para testar, para que la libertad como autonomía pueda llegar a buen fin.

III. EXCEPCIÓN EN PRO DE LA *LEX REI SITAE*: LA TRONCALIDAD FORAL VASCA Y ARAGONESA

Dicho todo lo anterior, existe una excepción al principio de unidad de ley aplicable, nada desdeñable, en favor de la *lex rei sitae* en relación con determinados bienes, excepción contemplada en el artículo 30, dice así: «Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión».

Cabe incluir aquí la troncalidad del Derecho civil vasco o aragonés. La sucesión en los bienes troncales se regirá por la *lex rei sitae*⁶¹.

IV. CONCLUSIONES

I. La existencia de unos principios jurídicos comunes, entre los cuales se encuentra la libertad de testar, consecuencia de una cultura jurídica común, ha comportado en la UE la tendencia a una espontánea armonización normativa tarea que corresponderá en principio a la soberanía de los Estados Miembro a través de sus respectivos Códigos.

II. La globalización, la libre circulación de las personas y los fenómenos migratorios exigen un sistema de resolución de conflictos basado en los principios de unidad y universalidad y con un punto de conexión supletorio que no comportase los problemas del de la nacionalidad.

III. El punto de conexión supletorio de la residencia habitual responde a esta exigencia si bien comporta el problema de su indefinición.

IV. Mediante la *professio iuris* el testador podrá optar por la *lex successionis* de su nacionalidad en el momento del otorgamiento o del fallecimiento, lo que le permitirá elegir la ley que mejor se acomode a sus objetivos que con mucha probabilidad precisarán de una mayor libertad de testar, libertad en sentido negativo, libertad como ausencia de interferencias. La libertad en sentido positivo, la libertad para testar, la libertad como autonomía articulada a través de la *professio iuris* puede conducir a una total o mayor libertad en sentido negativo, libertad de testar, a un sistema legitimario más débil o simplemente a un sistema de absoluta libertad de testar.

V. Para que lo anterior sea posible el ejercicio de la *professio iuris* deviene fundamental en orden a que lo que se decida se corresponda con lo que puede decidirse, testando con arreglo a una ley que va a ser la misma por la que se rija la sucesión. Cabe añadir el Certificado Sucesorio Europeo como elemento utilísimo para que el *iter* sucesorio llegue a buen puerto que no es otro que el Registro de la Propiedad para los bienes inmuebles.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2012). Legítimas y Derecho interregional, en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 153 a 202.
- (2011). Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos, *AEDIP*, t. XI, 369 a 406.
- BALDUS, Ch. (2008/2009). ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *AAMN*, T. IL, 419 a 438.
- BALLESTER AZPITARTE, L. (2015). La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?, *Diario La Ley*, núm. 8534, refª. D-176.
- CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, 61-109.
- DE LAMA AYMÁ, A. (2016). Principios de Derecho sucesorio europeo: Libertad de testar y protección de la familia, *RDP*, núm. 1, 67 a 83.
- FONT SEGÜRA, A. (2000). La sucesión hereditaria en Derecho interregional, *ADC*, 1, 23 a 82.
- FONTANELLAS MORELL, J.M. (2011). La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria, *Dereito*, vol. 20, núm. 2, 83 a 129: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/131>
- GARCÍA CUETO, E. (2014). Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): la *professio iuris*, *La Notaría*, núm. 2, 104 a 115.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2016). El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones, en *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, M. Esperanza Ginebra Molins y Jaume Tarabal Bosch (dirs.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 55 a 77.
- HIJAS CID, E. (2016). La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El notario del siglo XXI*, núm. 69: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6972-la-professio-iuris-en-las-sucesiones-y-matrimonios-con-elementos-transfronterizos>
- IGLESIAS SANTOS, J. (1991). *Espíritu del Derecho romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M. (2016). A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo, *El notario del siglo XXI*, núm. 69: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/practica-juridica/6950-a-proposito-de-la-resolucion-de-la-dgrn-de-15-de-junio-de-2016-y-el-reglamento-sucesorio-europeo>.
- IRIARTE ÁNGEL, F. (2016). La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales, *AC*, núm. 6, 30 a 43.
- (2016). Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica, *RCDI*, núm. 754, 986 a 999.

- IRIARTE ÁNGEL, J.L. (2017). Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias, *RCDI* núm. 761, 1501 a 1527.
- KNÜTEL, R. (2001). *Ius commune* y Derecho romano en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, en *Topica*, Gerardo Pereira-Menaut, Paz López-Felpeto Paz (colaboradora), Arcana-Veri.
- LEIBLE, S. (2006). Vías para la unificación del Derecho privado europeo, *ADC*, núm. LIX, fasc. 4, 1589 a 1609.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (2015). De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación, ¿un Código para Europa?, en *Derecho civil constitucional*, Editorial Universidad de Sevilla, 47 a 84.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *RCDI*, 719, 1282 a 1297.
- RIPOLL SOLER, A. (2016). Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*, *RDC*, núm 2, 23 a 64: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/190>.
- (2015). La reserva viudal en el Derecho internacional privado, *La Notaría*, núm. 3, 72 a 79.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. (1999). Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo, *GJ*, núm. 200, 11 a 25.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (2013). La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, *InDret*, abril: <http://www.indret.com/pdf/972.pdf>
- SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (2008). Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «*soft law versus hard law*» o «Comisión contra Parlamento», en *Derecho privado europeo, estado actual y perspectiva de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), coord. por María del Rosario Díaz Romero y otros, Thomson Civitas, 377 a 405.
- STOLLEIS, M. (2009). Europa como comunidad de Derecho, *Historia Constitucional*, núm. 10, 475 a 484: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/242>.
- TORRES GARCÍA, T.F. (2015). Legítima «versus» libertad de testar, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Montserrat Pereña Vicente, Palmira Delgado Martín (dirs.) y M^a del Mar Heras Hernández (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, 865 a 891.
- TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- VIGLIONE, F. (2016). Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali. Analisi comparatistica di una relazione controversa, *Rivista di diritto civile*, Anno LXII, núm. 1, 112 a 135.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, de 9 de marzo de 1978
- STJUE, de 17 de noviembre de 2011
- STJUE, de 12 de octubre de 2017
- STS, de 15 de noviembre de 1996

- STS, de 21 de mayo de 1999
- STS, de 23 de septiembre de 2002
- STS, de 30 de abril de 2008
- STS, de 14 de septiembre de 2009
- STS, de 19 de junio de 2012
- STS, de 12 de enero de 2015
- STS, de 17 de abril 2015
- STSup de Navarra, de 3 de marzo de 1994
- SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2003
- RDGRN, de 15 de junio de 2016

NOTAS

¹ Vid., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Legítimas y Derecho interregional, en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, 153; vid., también MORETÓN SANZ, M^a Fernanda, Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *RCDI*, 719, 1282 y sigs. En particular la revisión de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 —siendo ponente ROCA TRÍAS— que trae causa, a su vez, de lo ventilado por la sentencia del Tribunal Superior de Navarra de 3 de marzo de 1994 y lo recogido acerca del certificado sucesorio europeo.

² Vid., VIGLIONE, Filippo, Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali. Analisi comparatistica di una relazione controversa, *Rivista di diritto civile*, Anno LXII, núm. 1, 2016, 113.

³ Vid., TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 203 y sigs.

⁴ Vid., BALDUS, Christian, ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *AAMN*, T. IL, curso 2008/2009, 423.

⁵ No nos dediquemos, dice el Profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, a «la construcción de un Código para Europa, sino de una Europa de los Códigos, que vaya caminando firmemente en la búsqueda de una armonización de fondo, que no es sino la creación de una cultura jurídica común, y la potenciación de la ya existente», entre otras cosas porque pretender un Código europeo choca con un problema constitucional: «la ausencia de un sujeto político que pudiera, desde su propio imperio, adoptarlo» (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación, ¿un Código para Europa?, en *Derecho civil constitucional*, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, 76 y 75). Este es el problema de fondo, amén de la ausencia de competencia que resulta de los artículos 65, 94 y 95 del Tratado C.E. (vid., SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o «Comisión contra Parlamento», en *Derecho privado europeo, estado actual y perspectiva de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), coord. por María del Rosario Díaz Romero y otros, Thomson Civitas, 2008, 382 y sigs.).

⁶ «Con la expresión “derecho europeo” se hace referencia fundamentalmente al sistema jurídico de las Comunidades Europeas [...] se trata de un ordenamiento jurídico que encuentra sus raíces en convenios internacionales, pero que presenta importantes semejanzas con los sistemas jurídicos nacionales y además se caracteriza por rasgos muy específicos, entre los cuales puede destacarse su evolución especialmente dinámica. Sin embargo, la expresión derecho europeo también puede ser utilizada en otro sentido, como fórmula de caracterización conceptual de los elementos comunes de los ordenamientos jurídicos vigentes en Europa, es decir de los ordenamientos jurídicos nacionales, pero también de los supranacionales, como el derecho de las Comunidades Europeas y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En este sentido se hace simultáneamente referencia a una situación y a un proceso de “europeización” de los ordenamientos jurídicos nacionales» (RODRÍGUEZ

IGLESIAS, Gil Carlos, Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo, *GJ*, núm. 200, abril/mayo 1999, 11).

⁷ DE LAMA AYMÁ, Alejandra, Principios de Derecho sucesorio europeo: Libertad de testar y protección de la familia, *RDP*, núm. 1, marzo-abril de 2016, 68 y sigs.

⁸ Tal vez se pueda llegar a una «cierta reconstrucción de la unidad jurídica (rica en variaciones), que se había desarrollado en la Europa continental desde la Alta Edad Media, a partir de las fuentes del Derecho Romano y del Derecho Canónico (*ius commune*), que se rompió paso a paso desde que hace 200 años aparecieron los códigos nacionales, pero que sin embargo en aspectos esenciales sigue siendo determinante de nuestras concepciones jurídicas comunes» (KNÜTEL, Rolf, *Ius commune* y Derecho romano en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, en *Topica*, Gerardo Pereira-Menaut, Paz López-Felpeto Paz (colaboradora), Arcana-Veri, 2001, 46).

⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación..., *cit.*, 58 y sigs.; en relación con el Derecho de obligaciones, *vid.*, LEIBLE, Stefan, Vías para la unificación del Derecho privado europeo, *ADC*, núm. LIX, fasc. 4, octubre 2006, 1589 y sigs.

¹⁰ *Vid.*, STOLLEIS, Michael, Europa como comunidad de Derecho, *Historia Constitucional*, núm. 10, 2009, 475: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/242>. Walter HALLSTEIN fue el primer presidente de la Comisión Europea (1958-1967). Ojalá Europa fuera una comunidad de Derecho, al igual que Roma fue el «pueblo del Derecho» y no el «pueblo de la ley». IGLESIAS —que reproduce el elenco suministrado por Rotondi— nos recuerda que en Roma las leyes en materia de Derecho privado no pasaban de una treintena (*vid.*, IGLESIAS SANTOS, Juan, *Espíritu del Derecho romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1991, 79). Recordemos la frase de TÁCITO: «et corruptissima republicae plurimae leges» (Analecta, 3. 27.3).

¹¹ Antonio TAJANI, Presidente del Parlamento Europeo, en su discurso (Oviedo, 20 de octubre de 2017), quien junto a los Presidentes del Consejo Europeo (Donald Tusk) y de la Comisión (Jean Claude Juncker) acudió a recoger el Premio Princesa de Asturias 2017 a la Concordia, otorgado a la Unión Europea, coincidiendo con el sesenta aniversario del Tratado de Roma [http://www.antena3.com/noticias/mundo/discurso-completo-de-antonio-tajani-al-recibir-el-premio-princesa-de-asturias-de-la-concordia_2017102059ea52020cf2fc58bff706c8.html].

¹² No es de extrañar que un juez de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes haya podido afirmar que «las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora, a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales. La Gran Cámara también consulta el Digesto [...] Así, quien quiera tener buenos resultados ante esta Cámara debería olvidar las codificaciones de los diferentes estados de los últimos tres siglos y volver al viejo derecho europeo común, tal como ha sido formulado, de forma todavía bien comprensible, en latín» (KNÜTEL, Rolf, *Ius commune* y Derecho romano..., *cit.*, 44).

¹³ *Vid.*, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones, en *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, M. Esperanza Ginebra Molins y Jaume Tarabal Bosch (dirs.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 56.

¹⁴ El Reglamento no es aplicable ni en Reino Unido, ni en Irlanda —puesto que son Estados Miembro no vinculados, no han ejercitado el «opting in»—, ni en Dinamarca que no participa en la adopción de normas de cooperación civil, pero sí en España y demás Estados Miembro vinculados a británicos, irlandeses o daneses. «En los países afectados el Reglamento es de aplicación universal, siendo aplicable la ley designada incluso cuando se trate de la de un Estado no miembro» (BALLESTER AZPITARTE, Leticia, La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?, *Diario La Ley*, núm. 8534, 7 de mayo de 2015, ref. D-176, 1499, nt. 11).

¹⁵ En concreto, el artículo 9.8 del Código Civil será de aplicación, en exclusiva, a conflictos interregionales. Por tanto, sistemáticamente, su contenido inserto en Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y una vez debidamente modificado, debería figurar en el Capítulo V. Dicho artículo preceptúa que «las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador [aquí vecindad civil] o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque

sea otra la ley que rijan la sucesión [que será la de la vecindad civil en el momento del fallecimiento], si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última». Pues bien, entendemos con FONT SEGURA que «es lógico pensar que la ley que rijan una sucesión testada o paccionada sea la correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento del otorgamiento. En efecto, el testador o disponente ordena su sucesión de acuerdo con esta ley, tiene presente la regulación relativa a los distintos modos de vocación, a la capacidad, a los límites de disposición —especialmente—, etc. En definitiva, es el marco legal en el que debería encuadrarse la voluntad del causante. Aplicar la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento supone torcer los cálculos y expectativas en los que se ha basado el testador o disponente en el momento de otorgamiento, además de distorsionar el principio sobre el que se asienta la sucesión hereditaria en DIPr español: el principio de unidad y universalidad. En consecuencia, no se trataría únicamente de aplicar la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgamiento con el fin de limitarse a mantener la validez de las disposiciones hechas en testamento o pacto sucesorio, sino de que esta ley fuera la que rigiera la totalidad de la sucesión, también las legítimas» (FONT SEGURA, Albert, *La sucesión hereditaria en Derecho interregional*, ADC, 1/2000, 47). El Profesor José Luis IRIARTE ÁNGEL es partidario de una Ley Especial que introduzca para la resolución de los conflictos internos las soluciones de los Convenios internacionales y de los Reglamentos de la Unión Europea (*vid.*, IRIARTE ÁNGEL, José Luis, *Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias*, RCDI núm. 761, junio 2017, 1507).

¹⁶ Cuando una norma interna anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta inaplicable y se considera tácitamente derogada (*vid.*, STJUE de 9 de marzo de 1978 [asunto 106/77], FD 17).

¹⁷ «El presente Reglamento no se aplica a cuestiones fiscales ni a cuestiones administrativas de Derecho público. Por consiguiente, debe corresponder al Derecho nacional determinar, por ejemplo, las modalidades de cálculo y pago de los tributos y otras prestaciones de Derecho público, ya se trate de tributos adeudados por el causante a fecha del fallecimiento, o de cualquier tipo de tributo relacionado con la sucesión que deba ser abonado con cargo a la herencia o por los beneficiarios. También debe corresponder al Derecho nacional determinar si la entrega de bienes sucesorios a los beneficiarios en virtud del presente Reglamento o la inscripción de los bienes sucesorios en un registro pueden estar sujetas a tributación» (Considerando 10º del Preámbulo).

¹⁸ La finalidad de este Reglamento es que el acreedor cuente «con medios que le permitan obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ninguna otra formalidad» (Considerando 9).

¹⁹ Si bien el artículo 8.1 del Protocolo permite al acreedor y al deudor de los alimentos elegir en cualquier momento la ley aplicable a la obligación, sin embargo, no podrán ser objeto de acuerdo, es decir, no resultará de aplicación el apartado 1, a «las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años o a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses» (art. 8.3). En estos casos, será la de la residencia habitual del acreedor de los alimentos (art. 3.1).

²⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *El ámbito de aplicación del Reglamento...*, *cit.*, 71 y sigs.

²¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *El ámbito de aplicación del Reglamento...*, *cit.*, 75 y sigs.

²² GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *El ámbito de aplicación del Reglamento...*, *cit.*, 62.

²³ *Vid.*, TORRES GARCÍA, Teodora F., Legítima «versus» libertad de testar, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Montserrat Pereña Vicente, Palmira Delgado Martín (dirs.) y M^a del Mar Heras Hernández (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 866.

²⁴ *Vid.*, IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel, A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo, *El notario del siglo XXI*, núm. 69, septiembre-octubre 2016: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/practica-juridica/6950-a-proposito-de-la-resolucion-de-la-dgrn-de-15-de-junio-de-2016-y-el-reglamento-sucesorio-europeo>: 1.

²⁵ Que la ley aplicable a la sucesión sea la que determine los derechos legitimarios hace que esta pueda frustrar los pactos de renuncia a la legítima y también dar al traste con un testamento redactado a la vista de una norma distinta.

²⁶ Este término ya figuraba en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Se trata de una institución de Derecho Internacional Privado que procede de las *profesiones legis* medievales que a comienzos del siglo XX rescató el Derecho helvético para dar nombre a una institución en virtud de la cual el testador podía elegir, dentro de ciertos límites, la ley rectora de su sucesión (*vid.*, FONTANELLAS MORELL, Josep M., La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria, *Dereito*, vol. 20, núm. 2, 2011, 83 a 85: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/131>). Recientemente esta figura ha sido revitalizada por el Reglamento que nos ocupa y también por el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, en materia de régimen económico matrimonial.

²⁷ El punto de conexión de la nacionalidad tiene una ventaja, está más claro, pero obedece a un «modelo decimonónico, proveniente de un derecho internacional privado muy nacional, no concebido para las grandes migraciones de hoy» (BALDUS, Christian, ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *cit.*, 433). Tiene el inconveniente de la dificultad de probar el Derecho extranjero ante un órgano jurisdiccional al que no le es exigible el principio de *iura novit curia* desde la nueva redacción de la LEC 2000 y la prueba del Derecho extranjero de conformidad al artículo 281.2 (*vid.*, STS, de 17 de abril 2015). *Vid.*, CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006, 61-109.

²⁸ El criterio de la residencia puede presentar dificultades de determinación, máxime cuando el Reglamento no explica en qué consiste, se trata de un concepto difuso. A mayor abundamiento, el artículo 21.2 declara: «Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado», culminando la ceremonia de la confusión, el Considerando 25 de la Exposición de Motivos cuando dice que «la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja». La inseguridad jurídica es manifiesta y el semillero de pleitos está servido. La nacionalidad es un punto de conexión que, indudablemente, ofrece mucha más seguridad. Como decía un ministro de la Restauración: «me gusta este reglamento [se refería a otro tipo de reglamento], está redactado con la debida confusión» (Pòrtic, *RJC*, 1/2001, 5).

²⁹ El RES se aplica al conjunto de la sucesión con independencia de la naturaleza y ubicación de los bienes que la integran.

³⁰ Unidas a la legítima están la preterición y la desheredación, rigiéndose ambas por la ley de la sucesión. En consecuencia, si el testador omite a un legitimario que no lo era con arreglo a la ley sucesoria anticipada pero sí con arreglo a la ley de la sucesión, el testamento se verá afectado; una causa de desheredación tipificada en la ley sucesoria anticipada y que ha servido para desheredar a uno de los legitimarios puede que no se encuentre contemplada en la ley sucesoria y, por tanto, no surtirá efecto.

³¹ El hecho de que la ley sucesoria afecte a los actos de disposición *inter vivos* a título gratuito realizados por el causante ha sido la razón por la cual Reino Unido no participa del Reglamento. No se concibe que una ley sucesoria futura pueda echar por tierra los actos realizados libremente en vida por el causante (*vid.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos, *AEDIP*, t. XI, 2011, 389 y sigs.).

³² Aunque los sintagmas *professio iuris* y autonomía conflictual puedan parecer sinónimos, «la profesión de derecho es un ejercicio unilateral de una autonomía conflictual de opción» (FONTANELLAS MORELL, Josep M., La *professio iuris* sucesoria..., *cit.*, 84, nt. 1).

³³ Algunos autores contraponen la *professio iuris* como acto de planificación sucesoria a la *professio iuris* autónoma. Mediante la primera se elegiría la ley aplicable con ocasión de un acto *mortis causa* de disposición patrimonial; mediante la segunda se elegiría la ley aplicable sin más disposiciones. Pues bien, al notario RIPOLL SOLER le parece que «no solo

es perfectamente posible estructurar la elección de ley aplicable a la sucesión de cualquiera de las dos formas referidas, sino también considerar, en todo caso, a la *professio iuris* como acto de planificación sucesoria aunque no se hagan más disposiciones. Las motivaciones del optante podrán ser diversas, bien desplazar unos llamamientos intestados en beneficio de otros o bien asegurarse la aplicación de una determinada ley sucesoria en detrimento de otra» (RIPOLL SOLER, Antonio, Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*, RDC, núm 2 (abril-junio 2016), 28: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/190>). Por otra parte, la *professio iuris* no se vería afectada por la ineficacia del testamento en el que se haga disposición de bienes.

³⁴ Respecto de la tácita, el artículo 22.2 del Reglamento admite que pueda «resultar de los términos de una disposición de ese tipo». Como precisa HIJAS CID, atendiendo al Considerando 39 del Reglamento, «la elección tácita consiste [o puede consistir] en hacer referencia a instituciones sucesorias de la legislación de un Estado que sean características de este» (HIJAS CID, Eduardo, La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El notario del siglo XXI*, núm. 69, septiembre-octubre 2016: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6972-la-professio-iuris-en-las-sucesiones-y-matrimonios-con-elementos-transfronterizos>, 1). No basta el simple reconocimiento de la nacionalidad del causante (*vid.*, RDGRN núm. 10140/2014, de 13 de agosto (RJ 2014, 4740) FD 3°).

³⁵ Lo cual viene avalado por el artículo 83. 2-4 del Reglamento y por la RDGRN de 15 de junio de 2016, FFDD 6 y 8.

³⁶ Mediante el ejercicio de la autonomía privada el causante puede cambiar el régimen legitimario.

³⁷ RIPOLL SOLER, Antonio, La reserva viudal en el Derecho internacional privado, *La Notaría*, 2015, núm. 3, 77.

³⁸ «La selección de la ley aplicable a las sucesiones internacionales tiene una influencia directa en el ámbito de la libertad que se concede a las personas para disponer por causa de muerte, así como, correlativamente, en el reparto de la herencia entre los potenciales beneficiarios» (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento..., *cit.*, 371).

³⁹ «El Reglamento de Sucesiones introduce una importante novedad en relación con la ampliación de la libertad de testar del causante al permitir expresamente la llamada *professio iuris*, o cláusula de elección de ley al conjunto de la sucesión en los términos del artículo 22 del Reglamento, lo que supone que los ciudadanos europeos podrán planificar su propia sucesión eligiendo, con los límites establecidos en la regla señalada, la ley nacional aplicable, lo que significa además un amplio reconocimiento de la libertad testamentaria» (TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, *cit.*, 206).

⁴⁰ «Una de las cuestiones que más desconfianza ha generado respecto a la posibilidad de elegir una ley para que rija la sucesión es que, mediante esta, se puedan eludir las normas imperativas del Estado de su nacionalidad o residencia habitual que establecen reservas o legítimas que deben ir a parar a ciertas personas. Este temor es fundado, aunque no es menos cierto que, en realidad, lo que ocurre es que el causante va a poder elegir entre la «lista de legitimarios» prevista en la ley de la residencia habitual o en la de la nacionalidad que posea, pudiéndose dar el caso de que la ley elegida no contemple la existencia de legitimarios. Es más, se rompe en nuestro Derecho con la especial protección que dispensábamos a estos sujetos a través de lo que se llama *escisión funcional*, aplicando la ley elegida a toda la sucesión pero exceptuando a los legitimarios, a quienes se aplicaría otra distinta. Y todo ello sin que se pueda justificar que existe un problema de orden público internacional por el hecho de que existan ciertas leyes que no prevén la institución legitimaria o equivalente» (GARCÍA CUETO, Elisabeth, Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): la *professio iuris*, *La Notaría*, 2/2014, 108). Ciertamente que el orden público ha jugado un papel importante en materia sucesoria, pero a la vista de las notabilísimas diferencias entre los sistemas legitimarios españoles, poco espacio le queda a esta excepción para oponerse a la aplicación de leyes extranjeras (*vid.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento..., *cit.*, 386).

⁴¹ Aunque, como hemos visto y sostenemos en la tesis que defenderemos, se trata más bien de una legítima de alimentos.

⁴² «En el presente caso, esto es lo que ocurre, pues la remisión realizada a la legislación inglesa comporta el reenvío de retorno al ordenamiento jurídico español sin que se produzca, al ser el único bien hereditario y además tener el domicilio en España, el fraccionamiento del fenómeno sucesorio señalado respecto de la sucesión del causante».

⁴³ *Vid.*, también SSTs de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002.

⁴⁴ Ni que decir tiene que la ley elegida determinará el sistema legitimario.

⁴⁵ Se trata de una autonomía limitada, lo que se llama una «autonomía conflictual de opción» (RIPOLL SOLER, Antonio, *Hacia un nuevo modelo...*, *cit.*, 34).

⁴⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Las legítimas en el Reglamento...*, *cit.*, 382 y sigs.

⁴⁷ *Ibidem*, 379.

⁴⁸ RIPOLL SOLER, Antonio, *Hacia un nuevo modelo...*, *cit.*, 48.

⁴⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Las legítimas en el Reglamento...*, *cit.*, 389.

⁵⁰ *Vid.*, *Ibidem*, 392.

⁵¹ El llamado conflicto móvil tiene lugar cuando cambia la vecindad civil o la residencia habitual, según nos hallemos ante un conflicto interregional o internacional, en tanto punto de conexión.

⁵² Es la ley que sería aplicable a la sucesión en el momento del otorgamiento del testamento.

⁵³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Las legítimas en el Reglamento...*, *cit.*, 395.

⁵⁴ IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales, *AC*, 6/2016, 32.

⁵⁵ *Vid.*, RIPOLL SOLER, Antonio, *Hacia un nuevo modelo...*, *cit.*, 60.

⁵⁶ Precepto que se encuentra en consonancia con el artículo 12.3 del Código Civil. No se puede aplicar una ley extranjera que suponga vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución.

⁵⁷ *Vid.*, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, *Indret*, abril de 2013: <http://www.indret.com/pdf/972.pdf>: 44.

⁵⁸ IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica, *RCDI*, núm. 754, marzo de 2016, 991.

⁵⁹ Dulcifica los requisitos, así en el FD 3º dice que «en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto».

⁶⁰ IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, *Las sucesiones de los extranjeros en España...*, *cit.*, 987.

⁶¹ *Vid.*, IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, La norma de conflicto aplicable a las sucesiones..., *cit.*, 34.