

EUROPA



NIHIL PRIUS FIDE  
NOTARIO

## **ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS BALEARES**

Vía Roma,4 (07012) Palma de Mallorca  
(Teléf.: 971-712244- Fax.971-718764 e-mail: [colegio@balears.notariado.org](mailto:colegio@balears.notariado.org))

### **COMISIÓN DE CULTURA**

**CIRCULAR Nº 16**

**FECHA: 31-marzo-2015**

#### **LA LEY APLICABLE A LA SUCESION**

El Reglamento dedica un extenso capítulo con múltiples reglas (arts. 20 a 38) a la determinación de la Ley que debe regir la sucesión. Las normas del Reglamento implican un cambio total respecto de la normativa que hemos aplicado hasta ahora.

Hay que comenzar diciendo que las normas del Reglamento se aplican a todos los casos en que las autoridades y funcionarios de un Estado miembro (salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) tengan que determinar la Ley aplicable a una sucesión abierta a partir del 17 de agosto de 2015, inclusive.

Esto es:

Para las sucesiones que se causen hasta el 16 de agosto de 2015, inclusive, hay que seguir aplicando las normas del Derecho internacional privado español, sin que sea posible aplicar las normas del Reglamento europeo.

Y las autoridades y funcionarios de los Estados miembros, salvo los tres citados, no pueden aplicar las normas de sus respectivos sistemas de Derecho internacional privado a partir del 17 de agosto de 2015. **Ni siquiera a sus propios nacionales.**

Por ejemplo, el art. 9.8 del Código Civil determina que la sucesión por causa de muerte se determina 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. Este criterio ha llevado, hasta ahora, a aplicar la Ley española a la herencia de un nacional español, tanto si al tiempo de su fallecimiento residía en España como en el extranjero. Pues bien, este criterio ya no puede ser aplicado por autoridades y funcionarios españoles, de forma que aun tratándose de la herencia de un español, los propios tribunales españoles tienen que aplicar las reglas del Reglamento Europeo y comprobar

cuál fue su última residencia habitual o, en su caso, si hubo elección de Ley aplicable, etc.

Sigue vigente el art. 12 CC en cuando dispone: “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. Lo que ocurre es que ahora hay que considerar el Reglamento europeo como si fuera Derecho español.

Un ejemplo: si un padre dona a su hijo, siendo ambos residentes en Madrid, la nuda propiedad de un piso en Madrid y después ese hijo se va a trabajar a Lisboa y establece allí su residencia habitual (lo cual se fijará, como hemos dicho antes en otro lugar, teniendo en cuenta no sólo lo laboral, sino otros aspectos de la vida) y fallece, la Ley rectora de la sucesión de ese hijo que tiene que ser aplicada por autoridades y funcionarios españoles, o sea, tanto en lo judicial como en lo extrajudicial, suponiendo que alguna autoridad o funcionario español tenga competencia, no puede ser otra que la Ley portuguesa, siempre que el hijo hubiera fallecido sin elegir la Ley aplicable a su sucesión. Es irrelevante si el padre donante hubiera premuerto al hijo o le hubiera sobrevivido.

Habrá que considerar a partir de ahora como si los criterios del Reglamento europeo fueran el art. 9.8 del Código Civil.

Resulta que esta regla no está enunciada de manera expresa en el Reglamento con tanta rotundidad. No obstante, nos parece indudable que es así. Resulta de una combinación de artículos: del art. 1: “El presente reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte”, sin realizar más precisiones que las relativas a lo que deba entenderse por “sucesiones por causa de muerte”; del art. 4, relativo a la competencia, antes comentado; resulta indirectamente del art. 21 cuando se refiere a que la Ley aplicable regulará la totalidad de la sucesión; resulta indirectamente del art. 75, en cuanto da por supuesto que, si no se hicieran las salvedades que el mismo establece, el Reglamento afectaría a la aplicación de convenios internacionales suscritos por Estados miembros: “El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y se refieran a materias reguladas por él”. También resulta, en nuestra opinión, de manera implícita, del conjunto de la normativa contenida en el Reglamento, en especial, en cuanto a la competencia y determinación de la Ley aplicable. Y no debe olvidarse que el Reglamento no dice en ningún momento que los tribunales de un Estado miembro pueden seguir aplicando las normas de Derecho internacional privado -del Estado al que pertenecen- en cuanto no resulten modificadas por el Reglamento.

Obsérvese que nos estamos refiriendo a supuestos de Derecho internacional, no a conflictos internos. El sistema de Derecho interregional del CC no se ve afectado por la entrada en vigor del Reglamento sucesorio europeo. El art. 38 del Reglamento expresamente recoge esta regla: “Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.”

Esto es, los Estados miembros pueden aplicar el Reglamento europeo a sus conflictos internos. Pero ello exigirá una norma legal de Derecho interno que así lo establezca. Mientras esto no ocurra, y en el caso español no tiene visos de ocurrir por ahora, tendremos que seguir aplicando las normas del título preliminar del CC, incluido el art. 9.8 sin “reinterpretarlo”.

Un ejemplo: si una persona de vecindad civil navarra traslada su domicilio a Burgos y fallece sin haber adquirido vecindad civil común. La ley aplicable a su sucesión es la ley navarra, no el Código Civil, incluidos los derechos que correspondan al cónyuge viudo por ministerio de la ley, si estaba casado en el régimen legal de conquistas. Si se aplicara el Reglamento europeo habría que aplicar la Ley de la residencia habitual, o sea, el Código civil, y los derechos sucesorios del cónyuge viudo se regirían también por el Código, sin incluir aquí, claro está, la liquidación del régimen económico matrimonial.

También hay que precisar que las normas del Reglamento se aplican también aunque la Ley rectora de la sucesión que deba ser aplicada sea la ley de un Estado no miembro. Afortunadamente, esta regla está enunciada de manera expresa por el art. 20: “La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro”.

Si en el ejemplo que acabamos de poner cambiamos la palabra “Lisboa” por Perú, tendremos lo siguiente: la Ley rectora de la sucesión que tiene que ser aplicada por autoridades y funcionarios españoles, siempre que éstos sean competentes, será, tanto en lo judicial como en lo extrajudicial, será la Ley peruana, siempre que el hijo hubiera fallecido sin elegir la Ley aplicable a su sucesión.

¿Qué normas de Derecho internacional privado hay que aplicar a los ciudadanos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, países que han descartado la aplicación del presente Reglamento?

Creemos que la respuesta se deduce de lo que acabamos de decir. Un tribunal español tiene que determinar su propia competencia aplicando las normas del Reglamento, con independencia de la nacionalidad del causante. Dará lo mismo, a estos efectos, a un juez español, que el causante tuviera nacionalidad española, británica o angoleña. Así que si un británico inglés fallece teniendo residencia habitual en Mallorca, los tribunales españoles son competentes en virtud, por ejemplo, del art. 4 del Reglamento, salvo que la competencia deba fijarse por otras normas del propio Reglamento. Y en cuanto a la Ley aplicable, una vez fijado que un tribunal español resulta competente, tendrá que aplicar las reglas de los arts. 20 y siguientes, con independencia de la nacionalidad del causante y de la Ley que acabe siendo la ley que rija esa sucesión. Si ese causante no hubiera elegido la Ley de su sucesión, las autoridades españolas sólo pueden aplicar la ley de su última residencia habitual, o sea, la Ley española y no la Ley inglesa. No ha lugar al reenvío en este caso porque la Ley española no remite a ninguna otra Ley.

Esto es así aunque no haya “reciprocidad”; es decir, aunque los tribunales ingleses sigan aplicando los criterios que aplicaban hasta ahora: para el patrimonio inmobiliario en España, la *lex rei sitae*, la Ley española, salvo que el “domicile” hubiera sido en Inglaterra y la aplicación de la Ley española llevara al fraccionamiento de la Ley sucesoria, pues como sabemos, y no podemos entrar ahora en ello, los tribunales ingleses han entendido que resulta tan contrario al Derecho español el fraccionamiento de la Ley sucesoria que es aplicable la Ley inglesa al patrimonio situado en España aunque el causante estuviera domiciliado en el Reino Unido, lo que tampoco es incompatible con que la “residencia habitual” a efectos del derecho español se hubiera tenido por el causante en España.

Si ese causante inglés hubiera tenido su última residencia habitual en Inglaterra, los tribunales y autoridades de España tendrán que aplicar la Ley inglesa, y se plantea un problema similar al que hemos tenido hasta ahora: la Ley inglesa reenvía a la española, en tanto que *lex rei sitae*, y se volverá a plantear por tanto la admisión del reenvío cuando ello implica un fraccionamiento de la *lex successionis*. Entendemos que el

reenvío no debe provocar la ruptura de la unidad de la Ley de la sucesión, pues este principio es un pilar del sistema diseñado por el Reglamento, al igual que era un pilar del sistema de Derecho internacional privado del Código civil español.

Obsérvese que a consecuencia del nuevo Reglamento, y dado que las autoridades españolas deben aplicar de oficio las normas de éste, si un ciudadano inglés fallece con residencia en España y tal residencia puede ser calificada de “residencia habitual” en aplicación de lo que dispone el propio Reglamento, las autoridades españolas aplicarán a su sucesión la Ley española. Pero si el asunto se somete a los tribunales de Inglaterra, éstos, vinculados a su Ley nacional, aplicarán el criterio del “domicile”, tal como es entendido en el Derecho inglés, que no coincide con la residencia habitual y que puede determinar que se entienda que el difunto estaba “domiciliado” en Inglaterra y se aplique la Ley inglesa. Esta aplicación causa un reenvío a la española, respecto de los bienes en España, si los hay, reenvío que no ha sido aceptado ni por los tribunales ingleses ni por los españoles, por el fraccionamiento que causa de la Ley rectora de la sucesión.

Una duda podría surgir de la lectura del art. 2, que dispone “El presente Reglamento no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones”. Es obvio que el Reglamento sí afecta a la competencia de las autoridades de los Estados miembros, puesto que determina ésta, y a la Ley que han de aplicar, y a otras cosas que más adelante se comentarán. Pero el art. 2, que utiliza la palabra “competencias”, en plural, no se refiere a esto, sino a la manera de actuar de las autoridades. Es decir, no entra a regular lo que los jueces y otras autoridades y funcionarios han de hacer. La fijación de esto sigue siendo competencia de cada Estado miembro.

La determinación de la Ley aplicable a una sucesión es cuestión posterior a la competencia, aunque la relevancia dada a la voluntad del causante hace que ambas materias se solapen y para determinar la competencia haya que tener en cuenta algunas veces, como hemos visto, qué Ley va a regir la sucesión. Pero en este caso se trata de una determinación de Ley aplicable que ofrece pocas dudas, ya que ha sido objeto de declaración expresa.

La fijación de la Ley aplicable es más sencilla que la determinación de la competencia de los tribunales, ya que sólo hay dos criterios, el de la residencia habitual y el de la Ley elegida por el causante, cuya incompatibilidad resulta claramente del Reglamento, sin perjuicio de que hay una regla excepcional, que algunos preferirán calificar como tercer criterio, que se ha dado para evitar situaciones en que resulte inadecuada la aplicación de la Ley de la residencia habitual. Esta regla excepcional implica una complicación para el sistema, pero es un criterio que habrá que aplicar sólo en ocasiones muy contadas.

#### Primer criterio: la ley elegida por el causante (art. 22)

Este criterio de conexión está regulado en segundo lugar por la Ley pero lo comentamos en primer lugar porque en caso de existir, es de aplicación prioritaria y excluyente.

El Reglamento permite que el causante elija la Ley que debe regir su sucesión, pero de manera muy limitada, ya que la elección sólo puede recaer en una de las Leyes previstas expresamente por el Reglamento. La ley elegida tiene que ser la de la nacionalidad al

tiempo de realizar la elección o la de la nacionalidad que se tiene al tiempo del fallecimiento. No puede elegir ninguna otra Ley, ni siquiera la Ley del país de su residencia habitual.

En el caso de la nacionalidad del tiempo del fallecimiento no hay conflicto móvil posible, pero sí lo hay en el otro caso. El Reglamento ha resuelto esto considerando irrelevante que el causante no tenga al fallecimiento la nacionalidad que tenía al tiempo de otorgar el acto mortis causa por el que eligió su ley nacional en aquel momento. El Reglamento no exige que la nacionalidad al tiempo de elegir la ley sucesoria se mantenga al fallecimiento. Nada cambia, en cuanto a la elección, si el causante después de hecha ésta pierde esa nacionalidad y no la ha recuperado al tiempo de fallecer. La elección no ha devenido ineficaz.

Ejemplo: un testador que tiene nacionalidad checa al tiempo de testar, dispone que su sucesión se rija por la Ley checa. Años después se traslada a vivir a Alemania, adquiere la nacionalidad alemana y pierde, según el Derecho checo, la nacionalidad checa. La elección del Derecho checo como *lex successionis* se mantiene aunque se trate de la herencia de un nacional alemán que fallece con su última residencia habitual en Alemania.

Esto puede parecer chocante pero tiene una buena justificación. El Reglamento permite que cada causante organice su sucesión de forma que se eviten “sorpresas” por cambios de residencia o de nacionalidad. Así se protege la ordenación hecha basada en la autonomía de la voluntad: si el causante ha querido fijar una Ley sucesoria y ha preferido no cambiarla, no debe el Reglamento interferir.

Si se elige la Ley que se tenga en el momento del fallecimiento, ello se hará teniendo en mente una Ley concreta, pues conforme a ésta va a ordenarse la sucesión. Esto nos parece de sentido común. Si el causante dispusiera en abstracto que se aplique la Ley nacional que tenga en el momento del fallecimiento no se puede saber, al testar o al otorgar pacto sucesorio, cómo han de redactarse las cláusulas para que se ajusten al Derecho que va a resultar aplicable. Esto es un argumento a favor de hacer constar expresamente en el acto mortis causa la concreta Ley elegida. El supuesto más normal es el causante que dispone que su sucesión se rija por su nacionalidad actual, que prevé conservar hasta su fallecimiento.

Resulta posible que el causante elija la ley de un Estado cuya nacionalidad aún no ha adquirido, pero que prevé adquirir y conservar al tiempo del fallecimiento. Esta forma de elegir no deja de ser un poco atrevida, porque si resulta que el causante no tiene, al momento de fallecer, la nacionalidad elegida, la elección habrá sido nula y procederá aplicar la ley del Estado de la última residencia habitual. Así se habrá frustrado la voluntad del causante y probablemente también quedará frustrada la ordenación patrimonial que haya realizado.

La adquisición de la futura nacionalidad opera como requisito legal de eficacia de la elección de ley (*conditio juris*). No se trata de una condición suspensiva ni resolutoria, pues el hecho condicionante está puesto por la ley, no por voluntad del causante. No recomendamos, por tanto, hacer constar la elección bajo condición, llámese suspensiva o resolutoria, de que al tiempo del fallecimiento el causante haya obtenido y conserve una determinada nacionalidad. No nos parece técnicamente correcto y además la elección nunca tendrá eficacia si esa nacionalidad no la adquirió el causante, ya se haya supeditado o no aquella a una “condición”.

La elección de ley de la nacionalidad futura no estaba en el proyecto de Reglamento, pero se aceptó porque permite planificar mejor la propia sucesión. Es el caso de personas que prevén adquirir una determinada nacionalidad (por ejemplo, la de su residencia habitual, o la nacionalidad que tuvieron originaria que perdieron y pretenden readquirir) y no quieren esperar a haberla obtenido para organizar su sucesión.

¿Pueden elegirse nacionalidades en orden sucesivo?

Sería el caso, por ejemplo, de que un causante con nacionalidad eslovena al tiempo de testar, dispusiera que opta por la Ley italiana, que prevé tener al tiempo de su fallecimiento, y en su defecto por la Ley austríaca.

No vemos inconveniente a esto. Nada lo prohíbe ni va contra ninguna norma. Sólo se aplicará la Ley que corresponda efectivamente a la nacionalidad que ostente en el momento del fallecimiento, siempre que sea una de las mencionadas. No obstante, nos parece un supuesto muy extraño en la práctica. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica preventiva lo mejor en tal caso será recomendar al causante que decida con precisión qué nacionalidad futura va a adquirir.

También hay que observar lo siguiente:

Sólo se puede elegir una única Ley.

La Ley elegida puede ser la Ley de un Estado miembro o de cualquier otro Estado. Por ejemplo, un causante argentino que resida en España puede elegir que la Ley aplicable a su sucesión sea la Ley argentina. El Notario deberá comprobar, en aras de la seguridad jurídica, que ese testador tiene efectivamente la nacionalidad argentina, solicitándole la exhibición de un pasaporte argentino vigente, sin limitarse a identificarlo por documentos no argentinos, como por ejemplo un permiso de residencia en España.

La Ley elegida no puede referirse sólo a una parte de la sucesión. Un ciudadano alemán que otorgue testamento en España no puede disponer que los bienes que deje en Alemania se regirán por la Ley alemana y los que deje en España se regirán por la Ley española, ni aunque tuviera doble nacionalidad española y alemana; tampoco puede decir que los bienes que deje en Alemania se regirán por la Ley alemana sin elegir ley para los bienes que deje fuera de Alemania. Esta última disposición sería no obstante válida si queda redactada de tal modo que pueda interpretarse en el sentido de que el testador ha querido que la Ley alemana rija toda su herencia.

Esto no impide, porque es una cuestión distinta, que un causante otorgue una disposición mortis causa referida exclusivamente a un ámbito geográfico determinado; por ejemplo, un francés residente en Francia puede otorgar testamento limitado a sus bienes en España. Esto no implica dualidad de Leyes aplicables a la sucesión.

El Reglamento no permite, como ya hemos dicho, la elección de otras leyes, ni tampoco ha dado libertad de elegir, sin limitación, cualquier Ley, siquiera fuera con la cautela de que tuviera que tener algún vínculo más o menos razonable con la sucesión.

Nuestra opinión es que el Reglamento hubiera debido permitir la elección entre más Leyes, que hubiera citado expresamente.

Si el causante quiere ordenar su sucesión conforme a una Ley que no puede elegir, la única solución es que otorgue testamento (o pacto sucesorio) ajustando sus disposiciones a la Ley deseada, pero sin elegirla. Esto no puede impedir, de todas formas, que se apliquen las normas imperativas vigentes de la Ley que rija la sucesión, pero es que más no podrá hacer. No se trata de realizar una elección tácita de la Ley sucesoria aplicable, que es algo que el Reglamento no permite. Por ejemplo, un causante

croata, viudo y con tres hijos, quiere sujetar su sucesión a la Ley española porque prevé adquirir residencia habitual en Madrid, aunque todavía no la tiene y el hecho de llegarla a adquirir no deja de ser un hecho futuro e incierto. No puede elegir la ley española pero sí quiere que un hijo reciba una parte equivalente al tercio libre, el tercio de mejora y su legítima estricta. Lo que sí puede hacer es legar a ese hijo una porción del activo neto igual al tercio libre, el de mejora y la legítima estricta. Pero esto no impedirá, si la Ley sucesoria es la Ley croata y ésta dispone una legítima estricta de los hijos superior a la del Código Civil español, que el legado a favor de ese hijo tenga que reducirse en la parte correspondiente.

La elección de ley sucesoria y el reenvío.

No se admite el reenvío en esta materia. El art. 34.2 así lo dispone expresamente y de forma tajante: “En ningún caso se aplicará el reenvío”. Es la regla contraria a la que rige en caso de que la Ley aplicable sea la del Estado de la última residencia habitual.

De esta forma, resulta que si un causante elige la Ley inglesa, y ésta reenvía a la Ley del lugar de situación de los bienes, se aplicará aquélla y no ésta. Nos estamos refiriendo al caso de aplicación de la Ley por autoridades que están obligadas a aplicar el Reglamento, como son las de los Estados miembros que han suscrito el Reglamento. No es el caso de las autoridades inglesas, que seguirán aplicando, en principio, la *lex rei sitae* a la que reenvía la Ley inglesa.

La elección de la Ley sucesoria aplicable puede basarse en muchas razones.

La que vemos más frecuentemente, porque la elección puede realizarse antes del 17 de agosto de 2015, es la del extranjero no residente que quiere organizar la sucesión de su patrimonio en España conforme a su ley nacional al tiempo de testar, según la cual está organizando también la sucesión en su patrimonio en el país del que es nacional. Es bueno que se permita la elección, porque facilita la planificación y la permite mantener aun en el caso de que el testador quiera venir a residir a España los últimos años de su vida. También es frecuente el caso de extranjeros residentes en España que mantienen o quieren mantener los vínculos con su país de origen. Es especialmente práctico en el caso de que estas personas también posean bienes en el país de su nacionalidad.

El Reglamento no permite que los sucesores elijan la ley aplicable, ni aun por unanimidad. La elección de ley aplicable sólo la puede realizar el causante. La finalidad del Reglamento es facilitar que el causante organice su sucesión, no facilitar los acuerdos particionales entre los sucesores. Tal acuerdo, además, provocaría seguramente un cambio en los planes realizados por el causante, que es uno de los principios rectores de la sucesión en los Estados miembros de la Unión.

Hay que tener en cuenta las normas de Derecho transitorio del art. 83:

Si el causante realizó *professio juris* antes del 17 de agosto de 2015, será válida si cumple las condiciones del capítulo III del Reglamento, o sea, si se ajusta al Reglamento, aunque todavía no hubiera estado vigente, “o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que realizó la elección, en el Estado en que el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea.”

El Reglamento es favorable a la elección de ley hasta el punto de que el art. 83.4 admite la elección tácita: si una disposición *mortis causa* se ha realizado antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido conforme al Reglamento, “se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión”. No obstante, no podemos recomendar este modo de actuar. No será nada

fácil deducir esto de la redacción del testamento. Lo mejor es sin duda hacer constar expresamente la elección.

El Derecho español no permite la elección de ley sucesoria, por lo que una elección que haya de quedar sujeta al Derecho material español sólo será válida si ha sido realizada conforme al Reglamento.

Algunos ejemplos:

Un ciudadano alemán residente en España puede declarar en su testamento que su sucesión se rija por la Ley alemana.

Un ciudadano alemán residente en Alemania también puede declarar que su sucesión se rija por la Ley alemana.

Un ciudadano alemán residente en España no puede disponer sin más que su sucesión se rija por la Ley española, ya que no puede optar por la Ley de su residencia habitual; en este caso, la elección de ley española sólo sería válida si ese ciudadano alemán adquiere, tras el testamento, la nacionalidad española y mantiene ésta al tiempo del fallecimiento. Pero en este caso, no parece muy recomendable esa redacción. Sería mejor completarla expresando que es su intención adquirir la nacionalidad española. Así se crea menos inseguridad, porque la obtención de la nacionalidad española es fácil de demostrar: basta aportar certificación del Registro civil.

La mejor forma de expresión es, a nuestro parecer, mediante referencia a una nacionalidad concreta.

De todas formas, en los casos de elección de nacionalidad futura, el Notario hará bien en informar y dejar constancia expresa en el documento de que la elección sólo será válida si el causante tiene la nacionalidad elegida en el momento del fallecimiento.

La elección de nacionalidad futura plantea el problema de que el contenido de la disposición mortis causa se habrá ajustado a la Ley de esa nacionalidad futura, por lo que si ésta no se llega a adquirir, aunque el testamento o pacto sucesorio siga siendo, en principio, válido, puede haber diferencias importantes entre lo que el causante dispuso y lo que debe aplicarse en la realidad. Por ejemplo, un italiano otorga testamento en España y elige la Ley española porque prevé adquirirla en el futuro; nombra heredera a su mujer y deja la legítima a sus hijos. Sin embargo, marcha a residir al Reino Unido y muere sin poder obtener la nacionalidad española. En este caso, la elección no es válida y tiene que aplicarse la Ley del país de residencia habitual, que no reconoce, en principio, legítimas, con lo que los hijos podrían no acabar recibiendo nada, en contra de lo previsto por el testador. Quizá el testador deseaba que recibieran al menos una parte de la herencia por legítima.

Por ello, desde el punto de vista de la práctica notarial, la elección de una nacionalidad futura nos parece que debe admitirse con mucha cautela. El otorgante tiene que valorar la posibilidad de no obtenerla y saber que se puede aplicar una Ley que frustre la ordenación post-mortem del patrimonio que está realizando. Valdría más recomendarle que adquiriera primero la nacionalidad que va a elegir, pero esto es justamente algo que el Reglamento intenta evitar, pues lo que pretende es que cualquier ciudadano pueda organizar su futura sucesión antes de obtener la nacionalidad que desea. Lo que sí podemos recomendar es, si el testador no quiere esperar a ello: establecer en el propio testamento disposiciones para el caso de que el testador falleciera sin haber adquirido la nacionalidad pretendida. Así, por lo menos, aunque haya normas cuya aplicación no pueda evitar, habrá tomado las medidas para conseguir el resultado que pretende.

Si el causante ha elegido una nacionalidad, pero después la pierde, tal pérdida es irrelevante para la elección ya realizada a favor de la nacionalidad que tenía al tiempo de realizar la elección (y que eligió); da igual si la pierde voluntariamente o si resulta privado de ella, sin o incluso contra su voluntad.

Un ejemplo: un español residente en Francia eligió la Ley española como ley de su sucesión, pero voluntariamente después adquiere la nacionalidad francesa y no realiza la declaración de conservación de la nacionalidad española a que se refiere el art. 24 CC, y a consecuencia de ello pierde la nacionalidad española: la elección de Ley española se mantiene y la Ley española deberá ser aplicada tanto por autoridades francesas como españolas.

Otro ejemplo: un belga residente en España elige la Ley holandesa, y después adquiere la nacionalidad holandesa, pero tiempo después la pierde para adquirir la nacionalidad española, y es nacional español al tiempo del fallecimiento: la elección de la Ley holandesa no se puede mantener. Se procederá como si no se hubiera realizado elección de ley, y se aplicará por tanto la ley de la última residencia habitual, que es la ley española.

Otro ejemplo: un ciudadano peruano residente en España elige la Ley española, en previsión de que próximamente va a adquirir ésta. Ello tiene lugar pero años después traslada su residencia a Suecia por motivos de trabajo y adquiere la nacionalidad sueca; no realiza la declaración relativa a conservar la nacionalidad española prevista en el art. 24 CC español y pierde la nacionalidad española. Fallece en Suecia con nacionalidad sueca y sin haber otorgado una nueva disposición mortis causa. En este caso, la elección a favor de la nacionalidad española también ha quedado ineficaz, porque no se ninguno de los dos requisitos que exige el art. 22 del Reglamento: no es la nacionalidad del causante al tiempo de la elección ni al tiempo de su fallecimiento.

Obsérvese que la privación de eficacia de la elección no quiere decir que el testamento otorgado en España deje de tener efecto. Se aplicará la Ley de la residencia habitual del testador al tiempo del fallecimiento, que será la Ley sueca. Esta Ley admite la posibilidad de disponer por testamento, por lo que el testamento otorgado en España despliega todos sus efectos, si bien las normas imperativas de Derecho sucesorio sueco tendrán que ser aplicadas. Por ejemplo, las relativas a las legítimas, reservas u otros derechos forzosos que pudieran reconocerse a favor de ciertas personas.

Como se ve, esta regla da una gran seguridad a la auto-regulación de la propia sucesión, porque el testador puede estar seguro de se aplicará siempre, y sólo, la Ley que ha elegido. Incluso puede sostenerse que la norma facilita los cambios de nacionalidad, aunque desde luego no ha sido esa su finalidad.

La determinación de la nacionalidad es cuestión no regulada por el Reglamento. Ello tiene que regirse por el sistema de Derecho internacional privado del país cuyos jueces o autoridades estén conociendo del asunto. En el caso español, la determinación de la nacionalidad española de un sujeto tiene que ajustarse a las normas de los artículos 17 y siguientes del Código Civil.

La nacionalidad del causante tiene que probarse, y el momento de la prueba tiene que ser el momento del fallecimiento. La prueba de haber adquirido una determinada nacionalidad resultará en general fácil, pues basta exhibir el documento acreditativo. Por ejemplo, una certificación expedida por el Registro Civil; la existencia de un pasaporte o carta de identidad también lo prueba. El problema es que lo que debe acreditarse no es ya haber obtenido una determinada nacionalidad, sino conservarla al momento del fallecimiento. En el caso de españoles, la expedición de una certificación

por el Registro Civil tras el fallecimiento en la que no conste ninguna inscripción relativa a la pérdida de la nacionalidad será título bastante. No es prueba suficiente la exhibición de DNI o pasaporte vigente en el momento del fallecimiento; ello será sólo un indicio de conservación de la nacionalidad, ya que ésta puede haberse perdido y sin embargo es posible que el interesado conservara todavía en su poder esos documentos. Esto habrá que tenerlo en cuenta para resolver en casos en que aparezca duda acerca de la nacionalidad. No estamos sosteniendo que en todos los casos haya necesariamente que justificar la conservación de la nacionalidad de forma tan fehaciente. Aunque sí habrá que proceder con cautela cuando el expediente sea tramitado sin el requerimiento de todos los interesados en la sucesión.

#### La pluralidad de nacionalidades

Se contempla la posibilidad de que el causante tenga varias nacionalidades y el Reglamento sigue una postura sencilla y clara, y muy favorable a la elección: cualquiera puede ser elegida, ya sea cualquiera de las que tenga en el momento de la elección o cualquiera de las que posea al fallecer.

No hay falta de certeza por esta múltiple posibilidad, ya que la elección tiene que referirse a una Ley. El Reglamento podría haber limitado la elección a la nacionalidad que efectivamente se estuviera utilizando, pero no lo ha hecho. Quizá ello conduciría a una prueba difícil y se ha querido evitar. Probablemente haya pesado más el deseo de facilitar la planificación sucesoria por el causante. No podemos negar que la norma permite la elección de una ley que quizá tenga muy pocos vínculos con la sucesión. Pero una tal elección no podrá ser rechazada. Contrasta esta facilidad de elección con la imposibilidad de elegir otras que pudieran tener más vinculación con el causante.

Esta nueva regla hace inaplicables, a efectos de esta elección de Ley, las normas de los Convenios internacionales sobre la nacionalidad prevalente. La nacionalidad que sea prevalente en aplicación de las normas del Derecho internacional privado interno o de un Convenio internacional, no es un dato relevante. Si el Reglamento se hubiera remitido a la Ley prevalente ello hubiera creado incertidumbre y desigualdades, pues esta cuestión se regiría por la Ley de cada país; y a veces las reglas de Derecho interno para fijar la nacionalidad prevalente no se basan en criterios totalmente objetivos. Por ello, es de alabar el nuevo Reglamento al haber colocado a todas las nacionalidades de un sujeto en plano de igualdad.

Para la determinación de la vigencia de la nacionalidad no hay que estar a la *lex fori*, sino a la Ley de esa nacionalidad. Esta es una materia en la que el Reglamento no ha querido entrar.

Resulta indiferente si las nacionalidades son de Estados de la Unión o de terceros Estados. También resulta indiferente que la Ley elegida sea la de la nacionalidad “efectiva” o de una “no efectiva”.

Ejemplos: un español residente en la República Dominicana adquiere la nacionalidad dominicana y no pierde la nacionalidad española de origen (art. 24 CC). Al hacer testamento, puede disponer que su sucesión se rija por la Ley dominicana, y ello será válido aunque otorgue el testamento en España después de haber regresado a España y tener en España su última residencia habitual. Se trata de un caso en que la nacionalidad dominicana no es la nacionalidad efectiva. Si esta misma persona pierde después la nacionalidad dominicana, la elección sigue siendo válida, aunque se rompan los vínculos que mantuvo con la República Dominicana, porque tenía esa nacionalidad al tiempo de testar.

Un problema se planteará en los casos en que una persona que tenga más de una nacionalidad, ya sea al realizar la elección de Ley o al tiempo de fallecer, realice la elección sin la suficiente precisión.

Por ejemplo, una persona con nacionalidad española y ecuatoriana dispone en su testamento que su sucesión se rija por la Ley correspondiente a su nacionalidad.

Otro ejemplo: una persona de nacionalidad ecuatoriana que al tiempo de testar dispone que su sucesión se rija por la Ley de su nacionalidad, adquiere después la nacionalidad española y al tiempo de fallecer conserva las dos nacionalidades.

El primer caso puede seguramente evitarse con una actuación preventiva. Si el testamento se otorga ante Notario, será bueno que el Notario pregunte al testador si tiene más de una nacionalidad. No pretendemos decir que el Notario incurra en responsabilidad por no preguntar esto, sino que esta pregunta puede ayudar a evitar problemas en el futuro. Si no se ha preguntado o el testador ha manifestado que sólo tiene una nacionalidad, la cuestión se desplaza a la interpretación del propio testamento. Y en principio, a falta de otros elementos de juicio que lo desvirtúen, habrá que entender que el testador se estaba refiriendo a la nacionalidad que consta en el propio testamento.

El segundo caso también se debe reconducir a una cuestión de interpretación del propio testamento. En principio, habrá que entender que el testador se refiere a la nacionalidad que tenía al momento de testar.

#### La elección de la Ley de un Estado plurilegislativo.

Cabe plantear la cuestión de hasta dónde llega la facultad de elección en el caso de que el Estado de la nacionalidad del causante tenga distintos Ordenamientos civiles, como es el caso de España.

Por ejemplo: un causante de nacionalidad española ¿tiene que limitarse a disponer que opta por la Ley española como ley rectora de su sucesión o puede o debe señalar uno de los diversos Ordenamientos civiles españoles?

Esta cuestión no está clara. A primera vista, parece que no cabe elegir una Ley de entre las Leyes de un Estado, sino que hay que limitarse a designar el Estado. Esto puede encontrar apoyo en el art. 36, que deja todo lo relativo a la elección del Ordenamiento interno a las normas de conflicto de ese Estado. Y parece que esta regla rige para todos los casos posibles: lo mismo para cuando se aplique el criterio de la residencia habitual que para cuando haya *professio juris* que cuando haya de aplicarse el criterio excepcional del art. 21.2. El inciso primero del art. 36 utiliza las palabras “ley designada por el presente Reglamento”, sin distinguir.

No obstante, no nos acaba de convencer esta tesis tan radical. Podría entenderse que el art. 36 sólo se refiere a los casos en que la Ley sucesoria se determine sin influencia de la voluntad del causante, ya que dice “ley designada por el presente Reglamento” y parece un poco forzado entender que esto se cumple en el caso de una Ley elegida voluntariamente por el causante.

También hay que tener presente que si no se puede fijar de antemano con total claridad cuál va a ser la Ley de la sucesión habrá un problema a la hora de redactar las cláusulas del testamento y de controlar preventivamente por el Notario la legalidad de éstas. La organización segura del destino post-mortem de los bienes es uno de los objetivos del Reglamento. Precisamente es una de las razones principales de permitirse la elección de la Ley sucesoria. Esto decae si no se permite fijar con precisión cuál es la Ley aplicable. Pensemos en el caso español, por ejemplo. Las disparidades en materia de legítimas son

tan grandes que, dependiendo de qué Ley rija la sucesión, la aplicación práctica de lo dispuesto en el testamento puede resultar mínima. Un ejemplo: si se otorga testamento pensando en que será aplicable la Ley catalana y se instituye heredero al cónyuge, pero luego resulta de aplicación el Código Civil, el/la heredero/a va a adquirir sólo un tercio del caudal. No creemos que el Reglamento deba interpretarse de manera que permita tan fácil y frecuentemente tales dislates.

#### El acto de elección de Ley

El art. 22.2 dispone que la elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa “o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo”.

La validez material de este acto se regirá por la Ley elegida. Esta Ley es la Ley que rige la sucesión. Ello implica que no siempre se regirá por la Ley que regula la forma de la disposición mortis causa, ya que ésta puede ser distinta de la Ley que rige la sucesión (y por tanto de la Ley elegida por el causante). El Reglamento usa expresamente la palabra “material” para excluir de esta regla lo relativo a las cuestiones formales. Por tanto, lo relativo a la forma se remite a las reglas que el propio Reglamento da sobre validez formal de disposiciones mortis causa. Se trata, como fácilmente puede deducirse, de favorecer la validez del acto de elección, mediante admitir que la forma pueda considerarse válida por aplicación de una cualquiera de las varias Leyes que el propio Reglamento admite, no sólo ateniéndose a una Ley como pudiera ser la Ley que rige la sucesión. De esta forma, si la Ley que rige la sucesión admite la validez material del acto de elección pero no considerara válido éste por alguna cuestión formal, tal validez pueda quizá salvarse al amparo de una cualquiera de las Leyes reguladoras de la forma que puedan resultar aplicables.

Obsérvese que la validez material del acto de elección no se rige por la Ley que regula el acto mortis causa que contiene la elección.

La elección es válida aunque la Ley elegida no permita que un causante pueda elegir la ley rectora de su sucesión. Esto parece una obviedad, porque la validez de la elección no queda supeditada por el art. 22, ni por ningún otro, a este requisito. Pero para mayor claridad, el Considerando 40 lo ha dicho expresamente: “La elección de la ley realizada en virtud del presente Reglamento debe ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones.”

¿Cabe un documento, que formalmente reúna los requisitos de un testamento o de otro negocio mortis causa, pero que se limite a contener la declaración de elección de Ley, sin ninguna otra cláusula?

El Reglamento utiliza las palabras “en forma de disposición mortis causa”. Entendemos que esto no significa lo mismo que “disposición mortis causa”; es decir, basta la forma, sin que sea necesario que, por el contenido, se trate de un auténtico testamento, o codicilo, o cualquier otro tipo de negocio mortis causa. La falta de validez del documento por razones no formales sino de contenido, según la Ley que rija la sucesión, no debe afectar a la validez del acto de elección.

En el ejemplo anterior: el Reglamento permite un testamento que no contenga la institución de heredero otorgado por una persona cuya sucesión tenga que regirse por el Derecho de Mallorca siempre que el contenido del mismo sea la elección de Ley aplicable. ¿Y si además de la Ley aplicable hay otro tipo de disposiciones, pero falta la institución de heredero? Esto tendrá que resolverse con arreglo a la Ley que rija la

sucesión. En el caso del Derecho de Mallorca, podría ser considerado un codicilo. Pero en todo caso el acto debe revestir la forma de disposición mortis causa válida según la *lex successionis*.

La capacidad de la persona para otorgar la disposición (la elección de Ley sucesoria) se rige también por la Ley elegida. No se dice esto expresamente en el art. 23 del Reglamento, pero la expresión “regirá la totalidad de la sucesión” del art. 23.1 debe bastar para entenderlo así. No estamos ante materia excluida del Reglamento, a pesar de la ambigüedad, a que antes no hemos referido, del art. 1.2 del Reglamento.

Se admite que la elección se realice de forma expresa, pero también tácita (“habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo”). Esto último será una cuestión de interpretación, por lo que debería regirse por la Ley rectora de la sucesión. Sin embargo, el Reglamento no acoge esta solución sino que por sí mismo dispone, en relación a la interpretación del negocio jurídico de elección, que puede ser posible deducir la voluntad del causante de una disposición en la que tal voluntad no se ha plasmado de forma expresa.

En todo caso, la elección tácita está expresamente admitida. Un ejemplo: el testador otorga disposiciones citando artículos de una determinada Ley nacional; o utiliza instituciones jurídicas que sin duda son identificables como pertenecientes a un determinado Ordenamiento.

La admisión de la elección tácita es una norma a favor del mantenimiento de la elección, y por ello mismo, a favor de la voluntad del causante. Por ello, no nos parece correcto, como se deduce de lo que ya hemos mantenido más arriba, alegar esta admisión como motivo para negar eficacia a una ordenación de bienes realizada por el causante ajustándose materialmente a un determinado Derecho que no pueda elegir como *lex successionis*.

¿Cabe la prueba extrínseca de la voluntad del causante? La interpretación del negocio mortis causa se rige por la *lex successionis*; a ésta habrá que atenerse.

Distinto es admitir una elección presunta. Esto no parece posible.

La modificación o revocación de la elección debe cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o revocación de las disposiciones mortis causa.

Esta regla, como se ve, no dice qué Ley debe regular los requisitos formales del acto de modificación o revocación de una elección ya hecha. Simplemente remite a la Ley que regule la forma; o mejor dicho: admite la validez formal del acto de modificación o revocación siempre que tal validez resulte de cualesquiera de las Leyes que puedan admitirse para regular la forma de los actos mortis causa.

La revocación puede ser, al igual que la elección, expresa o bien podrá resultar de los términos de una disposición mortis causa, por decirlo con las mismas palabras que utiliza el art. 22.

#### Segundo criterio: la Ley de la residencia habitual del causante (art. 21.1)

En defecto de ley elegida por el causante, se aplica la Ley del Estado “en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento”.

Aunque sea subsidiario, la no aplicación de este criterio exige que se acredite que no resulta aplicable el criterio aplicable en primer lugar, esto es, que el causante no eligió la ley aplicable a su sucesión. Dado que esto último tiene que constar en documento otorgado en forma de disposición mortis causa (art. 22.2), la prueba no será, por lo general, difícil.

Este criterio de conexión no era el utilizado hasta ahora en prácticamente ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea. El criterio más usado era el de la nacionalidad. Así ha sido el caso de España, entre otros muchos. En el Derecho francés, en el que la Ley de la sucesión se fraccionaba, se aplicaba la Ley del domicilio del causante a los bienes muebles. En el Derecho inglés se acudía a su propio concepto de “domicile”, que tiene poco que ver con la residencia habitual. En el Derecho italiano, se aplicaba la ley nacional del difunto, si bien se permitía que el causante eligiera en testamento la Ley de su residencia habitual; pero ésta no se aplicaba nunca de forma automática. El criterio de la residencia habitual se utilizaba por el Derecho holandés y, desde una Ley de 16 de julio de 2004, en Bélgica. Una de las fuentes inspiradoras del criterio de la residencia habitual ha sido el Convenio de la Haya de 1 de agosto de 1989, que así lo estableció pero que no entró en vigor por falta de ratificaciones. La no entrada en vigor de este Convenio fue precisamente lo que impulsó en Bélgica la citada Ley de 16.07.2004, para introducir en su sistema de Derecho internacional privado el criterio que no se había podido aplicar por la falta de entrada en vigor del Convenio.

Parecería más lógico, a primera vista, que se hubiera acogido el criterio de la nacionalidad, que era el que hubiera impuesto menos cambio a las diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros. Pero no ha sido así.

Aquí se vuelve a plantear la cuestión de la determinación de la residencia habitual, que ya hemos tratado en otro seminario y al que nos remitimos. Las mismas conclusiones a que hemos llegado a efectos de determinar la competencia de los tribunales sirven a efectos de determinar la Ley aplicable a la sucesión.

La residencia habitual sólo puede ser la correspondiente al momento del fallecimiento, por lo que no se puede plantear ningún conflicto móvil. Nunca resultará relevante una residencia habitual anterior.

La residencia habitual puede ser en un Estado miembro de la Unión o en cualquier otro Estado. Con esta claridad lo dispone el art. 20. Así, por ejemplo, si un español fallece, sin haber elegido la *lex successionis*, con residencia habitual en Italia, se aplicará la Ley italiana; si su última residencia habitual fue en Arabia saudí se aplicará la Ley de este país.

La Ley de la residencia habitual rige toda la sucesión, al igual que en caso de elección, con independencia del lugar o país en que se encuentren los bienes. Da igual si la mayor parte del patrimonio se encuentra en Estado distinto del Estado de la residencia habitual. Es labor preventiva de un Notario al que se acude a otorgar testamento o pacto sucesorio informar acerca de este criterio si el otorgante no quiere elegir ninguna Ley aplicable a su sucesión. Se trata de que sepa que, si cambia la residencia habitual, y a consecuencia de ello se acaba aplicando una Ley distinta de la Ley conforme a la cual ha otorgado el testamento o pacto, ello podrá tener consecuencias en la ordenación que haya dispuesto.

La aplicación de la Ley de la última residencia habitual no asegura que se aplique la Ley de este país, sino que puede provocar que se aplique la Ley de otro Estado por operar el reenvío. Si ha habido *professio juris*, ya hemos visto que el reenvío no es posible porque lo prohíbe el art. 34.2. Pero esta prohibición no rige cuando se aplique la Ley de la última residencia habitual. En todo caso, el reenvío se admite limitadamente por el Reglamento; sólo en los dos casos del art. 34.1. Esto puede sorprender, pero realmente tiene su lógica, ya que así se está dando el mismo trato a este causante que a cualquier otra persona sujeta a la Ley de ese Estado. Si se aplica el reenvío a todos, no hay por qué excepcionarlo cuando se trate de un extranjero.

Tercer criterio (excepcional): la vinculación más estrecha del causante con un Estado distinto de la residencia habitual (art. 21.2)

Este criterio sólo procede cuando “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” (del art. 21).

La excepcionalidad está expresamente recogida en el texto de la norma. Ello obliga a entender que la prueba de la estrecha vinculación con un Estado distinto del de la última residencia habitual tiene que resultar completa, de una claridad meridiana.

Hay que observar que el vínculo con el Estado que no es el Estado de residencia habitual se refiere al causante y sólo a éste, no a los herederos ni otras personas interesadas en la sucesión ni tampoco; aunque deben examinarse todos los elementos del supuesto, como nacionalidad del causante y herederos, residencia de uno y otros, lugar de situación o ejercicio de los bienes y derechos que integran el caudal hereditario, etc. La lista no puede ser exhaustiva.

También hay que observar que la estrecha conexión tiene que referirse al momento del fallecimiento, no a un momento anterior.

Un ejemplo: un sujeto de nacionalidad española fallece en Italia, donde tenía su residencia habitual, y resulta que su sucesión se rige por un testamento otorgado en España y todos sus sucesores y prácticamente todos sus bienes se encuentran en territorio español. Vamos a suponer también que en el testamento no realizó elección de Ley aplicable. La Ley aplicable, según el nuevo Reglamento europeo, es el Derecho italiano, no el español. Otra cosa sería que se pudiera entender que la residencia habitual de ese sujeto no era en Italia, sino que mantenía la residencia habitual en España; esto lo hemos visto en otro capítulo y no lo vamos a reiterar aquí. Baste decir que podría entenderse que mantenía la residencia habitual en España si la residencia en Italia era a los meros efectos laborales y que ese sujeto seguía manteniendo su esposa e hijos en España, que venía a España con frecuencia, etc.

La regla de la excepcionalidad que ahora comentamos no se refiere a supuestos de este tipo, en que hay más de una residencia y resulta más o menos difícil determinar de hecho cuál de esas residencias es la habitual. La norma da por sentado que la residencia habitual se ha fijado y que sin embargo, a pesar de esa residencia habitual, resulta más adecuado no aplicar la Ley del Estado de esa residencia habitual.

No resulta fácil concretar este supuesto. De hecho la propia norma nos dice que se trata de algo excepcional. Puede ser el caso que el causante tuviera residencia en un Estado distinto del Estado de la última residencia habitual y los vínculos con el primero sean mayores con el primero que con el segundo. También puede ser el caso del sujeto que tuvo residencia habitual en el Estado (en que falleció) desde hace muy poco tiempo, sin tener residencia habitual en ningún otro Estado pero manteniendo vínculos personales o familiares con otro Estado.

No creemos que esta norma excepcional pueda ser aplicable como regla general al caso, por ejemplo, de inmigrantes que han venido a España a buscar trabajo o mejores condiciones de vida pero que siguen teniendo fuertes vínculos con sus países de origen.

La dificultad de prueba puede plantear la cuestión de si la aplicación de este criterio excepcional puede hacerse por el tribunal o autoridad “de oficio” o si ello tiene que ser pedido por alguno de los interesados en la sucesión. Parecería que si no se pide, ¿cómo se va a conseguir practicar esa prueba? No obstante, creemos que la aplicación de todos

los criterios, incluido éste, tiene que ser de oficio, ya que el Reglamento no contiene salvedad. La determinación de la Ley aplicable, al igual que la apreciación de la propia competencia, parecen cuestiones indeclinables para la autoridad a quien se someta el expediente. El propio considerando 25 así parece decirlo.

¿A qué Ley remite esta norma? ¿Puede ser aplicable cualquier Ley? ¿Cuáles son las Leyes que podrían ser de aplicación? La de la nacionalidad, la de residencia que no fuera habitual, la del lugar de situación de una parte importante de los bienes... La lista tiene que quedar abierta porque la vinculación con un Estado puede resultar de múltiples formas. La norma no es limitativa, por lo que puede alegarse cualquier vinculación. No obstante, las palabras “manifiestamente más estrecho” referidas al vínculo con otro Estado exigen una prueba contundente. No debe usarse para aplicar la ley del foro y evitar así la aplicación de una ley extranjera.

No resultará fácil que se den suficientes elementos de hecho que permitan la aplicación de esta norma.

La inseguridad que provoca esta norma, para salvaguardar la justicia de un caso concreto, resulta especialmente incómoda a autoridades y funcionarios que no sean tribunales, y especialmente a los notarios (mucho más que a funcionarios administrativos). Resulta complicado y peligroso aplicar esta regla fuera de un procedimiento judicial, en el que pueden realizar alegaciones las distintas partes implicadas y hay una autoridad que decide a la vista de lo alegado. La actuación notarial no es así y la decisión del notario no tiene la misma fuerza que la de un Juez.

La cuestión no se plantea, al menos en estos términos, en la actuación notarial al otorgar la escritura de adjudicación o partición de la herencia, porque ésta no puede autorizarse más que con todos los herederos; es menos frecuente que haya legatarios y es muy poco frecuente que haya beneficiarios de modos (con los que no hay que contar al realizar la partición de la herencia, salvo en cuanto les afecte). Pero la cuestión sí se plantea al tener que expedir un certificado sucesorio, porque para esto no hace falta el consentimiento y firma de todos los interesados en la sucesión.

Hasta ahora, no teníamos los notarios este problema, pues el criterio de la Ley de la nacionalidad del causante del art. 9.8 del Código Civil no contenía ninguna excepción, ni aun en aras de la “justicia” en casos excepcionales. Puede decirse que hasta ahora el legislador español quizá no se había mostrado sensible a esta cuestión, pero también es verdad que en situaciones límite tanto el principio de seguridad jurídica como el de justicia están casi equiparados y primar la seguridad jurídica, en detrimento de la “justicia” no es una mala cosa.

No debe entenderse que hay responsabilidad del Notario por no aplicar este criterio excepcional siempre que haya aplicado el criterio de la Ley de la residencia habitual de manera fundada y razonable.

#### La Ley aplicable de un Estado con varios Ordenamientos civiles (arts. 36 a 38)

Esta situación puede darse en diversos Estados miembros de la Unión. Por ejemplo, en España. Por ello, el Reglamento no ha tenido más remedio que contemplarla. Lo ha hecho de acuerdo con un principio que inspira la legislación de la Unión y resulta de los Tratados constitutivos, es decir, con el de mínima intervención; la normativa comunitaria sólo resulta de aplicación a los casos en que hay algún elemento transfronterizo en el supuesto de hecho. Los casos que son de Derecho interno no se resuelven por la normativa europea sino por la del Derecho interno del Estado correspondiente, como hemos dicho.

No ocultamos la dificultad que puede llegar a haber a la hora de calificar algunos supuestos como casos de Derecho interno o casos de Derecho internacional, especialmente si el elemento internacional tiene una importancia nimia, pero no podemos ahora tratar esto.

El caso español es un buen ejemplo de las dificultades que se van a producir. El nuevo sistema de Derecho internacional privado sucesorio que tenemos a consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, basado en buena medida en la residencia habitual y no en la nacionalidad, choca con un sistema de Derecho interno de determinación de la Ley aplicable a las sucesiones que no se basa en la residencia habitual sino en la “vecindad civil” que es algo más parecido a la nacionalidad (salvando las distancias) que a la residencia habitual.

En el Derecho interno, los conflictos de Leyes que surgen por la coexistencia de distintas legislaciones civiles, o sea, no sólo en materia sucesoria, sino en cualquier materia de Derecho civil, se resuelven según el vigente artículo 16 del Código Civil “según las normas contenidas en el capítulo IV” que es el que contiene las normas de Derecho internacional privado, y entre ellas el art. 9.8 antes citado, con las particularidades de que “será ley personal la determinada por la vecindad civil” y no será aplicable lo dispuesto sobre calificación, remisión (o reenvío) y orden público. No procede aquí comentar los criterios de atribución de la vecindad civil, que damos por conocidos. Sólo recordamos que ninguno de ellos se basa en la residencia habitual sin plazo mínimo de duración.

Antes de dar respuesta a este problema que el nuevo Reglamento ha creado a quienes han de aplicar el Derecho español vamos a comentar las normas contenidas en el propio Reglamento.

La cuestión se resuelve en primer lugar por lo que determinen las normas del Derecho interno. El art. 36.1 dice “las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.”

La normativa del Reglamento sigue el principio de no injerencia en el Derecho interno. Ello es satisfactorio, a nuestro juicio, porque aquí no hay, hoy por hoy, un objetivo de política europea a cumplir, y dar reglas sobre esta materia obligaría a dejar inaplicados los sistemas de conflicto de leyes que los diversos Estados tienen o pueden querer darse en el futuro. También hay que tener en cuenta que la no injerencia y la proporcionalidad a la hora de desplazar las normas de los Derechos de los Estados miembros son principios recogidos en los Tratados constitutivos de la unión Europea que los Reglamentos comunitarios no pueden infringir. Es verdad que se trata de conceptos indeterminados y muy elásticos, y que la fijación la hacen los órganos comunitarios y el control, el TJUE, por lo que un Estado miembro no tiene nada fácil defender que se ha producido una injerencia europea excesiva. Esto se alegó en relación a la propia regulación por la UE de la materia sucesoria, aunque en general se ha entendido que ésta cabe en la protección y defensa de la libre circulación. No ocultamos que por este camino se puede llegar a una regulación de casi todo el Derecho privado. Pero en fin, este es otro tema. Y en cualquier caso, no nos parece demasiado mal. Nos parece más importante, y potencialmente más peligrosa el “como” se vaya haciendo la unificación jurídica.

El párrafo 2º de este art. 36 contiene reglas para el caso, que no será frecuente, de que un Estado plurilegislativo no tenga fijadas normas para la determinación de Ley aplicable. Decimos que no será frecuente porque resulta llamativo que un Estado europeo tenga más de un Ordenamiento civil y no tenga dadas reglas para fijar la aplicación de uno u otro. No es el caso de España.

El art. 36.2 contiene tres reglas, una para cada criterio de determinación de la Ley aplicable que ha fijado el Reglamento, o sea: para la Ley de la residencia habitual, para la Ley de la nacionalidad elegida por el causante, y para la Ley del Estado con el que excepcionalmente el causante mantenía un vínculo más estrecho que con el de su residencia habitual. El Reglamento tiende a considerar en los tres casos a cada unidad territorial de ese Estado como si fuera un Estado propio.

La primera regla determina, a efectos de fijar la residencia habitual, que ésta se ha tenido por el causante “en la unidad territorial en la que éste hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”.

La segunda regla determina, a efectos de fijar la Ley aplicable con arreglo a la nacionalidad del causante, que será aplicable “la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha”.

Y la tercera regla remite “a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación”, a la “ley de la unidad territorial en la que está ubicado el elemento pertinente”.

Antes de seguir, hay que tener en cuenta que las reglas del art. 36 se completan con la regla que se da en el apartado 3º (art. 36.3): “Toda referencia a la Ley del Estado a que hace referencia el párrafo 1, se entenderá...y a falta de normas sobre conflicto de Leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, hubieran tenido una vinculación más estrecha.”

¿Qué resulta de todo esto?

En primer lugar, que resulta más fácil la aplicación del Reglamento a los Estados que no tengan reglas para resolver los conflictos de Leyes que surgen de la coexistencia interna de una pluralidad de Derechos, que a los Estados que sí disponen de reglas de ese tipo.

En segundo lugar, que el respeto a las normas de Derecho interno, cuando las haya, puede dar lugar a graves disonancias entre el Reglamento y el Derecho interno y/o a dificultades de aplicación cuando el Derecho interno esté atendiendo a requisitos que ciudadanos extranjeros no pueden cumplir. Las disonancias se van a producir siempre que los criterios para resolver los conflictos de Leyes del Derecho interno no se basen en la residencia habitual del causante o en la Ley elegida por éste. Resulta que, hoy por hoy, hay pocos países de la Unión que hayan acogido estos criterios en su Derecho internacional privado “interno”.

¿Qué consecuencias tiene el art. 36 del Reglamento para el caso español?

En el caso español se dan los dos inconvenientes que se acaban de apuntar.

Por un lado, el criterio para resolver los conflictos de Leyes en materia sucesoria es, como en general en materias civiles, el de la vecindad civil (en el momento del fallecimiento). Y a su vez el criterio principal para atribuir la vecindad civil es ser hijo de padres que tengan tal vecindad (vid. art. 15 del Código Civil). Subsidiariamente se acude a la residencia, pero a diferencia del Reglamento europeo (“y del art. 40 del propio Código Civil, referido al domicilio!) no se utiliza la expresión “residencia habitual” sino sólo “residencia continuada” y se exige siempre un plazo de

permanencia. El criterio de la residencia habitual no está contemplado ni siquiera como criterio de aplicación residual.

Por otro lado, el Derecho español, al atender a la vecindad civil, está exigiendo un requisito que sólo pueden cumplir las personas que tengan la nacionalidad española. Nunca un extranjero o un apátrida pueden tener una vecindad civil.

No hay a la vista ninguna propuesta de modificación del Derecho internacional privado “interno” español. Está claro que en agosto de 2015, a la entrada en vigor del nuevo Reglamento europeo, van a continuar vigentes las reglas del art. 16 del Código Civil, que remiten a la vecindad civil.

Entonces, ¿qué hacer?

Si el causante tenía nacionalidad española al tiempo de su fallecimiento, se aplicará el criterio de la vecindad civil siempre que la ley sucesoria sea la Ley española. Obsérvese que es indiferente el lugar donde el causante tenía su última residencia habitual.

Por ejemplo, si el causante tenía vecindad civil aragonesa, pero pasó 8 años de residencia habitual en Madrid antes de trasladarse a residir accidentalmente a Hendaya (Francia), donde murió, la Ley aplicable a la sucesión es la aragonesa, y no el Código Civil.

Respecto de los sujetos que no tengan nacionalidad española:

Una posibilidad sería considerar que, dado que las reglas del Derecho español resultan inaplicables en los términos en que hoy están formuladas, no hay más remedio que proceder como si no existieran. Y entonces aplicar las normas del art. 36.2 del Reglamento. Esto tendría la consecuencia de que cada unidad territorial con Derecho propio en materia de sucesiones se consideraría como si fuera un Estado. Un ejemplo: si un austriaco tuvo su última residencia habitual en Barcelona, la Ley de su residencia habitual, a efectos del Reglamento sucesorio europeo, sería la Ley catalana, aunque no tuviera ni hubiera podido tener vecindad civil catalana.

Si se aplica esta regla, se va a llegar a resultados paradójicos. En el ejemplo que hemos puesto, se aplicaría la Ley catalana a la sucesión de un extranjero que tuvo su residencia habitual en Barcelona, quizá durante poco tiempo, aunque fuera “residencia habitual”, pero si ese mismo causante hubiera tenido nacionalidad española y vecindad civil mallorquina, y no hubiera transcurrido el tiempo de residencia suficiente para adquirir vecindad civil catalana, no se le aplicará la Ley catalana, aunque su vinculación con Barcelona o con Cataluña hubiera sido mucho mayor que la del austriaco, por ejemplo, por haber vivido en Barcelona los últimos nueve años y haber tenido más o menos alguna relación con Barcelona durante toda su vida. ¿Es esto satisfactorio?

No lo es, en nuestra opinión; pero es que no se encuentra una solución mejor. También es cierto, que los españoles, si quieren, pueden optar por la vecindad civil de su residencia una vez transcurridos dos años de residencia en el territorio de ésta.

Obsérvese que un caso similar se da con los extranjeros que adquieren la nacionalidad española. Por ejemplo: un colombiano puede adquirir la nacionalidad española tras residir en España dos años. Al adquirir la nacionalidad española se le asigna una vecindad civil y se hace constar en la inscripción marginal que se practica en el Registro civil. Pues bien, así puede conseguir una vecindad civil sin llevar diez años de residencia en el territorio de que se trate.

Otra posibilidad es aplicar por analogía las reglas de la vecindad civil a los extranjeros. Precisamos: nos referimos a los plazos de residencia. En el ejemplo anterior: a la sucesión del austriaco residente en Barcelona, le sería de aplicación la Ley catalana

siempre que el causante hubiera residido de forma continuada en Cataluña durante más de los últimos diez años anteriores al fallecimiento.

Esto puede parecer a primera vista razonable, pero por poco que se piense se cae fácilmente en la cuenta de que es tan arbitrario o más que la solución anterior y además lleva a un callejón sin salida, ya que, si no se le aplica la Ley catalana ¿acaso se le va a aplicar el Código Civil, siendo que esa persona no tuvo nunca vínculos con el territorio donde este rige como Derecho directamente aplicable? Porque, una de dos, o se le aplica la Ley catalana o se le aplica el Código Civil español; el Reglamento europeo exige aplicar la Ley española, de forma que no se le puede aplicar la Ley austríaca; la regla de la excepcionalidad no puede aplicarse cuando no hay duda acerca de la residencia habitual del causante.

¿Y qué ley aplicar a los extranjeros que no residen en España pero a los que resulta aplicable la Ley española? No habrá más remedio que aplicar la ley española con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha (art. 36.2 del Reglamento).

A la vista de esto, lo mejor sería que se reformara el sistema español relativo a los conflictos de Leyes en el sentido de aproximarlos al nuevo Reglamento europeo. No desconocemos que aceptar el criterio de la residencia habitual para determinar la sujeción al Código Civil o a los Derechos autonómicos es un cambio drástico en la regulación, que quizá no se quiere, o que necesite un cierto tiempo de “mentalización”, pero fijémonos que la Unión europea acaba de romper la vinculación con el Estado de la nacionalidad en todos los casos de residencia habitual en otro Estado, salvo voluntad contraria del causante expresada formalmente un negocio mortis causa. El impacto de esto en quien ha estado siempre acostumbrado a acudir a la nacionalidad y a la vecindad civil, que es un sucedáneo de la nacionalidad, es muy grande. ¿De verdad se va a aceptar esto?

Mientras el sistema no se reforme, el mejor criterio nos parece aplicar por analogía legis la norma del art. 36.2 Reglamento, como si no hubiera normas de Derecho interno. Decimos “por analogía” porque este artículo del Reglamento en principio no resulta aplicable, ya que en España sí hay normas de Derecho interno para resolver los conflictos de Leyes. El desajuste con la normativa aplicable a los españoles es evidente, pero ello no puede llevar a dejar de aplicar el criterio de la vecindad civil a los españoles, pues el Reglamento no interfiere en materias de Derecho interno.

Carlos Jiménez Gallego  
Notario de Palma  
Palma, 30 de marzo de 2015