

EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE, INCLUIDA LA ADMINISTRACIÓN DE LA SUCESIÓN.

Pilar Blanco-Morales Limones

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Extremadura (España)

Cross-border Successions within the European Union.

Bruselas. 15.8.2010.

Sumario. **I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO Y ÁMBITO DE LA LEX SUCESIONIS.** 1. *Relaciones y correspondencias.* 2. *Interpretación y Cuestiones previas.* **II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEX SUCESIONIS.** 1. *Apertura de la sucesión.* 2. *Delación de la sucesión.* 3. *Administración de la sucesión.* 4. *Imputación y reducción de liberalidades.* 5. *Restricciones a la libertad de disponer.* 6. *La partición.* 7. *La validez de las disposiciones mortis causae.* 8. *La exclusión de la forma.* 9. *La elección de la ley aplicable.* 9. *Régimenes sucesorios especiales.* 10. *La sucesión vacante.* 11. *El problema de los derechos reales desconocidos.* 12. *La cláusula de reserva del orden público.* **III. CONSIDERACIONES FINALES.**

Buenos días señoras y señores.

Agradezco sinceramente al CNUE la invitación recibida para participar en esta conferencia sobre las *sucesiones transfronterizas en la Unión Europea.*

La elaboración de la Propuesta de Reglamento ha supuesto una ingente y encomiable labor, por cuyos resultados felicitamos a la Comisión. Ello no obsta a considerar que en el *iter* parlamentario, que todavía tiene que recorrer, puedan resolverse algunas dudas, solucionar algunos problemas y dar respuesta a algunas cuestiones. Entiendo que una Conferencia tan oportunamente organizada, debiera servir para contribuir a ello.

Con ese propósito dividiré mi exposición en 3 partes.

En primer lugar me ocuparé de las interrelaciones entre el ámbito de aplicación material del Reglamento y el ámbito de aplicación de *lex sucesionis.*

En segundo lugar me centraré propiamente en la cuestión del ámbito de aplicación de *lex sucesionis.*

Finalmente sintetizaré aquellas cuestiones que, a mi juicio, merecerían ser corregidas o mejoradas en el proceso de decisión legislativa del Reglamento y que, sea cual sea la decisión que finalmente se adopte requerirá de mayor esfuerzo hermenéutico por parte de los operadores jurídicos.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO Y ÁMBITO DE LA LEX SUCESIONIS.

1. *Relaciones y correspondencias.*

El análisis del ámbito de aplicación de la *lex sucesionis* requiere que recordemos, de manera obligadamente sintética, cual es el ámbito material cubierto por la Propuesta de Reglamento. Ambas cuestiones se encuentran estrechamente ligadas y muchas de las apreciaciones que realicemos en relación con las disposiciones que regulan el campo de la ley sucesoria dependen del sentido y alcance de las disposiciones que delimitan la materia cubierta por el futuro Reglamento. Igualmente, la precisión de las materias comprendidas en el ámbito de aplicación de la *lex sucesionis* ayudará a contemplar con mayor nitidez el ámbito material de aplicación del Reglamento.

Debemos empezar por las definiciones contenidas en el **art. 2.a), c) y d)**:

- a) «sucesión por causa de muerte», cualquier forma de transmisión de la propiedad mortis causa, ya derive de un acto voluntario, en forma de testamento o pacto sucesorio, o venga impuesta por la ley;
- c) «pacto sucesorio», todo acuerdo por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión futura de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo;
- d) «testamento mancomunado», el testamento otorgado por dos o más personas en un mismo acto, bien a favor de un tercero, bien en beneficio recíproco y mutuo.

Si las ponemos en relación con el artículo 1.1.: «El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas», tendremos una primera e importante aproximación. Una aproximación que se irá perfilando a la luz de las exclusiones contenidas en el **artículo. 1.3**. Pero, a partir de aquí empezarán a surgir algunos problemas.

Recordemos las exclusiones:

3. Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento:
- a) el estado de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que tengan efectos comparables;
 - b) la capacidad jurídica de las personas físicas, a reserva de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, letras c) y d);
 - c) la desaparición, la ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física;
 - d) las cuestiones relativas al régimen matrimonial, así como al régimen patrimonial aplicable a las relaciones que tengan efectos comparables al matrimonio;
 - e) las obligaciones de alimentos;
 - f) los derechos y bienes creados o transmitidos por título distinto de la sucesión por causa de muerte, tales como las liberalidades, la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, los planes de pensiones, los contratos de seguros y arreglos de naturaleza análoga, a reserva de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, letra j);
 - g) las cuestiones relativas al Derecho de Sociedades, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos

de sociedades, asociaciones y personas jurídicas que precisan la suerte de las partes a la muerte de sus miembros;
h) la disolución, extinción y fusión de sociedades, asociaciones y personas jurídicas;
i) la constitución, el funcionamiento y la disolución de trusts;
j) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien y la publicidad de estos derechos.

2. Interpretación y Cuestiones previas.

La Comisión, en lo que puede considerarse una verdadera declaración de intenciones, señala que “*El concepto de «sucesión» debe interpretarse de manera autónoma e incluye todos los aspectos de una sucesión, en particular la adjudicación, la administración y la liquidación*”.

Poco tenemos que añadir sobre el primer atributo, *interpretación autónoma*, que regirá no sólo para el concepto de sucesión, sino también para todas las nociones y categorías del futuro Reglamento. Se trata de un principio de Derecho comunitario, ampliamente respaldado por la jurisprudencia del TJUE y suficientemente conocido por los operadores jurídicos, aunque no exento de complejidad. Una complejidad acrecentada en nuestro caso por el carácter poliédrico del fenómeno sucesorio y las muchas disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos, que en principio, son todos los existentes, dado el **carácter universal** del Reglamento, que permite que la *lex sucesionis* sea la de un tercer Estado (**artículo 25**). En último extremo, la interpretación autónoma será garantizada por el TJUE. No obstante, teniendo en cuenta que las “*sucesiones se resuelven por lo general fuera de los tribunales*”, especialmente los notarios deben velar por su vigencia y contribuir a su aplicación.

La segunda cuestión, el concepto de sucesión *incluye todos los aspectos de una sucesión, en particular la adjudicación, la administración y la liquidación*, adelanta que estamos ante una propuesta que sigue una concepción unitaria y universal de la sucesión y, por tanto, de la ley aplicable a la misma, que debe ser precisamente delimitada. Lo que no siempre será fácil. Ello por dos razones.

En primer lugar, por lo que la Propuesta de Reglamento no dice o no dice con suficiente claridad.

Nada se establece respecto de los problemas que surgirán en los casos, muy frecuentes, en que para solventar una cuestión sucesoria antes haya que resolver una cuestión previa o incidental. Por ejemplo, la validez y existencia de una adopción. Ante la falta de una Parte General del Derecho internacional privado de la UE y de una solución expresa para estos casos, entendemos con el MPI (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, parágrafo 8), que la cuestión previa debe quedar sometida a conexión autónoma y regida por la ley que así resulte designada. Este problema entendemos que debería

estar expresamente contemplado en la Propuesta, concretamente en su expositivo (Considerando 8). En particular, respecto de aquellas de las exclusiones que resultan más frecuentes y problemáticas, bastaría con añadir “de acuerdo con la ley que resulte aplicable” en los apartados a), d) y g) del artículo 1.1. Tesis que se opone a la seguida por el Parlamento Europeo cuya Resolución de 16 Noviembre de 2006, en su recomendación 6ª propuso que el futuro Reglamento sometiera la disciplina de la cuestión preliminar a la de la ley designada por la norma de conflicto de la ley aplicable a la sucesión aunque limitada al procedimiento en que se discute la cuestión preliminar.

En segundo lugar, la Propuesta indica que ese concepto autónomo **incluye todos los aspectos de una sucesión, en particular la adjudicación, la administración y la liquidación**. Encontramos aquí una manifiesta declaración en pro de la unidad y de la universalidad de la sucesión, repetida en el artículo artículo 16: **Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable al conjunto de la sucesión**, y reiterada en el artículo 17 1.: **Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee para que rija la totalidad de la sucesión**. Sin embargo, esta clara opción de política legislativa tendrá que ser matizada a la luz de las exclusiones y del ámbito de aplicación de la *lex sucesionis*.

Respecto de las exclusiones, entendemos necesaria algunas precisiones:

- La prevista en el artículo 1.3. **c) la desaparición, la ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física**, debería completarse con la exclusión de la conmorienca, para la que la Propuesta de Reglamento prevé una solución material en el **Artículo 23. Conmorientes: En caso de que dos o más personas cuyas sucesiones se rijan por leyes diferentes fallecieran en circunstancias que no permitan determinar el orden en que se produjeron los fallecimientos y dichas leyes regularan esa situación mediante disposiciones incompatibles o no la regularan en absoluto, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra o de las otras**.
- Además, respecto de la regulación de la conmorienca, llama la atención que se haya establecido una solución material, aunque limitada al supuesto personas cuyas sucesiones se rijan por leyes diferentes. A nuestro juicio, se trata de una cuestión vinculada a la extinción de la personalidad y, por tanto, al estatuto personal. Por tanto, se suscita la duda a cerca de si la Unión Europea tendría competencia para legislar en este punto, que atañe directamente al Derecho de la persona y al Derecho de familia, al margen de la base jurídica de la Propuesta de Reglamento, que se asienta en el carácter patrimonial de la sucesión (vid. Parágrafo 3 de la Exposición de Motivos).
- Las exclusiones contempladas en las letras g) y h), obedecen a una misma ratio, debieran fundirse en una sola y requiere de precisión para garantizar la aplicación de las normas sucesorias de la *lex societatis*, que prevalece sobre la *lex sucesionis*
g) las cuestiones relativas al Derecho de Sociedades, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los

estatutos de sociedades, asociaciones y personas jurídicas que precisan la suerte de las partes a la muerte de sus miembros;
h) la disolución, extinción y fusión de sociedades, asociaciones y personas jurídicas.

Además, constatamos que el juego conjunto de las exclusiones previstas en el artículo 1.3.g) y h) y en el artículo 1.3. f) (*los derechos y bienes creados o transmitidos por título distinto de la sucesión por causa de muerte, tales como las liberalidades, la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, los planes de pensiones, los contratos de seguros y arreglos de naturaleza análoga, a reserva de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, letra j)*); consagran lo que en la doctrina se conoce como la doble vía: a las sucesiones de mayor importancia se aplica el Derecho mercantil, a las modestas el Derecho civil. Dicho sea sin dejar de compartir las exclusiones señaladas que, no obstante, a la vista de lo dispuesto en el artículo 19. j) producirán no pocos litigios.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEX SUCESIONIS.

Como acabamos de subrayar, la Propuesta de Reglamento milita fervorosamente por los principios de universalidad y unidad de la sucesión. La universalidad queda modulada por el juego de las exclusiones, en los términos someramente analizados. Por su parte, el perímetro del principio de unidad de la sucesión se traza en el artículo 19, que debe ser puesto en relación con los artículos 17, 20, 21, 22 y 24.

Empecemos por el artículo 19:

Artículo 19.Ámbito de la ley aplicable

1. La ley designada en virtud del capítulo III regirá la totalidad de la sucesión, desde su apertura hasta la transmisión definitiva de la herencia a los causahabientes.

2. Esta ley regirá, en particular:

a) las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión;

b) el llamamiento de los herederos y legatarios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, la determinación de las partes alícuotas respectivas de dichas personas y las obligaciones que les hayan sido impuestas por el difunto, así como los demás derechos sobre la sucesión que tengan su origen en el fallecimiento;

c) la capacidad para suceder;

d) las causas específicas de incapacidad para disponer o recibir;

e) la desheredación y la indignidad para suceder;

f) la transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos;

g) los poderes de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la sucesión, en particular, la venta de los bienes y el pago a los acreedores;

h) la responsabilidad por las deudas de la sucesión;

i) la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador no puede disponer y las demás restricciones a la libertad de disponer por causa de muerte, incluidas las atribuciones asumidas sobre la sucesión por una autoridad judicial o por otra autoridad en favor de personas próximas al difunto;
j) la imputación y la reducción de las liberalidades, así como su toma en consideración a la hora de calcular las partes de la herencia;
k) la validez, la interpretación, la modificación y la revocación de una disposición por causa de muerte, excepto su validez en cuanto a la forma;
l) la partición sucesoria.

La regulación establecida se inspira directamente en el artículo 7 de la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte, de 1 de agosto de 1989, si bien como se subraya en el informe del MPI existen algunas desviaciones terminológicas, de consecuencias no despreciables, fruto del recurso dispar a las versiones francesa e inglesa de la citada Convención (ver MPI, párrafo 169). No obstante, junto a la liquidación y partición de la herencia, la Propuesta de Reglamento, incluye en el ámbito de la *lex sucesionis* la administración, que como es sabido constituye el objeto de la Convención sobre la administración internacional de las sucesiones, hecha en La Haya el 2 de octubre de 1973.

En primer lugar, con las salvedades y precisiones que a continuación realizaremos, se comprenden en el campo de aplicación de la *lex sucesionis* las diferentes fases de la adquisición de la herencia: la apertura de la sucesión; la delación de la herencia; la capacidad e incapacidad para suceder; las prohibiciones y sus efectos; la indignidad para suceder, sus efectos y la eventual rehabilitación del indigno; la aceptación y la repudiación de la herencia, la capacidad, forma y plazos; la responsabilidad del heredero aceptante por las deudas del causante y por las cargas hereditarias, etc.

1. Apertura de la sucesión.

La inclusión en el ámbito de la *lex sucesionis* de *las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión*, plantea algunas dudas. En primer lugar, la inclusión de las causas de la apertura de la sucesión resulta contradictoria con la exclusión del ámbito material del futuro Reglamento de *la desaparición, la ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física*. La muerte de una persona como desencadenante de la sucesión es una cuestión previa sometida a la conexión autónoma del estatuto personal. Por otra parte, resulta superflua pues el apartado 1 del artículo 19 ha dejado suficientemente establecido que la *lex sucesionis* rige la apertura de la sucesión.

2. Delación de la sucesión.

El artículo 19.2.b) regula algunos de los aspectos principales de la delación de la herencia, en concreto la determinación de *los herederos y legatarios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, la determinación de las partes alícuotas respectivas de dichas personas y las obligaciones que les hayan sido impuestas por el difunto, así como los demás derechos sobre la*

sucesión que tengan su origen en el fallecimiento. De nuevo las relaciones entre ámbito material del Reglamento y ámbito de la *lex sucesionis* requiere de un esfuerzo de precisión. En concreto por lo que se refiere a la inclusión de *los derechos sucesorios del cónyuge superviviente*, convendría aclarar que se trata de aquellos que no traen causa del régimen económico matrimonial, excluido del Reglamento ex artículo 1.3.d. de la Propuesta.

Quedarán sometidas a la *lex sucesionis* *la capacidad para suceder y las causas específicas de incapacidad para disponer o recibir*, previsión que modula la exclusión del artículo 1.3.b) y que resulta justificada desde cualquier punto de vista. En estrecha relación con ello, la *lex sucesionis* regirá *la desheredación y la indignidad para suceder*. Con ello tenemos que la *lex sucesionis* se aplica a las principales cuestiones jurídicas que plantea la identificación de los llamados a la herencia: quiénes, en qué orden, con qué extensión, bajo que obligaciones impuestas por el difunto, etc.

La transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos quedan sometidas a la *lex sucesionis*, ex artículo 19.2.f. No obstante, está prevista la aplicación alternativa de la ley de la residencia habitual del heredero a la *validez en cuanto a la forma de la aceptación o la renuncia*, incluida la *declaración destinada a limitar la responsabilidad del heredero o del legatario (Artículo 20), favor validitatem* que nos parece justificado y saludable. Opción de política legislativa que no obsta a la aplicación de la *lex sucesionis* a *la responsabilidad por las deudas de la sucesión*.

Aunque las relaciones entre la *lex rei sitae* y la *lex sucesionis* han sido magistralmente explicadas por la Sra. VANDERKECKHOVE, en este punto, tenemos que recordar que junto al juego de la conexión alternativa de la validez formal de la aceptación o renuncia, nos encontramos ante un supuesto de conexión especial a la *lex rei sitae* que conducirá a su aplicación cumulativa a la *lex sucesionis*, cuando aquella, la *lex rei sitae*, *prescriba, para la aceptación de la sucesión o de un legado o la renuncia a los mismos, trámites posteriores a los prescritos por la ley aplicable a la sucesión (Artículo 21)*.

3. Administración de la sucesión.

La transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión (artículo 19 (f) y los poderes de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la sucesión (artículo 19 (g) son cuestiones íntimamente ligadas que quedan sometidas a la *lex sucesionis*, sin perjuicio de la incidencia de la *lex rei sitae*, ex artículo 21.

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones que se plantean, creemos necesaria una observación sistemática. A nuestro juicio la previsión del artículo 21.2.(a) respecto a que la *ley aplicable a la sucesión regulará la determinación de las personas —herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o*

administradores— que pueden ser designados para administrar y liquidar la sucesión, quedaría mejor ubicada en el artículo 19.

Como recientemente ha estudiado con profundidad el Pfr. RODRÍGUEZ BENOT (La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo. *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 19, 2009, pp. 253-304):

“Los ordenamientos nacionales consagran distintas normas para organizar la administración de la herencia, esto es, la situación que se genera entre el óbito del causante y la adquisición de la propiedad de los bienes que conforman el caudal relicto por los herederos o legatarios. Se trata de una cuestión estrechamente vinculada, a su vez, con el Derecho de bienes (en concreto, con las diferentes concepciones acerca de la transmisión de la posesión y propiedad de los bienes hereditarios), así como con el Derecho de obligaciones (pues en esta fase pueden nacer situaciones jurídicas novedosas para los herederos, los legatarios y los acreedores.”

La *lex sucesionis* rige las principales cuestiones relativas a la transmisión, administración y liquidación de la sucesión (artículos 1, 19 f), g), h) y l). No obstante, la *lex rei sitae* será de aplicación cuando supedita la administración y la liquidación de la sucesión a la investidura de un administrador o de un ejecutor testamentario por una autoridad de dicho Estado miembro (artículo 21.2. (a)). A nuestro juicio, se producirá la aplicación cumulativa de la *lex sucesionis* y de la *lex rei sitae* a la administración y liquidación de la sucesión, limitada al supuesto de inclusión en el caudal relicto de bienes inmuebles situados en un país en que legalmente se establezca que la administración y la liquidación de la herencia se ha de realizar por un tercero. Supuesto en el que la *lex rei sitae* desplazará a la *lex sucesionis*.

4. Imputación y reducción de liberalidades.

Como hemos visto anteriormente, la validez y los efectos de las liberalidades quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento y son reguladas por el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Lo mismo sucede ocurre con otros derechos y bienes creados o transmitidos por otros medios distintos de la sucesión y con las denominadas ventajas parasucesorias (art. 1.3.f).

No obstante, la *lex sucesionis* determinará si una liberalidad o cualquier otro acto *inter vivo*, que tenga por efecto la adquisición inmediata de un derecho real o de un crédito, debe estar sujeta a una obligación de imputación, reducción o toma en consideración en el cálculo de las partes de la herencia según la ley sucesoria. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 19.2.j): **la imputación y la reducción de las liberalidades, así como su toma en consideración a la hora de calcular las partes de la herencia.**

Probablemente se trate de una de las cuestiones clave para el futuro de la Propuesta de Reglamento. La solución adoptada nos parece satisfactoria pero

incompleta. Satisfactoria porque constituye un elemento esencial para garantizar la unidad del régimen jurídico sucesorio, especialmente en relación con las limitaciones y reservas. Incompleta porque la aplicación de la *lex sucesionis* a la restitución de las liberalidades implica una considerable incertidumbre para el donatario y para los terceros, que en el momento de recibir la liberalidad ni sabían, ni podían saber cuál será la ley que rija la sucesión tras la muerte del donante.

En este sentido, nos parece saludable la propuesta del MPI que propugna una norma de conflicto especial para la restitución de las liberalidades que consistiría en la aplicación cumulativa de la *lex sucesionis* y de la ley que hubiese regulado la sucesión en el momento en que se realizó la liberalidad (MPI, parágrafos 178-180).

5. Restricciones a la libertad de disponer.

La *lex sucesionis* regula las limitaciones testamentarias, legítimas, reservas et. En suma, la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador no puede disponer y las demás restricciones sobre la libertad de disponer por causa de muerte, **incluidas las atribuciones asumidas sobre la sucesión por una autoridad judicial o por otra autoridad en favor de personas próximas al difunto** (artículo 19.2.i).

Se trata, sin duda, de uno de los mayores aciertos de la Propuesta de Reglamento, fruto de un intenso trabajo en pro del consenso. Para su garantía, como veremos más adelante, se establece una regulación especial de la excepción del orden público en el artículo 27.2.

6. La partición.

La *lex sucesionis* rige la partición de la herencia (artículo 19.2.I), por la que en la generalidad de los casos se extinguirá la comunidad hereditaria reconociendo a cada heredero su porción en la sucesión. Entendemos incluida en la noción de partición de la herencia las cuestiones relativas a las personas legitimadas para pedirla, la cuestión de la prohibición de indivisión y, en términos generales, todos los aspectos relacionados con las tareas particionales, las acciones de rescisión, lesión e invalidez, formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de las donaciones inoficiosas, la acción personal en garantía de evicción. Algunos de ellos, como la reducción de las liberalidades, expresa y singularmente contemplados

7. La validez de las disposiciones mortis causae. La exclusión de la forma

La validez, la interpretación, la modificación y la revocación de una disposición por causa de muerte, excepto su validez en cuanto a la forma se regula por la *lex sucesionis*. En cuanto a las cuestiones incluidas entendemos que lo son tanto en su aspecto sustantivo, como en lo relativo a la legitimación, en especial para solicitar la revocación o la declaración de invalidez. Mayor atención merece la exclusión de la validez formal.

El Considerado (19) de la Propuesta se limita a señalar que: *La validez en cuanto a la forma de las disposiciones por causa de muerte no se regula en el Reglamento. Para los Estados miembros que lo hayan ratificado, se rige en su ámbito de aplicación por las disposiciones del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias.*

Sorprende tan escueta justificación máxime si tenemos en cuenta que la cuestión fue expresamente sometida a consulta y recibió merecida y razonada respuesta por la mayor parte de las instituciones. Así, por mencionar algunas, ACCLN Austrian Chamber of Civil Law Notaries, BNotK Bundesnotarkammer, BRAK undesrechtsanwaltskammer, Bundes Rat, Delegación Belga, Irlanda, CNF Congrès des Notaires de France; CNUÉ Conférence des Notariats de l'Union Européenne, CNN Consiglio Nazionale del Notariato, CSN Conseil Supérieur du Notariat , GEDIP Groupe européen de Droit International Privé, MJE Ministerio de Justicia español, UHI Ulrik Huber Instituut voor Internationaal Privaatrecht Groningen, UPO: Universidad Pablo Olavide: Prof Rodriguez Benot

En la generalidad de los casos se apelaba a la Convención de la Haya sobre los conflictos de leyes en materia de formas testamentarias de 5 de Octubre de 1961, del que forman parte dieciocho Estados comunitarios. Recordándose que establece en su artículo primero los criterios de conexión, flexibles, para considerar válido un testamento en orden al cumplimiento del requisito de forma. Las respuestas coincidían en que esta Convención, ya integrada en el Derecho de gran parte de los Estados miembros, debe ser el referente para la solución de los problemas de Derecho aplicable debiendo plantearse su comunitarización, aunque actualmente siete Estados miembros no son parte de la misma y la Convención plantea un serio problema debido a la existencia de reservas por los Estados que dificultarían la solución homogénea (ver www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=40). La calificación de un requisito como atinente al fondo o a la forma de las disposiciones testamentarias no siempre resulta fácil. Por ello, para impedir que se sacrifique el esfuerzo armonizador que lleva acabo la Propuesta de Reglamento, sería deseable que se propusiera una solución uniforme inspirada en el *favor validitatem*.

8. La elección de la ley aplicable.

Quedará sometida a la *lex sucesionis*, cuando ésta haya sido elegida en virtud del artículo 17. 3., *la existencia y la validez en cuanto al fondo del consentimiento en relación con esta designación*

9. Regímenes sucesorios especiales.

La *lex sucesionis* concurrirá con la *lex rei sitae*, frente a la que cederá, para regular *los regímenes sucesorios particulares respecto de determinados inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes debido a su destino económico, familiar o social cuando, según dicha ley, este régimen fuera aplicable con independencia de la ley que rige la sucesión (Artículo 22. Regímenes sucesorios especiales)* Esta disposición aborda de manera incompleta, a nuestro juicio, el problema de las normas rigurosamente imperativas o leyes de policía, que merecerían un tratamiento inspirado en la

solución del artículo 9 del Reglamento 593/2008. Por otra parte, conduce a un fraccionamiento de la sucesión en un supuesto legal demasiado inconcreto, que únicamente nos parece admisible en el ámbito de las leyes de policía, reguladas por lo demás con una perspectiva de conjunto.

10. *La sucesión vacante.*

La *lex sucesionis* concurrirá con la *lex rei sitae* para regular la **Sucesión vacante (artículo 24)**. En el Considerando 23 de la Propuesta de Reglamento se explica: Las diferencias existentes entre las distintas soluciones adoptadas a nivel nacional por lo que hace al derecho del Estado a recibir una sucesión vacante, por una parte, y el tratamiento de las situaciones en que no se conoce el orden en que han fallecido una o varias personas, por otra, pueden conducir a resultados contradictorios o, a la inversa, a la ausencia de solución. El presente Reglamento debe prever un resultado coherente respetando en todo momento el Derecho material de los Estados miembros.

Respeto que se logra reconociendo el **derecho de un Estado miembro o de una entidad designada por la ley de dicho Estado miembro a apropiarse de la parte del caudal relicto que se encuentre situada en su territorio.**

La solución propuesta, directamente inspirada en la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones, únicamente resuelve el problema de la sucesión vacante cuando la *lex rei sitae* prevé el derecho de apropiación por parte del Estado donde se encuentren los bienes. Una solución más correcta podría ser la de someter toda la sucesión a la *lex rei sitae*.

11. *El problema de los derechos reales desconocidos.*

La cuestión de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios plantea arduos problemas en la relación entre la *lex sucesionis* y la *lex rei sitae*, abordados por la Sra. VANDEKERCKHOVE. Aquí nos limitaremos a señalar que la exclusión de las cuestiones de derecho de la propiedad del ámbito de aplicación del Reglamento no soluciona los problemas que se plantean cuando la *lex sucesionis* reconoce al sucesor un derecho real, por ejemplo un usufructo viudal, que es desconocido por la *lex rei sitae*. En esta situación, partiendo de la primacía de la *lex rei sitae* en materia de derechos reales, respecto de los otorgados por la *lex sucesionis* se requeriría una regulación más detallada, que previese las adaptaciones necesarias para evitar la frustración del empeño unificador para determinar la ley aplicable a la sucesión, y del sucesor que ve reconocido un derecho, conforme a la ley sucesoria, del que no podrá disfrutar ni ejercer porque en el Estado donde se sitúan los bienes es desconocido.

12. *La cláusula de reserva del orden público*

Para finalizar el análisis del ámbito de aplicación de la *lex sucesionis* hemos de referirnos a la reserva del orden público, recogida en el artículo 27 con una fórmula inspirada directamente en el artículo 18 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones, aunque la Comisión se ha olvidado de

la nada despreciable condición de **manifiesta incompatibilidad** con la ley del foro. En este punto conviene hacer dos apreciaciones.

En primer lugar nos parece deseable que la regulación del orden público en la Propuesta de Reglamento se ajuste a la regulación establecida en otros instrumentos comunitarios (por ejemplo, Artículo 21 del Reglamento Roma I, Artículo 26 del Reglamento Roma II). De esta forma, además, se contribuye a la construcción de una Parte general del Derecho internacional privado comunitario.

En segundo lugar, nos parece que los principios de orden público internacional que justifiquen la evicción de la ley extranjera, no son ni deben ser únicamente los del foro. Como se desprende de los Considerandos 24 y 34 de la Propuesta de Reglamento, habrá que atender a los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

(24) En circunstancias excepcionales, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar la ley extranjera en aquellos casos en que su aplicación en un caso concreto sea contraria al orden público del foro. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado miembro o negarse a reconocer o a ejecutar una resolución dictada o un acto auténtico, una transacción judicial o un certificado sucesorio europeo establecidos en otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación.

(34) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el respeto de dichos derechos y principios.

El apartado 2 del artículo 27 establece una limitación especial a la reserva del orden público. Dado que la *lex sucesionis* regula *la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador no puede disponer y las demás restricciones a la libertad de disponer por causa de muerte*, resulta coherente y acertado que el recurso a la excepción del orden público internacional **NO** pueda fundamentarse únicamente en la diferencia sobre las disposiciones relativas a la reserva, expresión que entendemos debería armonizarse con las del artículo 19.2.i).

Lamentamos profundamente tener que concluir su análisis señalando los defectos de la versión española, manifiestos si la comparamos con las

versiones inglesa, alemana, francesa o italiana. Confiamos en que las autoridades españolas y la Comisión se ocupen rápidamente de su corrección.

<p><i>Artículo 27</i> <i>Orden público</i></p> <p>1. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es incompatible con el orden público del foro.</p> <p>2. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento solo podrá considerarse contraria al orden público del foro si sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria son diferentes de las disposiciones vigentes en el foro.</p>	<p><i>Article 27</i> <i>Public policy</i></p> <p>1. The application of a rule of the law determined by this Regulation may be refused only if such application is incompatible with the public policy of the forum.</p> <p>2. In particular, the application of a rule of the law determined by this Regulation may not be considered to be contrary to the public policy of the forum on the sole ground that its clauses regarding the reserved portion of an estate differ from those in force in the forum.</p>	<p><i>Artikel 27</i> <i>Öffentliche Ordnung (ordre public)</i></p> <p>1. Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar ist.</p> <p>2. Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nicht allein deshalb als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden, weil sie den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts.</p>	<p><i>Article 27</i> <i>Ordre public</i></p> <p>1. L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est incompatible avec l'ordre public du for.</p> <p>2. En particulier, l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for.</p>	<p><i>Articolo 27</i> <i>Ordine pubblico</i></p> <p>1. L'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti incompatibile con l'ordine pubblico del foro.</p> <p>2. In particolare, non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro.</p>
--	--	---	---	--

III. CONSIDERACIONES FINALES

1. Ante la falta de una Parte General del Derecho internacional privado de la UE y de una solución expresa para los casos muy frecuentes en que en una sucesión se plantee la necesidad de resolver una cuestión previa, entendemos que la cuestión previa debe quedar sometida a conexión autónoma y regida por la ley que así resulte designada. Este problema entendemos que debería estar expresamente contemplado en la Propuesta, concretamente en su expositivo (Considerando 8). En

particular, respecto de aquellas de las exclusiones que resultan más frecuentes y problemáticas, bastaría con añadir “de acuerdo con la ley que resulte aplicable” en los apartados a), d) y g) del artículo 1.1.

2. La exclusión prevista en el artículo 1.3. **c) la desaparición, la ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física**, debe completarse con la exclusión de la conmorienencia, para la que la Propuesta de Reglamento prevé una solución material en el **Artículo 23**.
3. Las exclusiones previstas en el artículo 1.3 g) y h) obedecen a una misma ratio, debieran fundirse en una sola y requiere de precisión para garantizar la aplicación de las normas sucesorias de la *lex societatis*, que prevalece sobre la *lex sucesionis*.
4. La inclusión en el ámbito de la *lex sucesionis* de **las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión**, resulta superflua pues el apartado 1 del artículo 19 ha dejado suficientemente establecido que la *lex sucesionis* rige la apertura de la sucesión.
5. La inclusión en el ámbito de la *lex sucesionis* de **los derechos sucesorios del cónyuge supérstite**, requiere aclarar que se trata de aquellos que no traen causa del régimen económico matrimonial, excluido del Reglamento ex artículo 1.3.d. de la Propuesta.
6. La previsión del artículo 21.2.(a) respecto a que la **ley aplicable a la sucesión regulará la determinación de las personas —herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores— que pueden ser designados para administrar y liquidar la sucesión**, quedaría mejor ubicada en el artículo 19.
7. La aplicación de la *lex sucesionis* a la restitución de las liberalidades implica una considerable incertidumbre para el donatario y para los terceros, que en el momento de recibir la liberalidad ni sabían ni podían saber cuál será la ley que rija la sucesión tras la muerte del donante. En este sentido, nos parece saludable la propuesta del MPI que propugna una norma de conflicto especial para la restitución de las liberalidades que consistiría en la aplicación cumulativa de la *lex sucesionis* y de la ley que hubiese regulado la sucesión en el momento en que se realizó la liberalidad.
8. La exclusión de la forma de las disposiciones testamentarias del ámbito de la *lex sucesionis* no se justifica suficientemente por la mera referencia a la Convención de la Haya sobre los conflictos de leyes en materia de formas testamentarias de 5 de Octubre de 1961. Esta Convención, ya integrada en el Derecho de gran parte de los Estados miembros, debe ser el referente para la solución de los problemas de Derecho aplicable debiendo plantearse su comunitarización.
9. El artículo 22 de la Propuesta de Reglamento aborda de manera incompleta el problema de las normas rigurosamente imperativas o leyes

de policía, que merecerían un tratamiento inspirado en la solución del artículo 9 del Reglamento 593/2008. Por otra parte, conduce a un fraccionamiento de la sucesión que sólo nos parece admisible en el ámbito de las leyes de policía.

10. Para la sucesión vacante, el artículo 24, inspirado en la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones, únicamente resuelve el problema cuando la *lex rei sitae* prevé el derecho de apropiación por parte del Estado donde se encuentren los bienes. Una solución más correcta podría ser la de someter en estos casos toda la sucesión a la *lex rei sitae*.
11. La Propuesta de Reglamento no soluciona los problemas que se plantean cuando la *lex sucesionis* reconoce al sucesor un derecho real, por ejemplo un usufructo viudal, que es desconocido por la *lex rei sitae*. En esta situación, partiendo de la primacía de la *lex rei sitae* en materia de derechos reales, respecto de los otorgados por la *lex sucesionis* se requeriría una regulación más detallada, que previese las adaptaciones necesarias.
12. La regulación del orden público en la Propuesta de Reglamento debería ajustarse a la regulación establecida en otros instrumentos comunitarios (por ejemplo, Artículo 21 del Reglamento Roma I, Artículo 26 del Reglamento Roma II). De esta forma, además, se contribuye a la construcción de una parte general del Derecho internacional privado comunitario.
13. Los principios de orden público internacional que justifiquen la evicción de la ley extranjera no son, ni deben ser, únicamente los del foro. Como se desprende de los Considerandos 24 y 34 de la Propuesta de Reglamento, habrá que atender a los Derechos fundamentales de la Unión Europea.
14. Por último, en una materia como la sucesoria resulta especialmente exigible la precisión y el rigor terminológico.

Bibliografía seleccionada.

Le Droit des successions en Europe (actes du Colloque de Lausanne du 21 février 2003), Zurich, 2003

BALDUS, “¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 49 (2009), pp. 419-438

BENDITO CAÑIZARES, “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, *L’Observateur de Bruxelles*, nº 67 (enero 2007), pp. 23-25.

CALÒ, “El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho . Reflexiones desde el derecho italiano”, *InDret* 3/2010 , Julio 2010.

COESTER-WALTJEN, "Anerkennung im Internationalen Personen-Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht", *Iprax*, 2006, nº 4, pp. 392-400.

DAVI, "L'autonomie de la volonté en Droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", *RDIPP*, 2004, nº 2, pp. 473-498.

DÖRNER/LAGARDE (coords.), *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Würzburg, 2002

DUTTA, Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, *RebelsZ* 73 (2009) 547-606

FONT SEGURA, "Valoración de las respuestas al Libro verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial", en R. VIÑAS y G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Barcelona, 2009, pp. 59-81

FORNER DELAYGUA, "Consideraciones acerca de la regulación de la competencia internacional de autoridades en un futuro Reglamento comunitario de DIPr relativo a las sucesiones por causa de muerte", en R. VIÑAS y G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Barcelona, 2009, pp. 83-109

HARRIS, The Proposed EU Regulation on Succession and Wills, *Trust Law International* 2008, 181-235

IGLESIAS BUHIGUES, "Desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de sucesiones en la UE", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, pp. 337-364

KINDLER, "Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union", *IPRax*, 2010, nº 1, pp. 44 y ss..

KNOT, "Europees internationaal erfrecht op komst: het voorstel voor een Europese Erfrechtverordening nader belicht", *NILR*, 2010, nº 1, pp. 3-13

LAGARDE, "Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions", en Pacis Artes (Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos), vol. II, Madrid, 2005, pp. 1686-1708

DE LAMBERTYE-AUTRAND, "Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille?: Le livre vert sur les successions et les testaments", *Informations Sociales*, no 129 (enero de 2006), pp. 84-90

LEHMANN, *Die Reform des internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV Verordnung*, 2006

MALATESTA/POCAR/ BARIATTI (coords.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008

MARINO, "La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni", *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, nº 1, pp. 463-470

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession (marzo de 2010), <http://www.mpipriv.de/>

MIQUEL SALA, "El libro verde sobre sucesiones y testamentos: primeros pasos hacia el Reglamento de 'Bruselas IV'", *AEDIP*, vol. 7 (2007), pp. 695-718

REQUEJO ISIDRO, “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *La Ley*, nº 7185 (29 de mayo de 2009), pp. 1-8

STUMPF, “Europäisierung des Erbrechts: das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht”, *EuZW (Europäisches Zeitschrift für Wirtschaft)*, nº 19 (2006), pp. 587-592

TERNER, Perspectives of a European Law of Succession, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 14 (2007) 147–178.