



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Carrillo Pozo, Luis Francisco

El reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del derecho de sucesiones

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LI, núm. 151, 2018, Enero-Abril, pp. 51-83

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2018.151.12289>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42772312002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL REGLAMENTO EUROPEO 650/2012 ANTE EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL DERECHO DE SUCESIONES*

THE EUROPEAN REGULATION 650/2012 AND THE CHANGE OF PARADIGM OF THE SUCCESSION LAW

Luis Francisco CARRILLO POZO**

RESUMEN: El Reglamento Europeo 650/2012 tiene como objetivo —entre otros— favorecer la programación de la propia sucesión en Europa. En este sentido, parece alinearse con las más modernas tendencias del derecho de sucesiones, superando la vieja perspectiva de sostentimiento de las necesidades familiares para dar paso a consideraciones centradas en la autonomía del causante y en la continuidad de las empresas. No obstante, las limitaciones geográficas a las que se ve inevitablemente condenado y las propias opciones en la selección de la ley aplicable comprometen la realización de aquellos objetivos.

Palabras clave: Sucesiones, Unión Europea, conflicto de leyes, planificación sucesoria.

ABSTRACT: *The European Regulation 650/2012 aims, among other goals, encourage the planning of succession in Europe. In this sense, it seems to line up with the latest trends on inheritance law, surpassing the old perspective of sustaining family needs to give way to considerations focused on the autonomy of the *de cuius* and the continuity of businesses. However, geographical constraints that is inevitably doomed and its own choices in selecting the applicable law compromise the achievement of those objectives.*

Keywords: *Successions, European Union, conflict of laws, estate planning.*

* Artículo recibido el 19 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 23 de noviembre de 2017.

** Doctor en derecho por la Universidad de Bolonia. Profesor titular de derecho internacional privado en la Universidad de Gerona, España. El presente trabajo responde a una sugerencia de Miguel Virgos. Permítaseme desde aquí expresar mi reconocimiento a su magisterio amable, humilde, incondicionado. Las leyes y casos citados pueden encontrarse en la página www.lexadin.nl/wlg/.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 151, enero-abril de 2018, pp. 51-83.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. El sistema sucesorio ante una nueva realidad social y económica. III. Los problemas de una ordenada sucesión en perspectiva comparada. IV. El Reglamento sobre Sucesiones. V. Las debilidades del panorama sucesorio y la respuesta del Reglamento. VI. Un apunte final.

I. PLANTEAMIENTO

Algo pasa con las sucesiones *mortis causa*, que van camino de ser algo económico irrelevante. De hecho, no es casual que se haya convertido en lugar común afirmar que las sucesiones voluminosas se ventilan por las normas de derecho mercantil, y las más modestas, por las del civil.

Partamos de un par de datos recogidos en la periferia del sistema: durante los últimos veinte años la recaudación por el impuesto de sucesiones en los países de la OCDE ha oscilado entre el 0.1% y el 0.15% del PIB.¹ Buscando una explicación, y dando por descontando la profusión de bonificaciones y los bajos tipos de gravamen en un entorno de estabilidad legislativa, pero recordando que sin embargo la gente se sigue muriendo más o menos como siempre, la bajada sólo puede obedecer a que se ha reducido el hecho imponible. Segundo: en un documento de trabajo de la Unión Europea publicado en 2009 se ofrecen informaciones sobre número de testamentos otorgados en cada país (registrados o no), número no despreciable —salvo casos puntuales—,² de donde parece lógico inducir la vigorosa tendencia a la intervención, ordenación y atención a las necesidades particulares y una cierta desconfianza hacia el diseño aritmético realizado por el legislador para la sucesión *ab intestato*.

Si pasamos de esas cifras —por supuesto que anecdoticas— al sustento social y económico, comprobaremos que el aumento de la esperanza de vida, las coberturas estatales, el hecho de que las familias no sean un núcleo de producción, sino de consumo, las crecientes inversiones en

¹ En el caso concreto de España supuso en 2015 el 1.7% de la recaudación.

² *Commission Staff Working Document Accompanying the 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 Successions and on the Introduction of a European Certificate of Inheritance. Impact Assessment*, SEC(2009) 410 final, Bruselas, 14 de octubre de 2009. En 2006, la proporción número de testamentos/población era del 16% en Italia, 34% en Francia, 25% en Alemania, 36% en Reino Unido, 8% en España, 1% en Hungría..., p. 56.

educación y alimentos a los hijos, la mayor importancia de la propiedadmobiliaria frente a la inmobiliaria,³ el desplazamiento de la atención alcónyuge viudo cuando antes eran los descendientes los que ocupaban unpapel central... tienen reflejo en la ordenación jurídica del fenómenosucesorio. Ahí se engarzan prevalentemente las reformas de los sistemascíviles, orientadas a aumentar la libertad del causante, flexibilizar la gestiónde la herencia y proteger al supérstite; a su lado hay elementos igualmentenovedosos en el panorama internacional (la manida globalización), quecolocan en un primer plano a las sucesiones con elementos transfronterizos. La cuestión es qué reflejo tienen en la normativa de derechointernacional privado esas tendencias y cómo pone a su servicio sus peculiaresinstrumentos. A ello nos dedicaremos en las siguientes páginas.

II. EL SISTEMA SUCESORIO ANTE UNA NUEVA REALIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA

Se puede hablar de cambio en el paradigma del derecho sucesorio —y simultáneamente de la ordenación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges—⁴ en la medida en que sus normas evolucionan y tratan de ofrecer una respuesta amoldada a los cambios sociales y económicos registrados. Venimos de ordenaciones nacidas en su mayoría hace más de un siglo, en un momento en el que la única forma de atender a las necesidades de los descendientes era la solidaridad intergeneracional. Por eso, la normativa sucesoria se preocupa ante todo por traer al caudal relicto la mayor parte del patrimonio acumulado en vida por el difunto, y asegurar que en su práctica integridad fuera destinado a los hijos, y en todo caso que no saliera

³ Baste un dato: en 2015 los depósitos bancarios en España representaban un 38.6% del ahorro de las familias, y la inversión en bolsa, el 24%. En comparación, la inversión en inmuebles es algo demasiado complejo y costoso, por lo que queda confinada en su mayor parte a la adquisición de la propia vivienda (no en vano, el 25.36% del sueldo). Añádase que el aumento de la esperanza de vida fuerza a buscar formas de ahorro privado que complementen la pensión de jubilación (el 43.2% de las familias).

⁴ En los Estados con un sistema de comunidad se protege al viudo mediante la concesión de intereses durante la vida de su cónyuge. *Cfr.* Scoles E. y Hay, P., *Conflict of Laws*, St. Paul, Minnesota, 1992, p. 822. No se pierda de vista que a medida que la mujer se incorpora al mercado laboral la asignación de recursos que se produce en la liquidación de los gananciales va perdiendo su justificación. Hay más espacio para la autocomposición de intereses, por tanto.

del círculo familiar (legítimas, reservas). No es tanto una cuestión de desconfianza hacia el individuo, sino incapacidad del Estado para subvenir a las necesidades de la población. Pues bien, de ese modelo basado en la acumulación de riqueza y la transferencia intergeneracional como instrumento de continuidad de los negocios jurídicos y para la subsistencia al servicio de unos herederos generalmente jóvenes, apto para colmar las carencias del sistema público de previsión social, con un erario en permanente situación de déficit,⁵ se pasa a un panorama en el que el aumento de la esperanza de vida comporta que cuando se hereda, los hijos del difunto ya están integrados en el mercado laboral, y el viudo o trabaja o percibe una pensión —con lo cual no resulta tan imperativo centrarse en asegurarle una fuente de alimentos—, las formas de organización familiar son más complejas (herederos fruto de diversos matrimonios, no siempre bien avenidos) y el grueso de la riqueza del grupo tiende a transferirse en vida, en forma de alimentos e instrucción.⁶

Los objetivos, por tanto, se han reorientado, desde la solidaridad a la libertad: desaparecida la vieja urgencia, tiene sentido dejar espacio a una cierta *privatización* del derecho de sucesiones —en línea con otros sectores del ordenamiento—, y concretada en la tutela de intereses eminentemente privados.⁷ Los intereses públicos no se borran del todo, pero van más

⁵ González Porras, J. M., *Familia, herencia, sociedad*, Córdoba, 1993, p. 92. En Francia se cambia en 2006 la normativa sobre liberalidades justificándolo en que *les successions ne remplissent plus leur rôle traditionnel d'établissement dans la vie* (informe al Senado, núm. 343, de 10 de mayo de 2006).

⁶ La esperanza de vida en España en 1900 era de algo más de 34 años; en la actualidad está por encima de 81 años. En México se ha pasado en este mismo lapso de 25,4 a 76,72 años.

Precisamente porque los hijos del causante suelen haber alcanzado la suficiencia económica se ha podido potenciar en los sistemas nacionales la posición del cónyuge supérstite. Es lo que se ha definido como paso de formas de distribución de la riqueza en vertical a formas en horizontal: Waal, M. J. de, “A Comparative Overview”, en Reid, K. G. C.; Waal, M. J. de y Zimmermann, R., *Exploring the Law of Succession*, Edimburgo, 2007, p. 7. Sobre la crisis del derecho de sucesiones y el cambio de función remitimos al excelente ensayo de Zoppini, A., “Le successioni del diritto comparato (note introduttive)”, en VV.AA., *Diritto privato comparato*, Bari, 2012, pp. 418 y ss.

⁷ Como pone de relieve Chester, R., se ha pasado de una concepción propia de la sociedad feudal en la que la propiedad de una persona estaba destinada a ser dividida entre sus hijos, en tanto que parte de una familia, a que el sistema jurídico (el angloamericano en su ensayo) deje espacio al antojo del individuo, a veces sin atención a las necesidades

en el sentido de la generación de riqueza y libre desarrollo de la personalidad. O sea:

a. La libertad individual como suprema norma de ordenación de la herencia, merced a la cual se pueden atender finalidades legítimas y dignas de tutela, lícitas en todo caso.⁸ De este modo, dispondrá el propietario de mayor margen de movimientos y podrá intervenir si lo desea en la planificación de su sucesión, atendiendo así a otros objetivos diferentes a la mera subsistencia de los hijos. Entrarían aquí consideraciones como la fluidez en la transferencia, la evitación de conflictos entre los herederos,⁹ la maximización del beneficio mediante la asignación de cuotas sociales a quienes estén en mejores condiciones de gestionarlas, la atención a necesidades concretas y específicas (por ejemplo, el viudo, el hijo con alguna discapacidad), el control de la empresa familiar por parte del grupo, el mantenimiento de la unidad de las explotaciones, el ahorro fiscal...¹⁰

El ordenamiento jurídico acompaña esos objetivos y avanza hacia la contractualización y la ampliación de la autonomía individual.¹¹ La tendencia en Europa es disminuir la protección a los parientes. La idea básica es que uno puede disponer con libertad de su patrimonio, transfiriendo la propiedad por los más variados cauces, en la presuposición de que la

familiares: "Freezing the Heir Apparent: A Dialogue on Postmortem Conception, Parental Responsibility, and Inheritance", *Houston Law Review*, 1996, p. 1024.

⁸ Una sistematización de los objetivos usuales en Palazzo, "Le successioni", en Iudica/Zatti (eds.), *Trattato di diritto privato*, vol. I, Milán, 1996, pp. 56 y ss.

⁹ No es raro el fenómeno de sucesiones cuantiosas, pero en las que no hay liquidez, donde los herederos deben permanecer en la indivisión durante más tiempo del conveniente, y las operaciones participionales son, en ausencia de dinero con el que hacer lotes homogéneos, complejísimas.

¹⁰ No puede ser calificada como fraudulenta la opción —de entre todas las ofrecidas por el derecho— por la fórmula fiscalmente más barata (a juicio del particular) de transferencia de los bienes. El fundamento puede encontrarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad: Coderch, P. Salvador; Azagra Malo, A. y Fernández Crende, A., "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos", *Indret*, 2004, núm. 3, p. 23.

¹¹ Un rápido repaso de la evolución en este sentido de los ordenamientos francés e italiano, tradicionalmente hostiles a los pactos sucesorios, en Fusaro, A., "Uno sguardo comparativo sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa", *Ricerche giuridiche*, 2013, pp. 353 y ss. En el sentido opuesto, Lamarca Marqués, A., "We are not Born Alone and We do not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship", *Onati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 2 (2014), pp. 272-275, en particular.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, pp. 51-83.

familia dispone de recursos. Único límite, que como consecuencia de ello no se generen situaciones de pobreza de los residentes en el foro.¹² A partir de ahí, si aceptamos que el derecho de sucesiones no es parte ni corolario del derecho de familia —sin perjuicio de que existan regímenes especiales de transmisión vertical para algunos bienes, porque es tributario de alguno de sus fines— sino esencialmente patrimonial, podemos concluir que su objeto es disciplinar la ordenada atribución y responsabilidad del patrimonio del difunto. La perspectiva predominante es la de la propiedad, y por lo tanto en los ordenamientos nacionales asciende a un primer plano el objetivo de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas, la seguridad del tráfico, con su coda que es la asignación de recursos a quien esté en condiciones de maximizar el beneficio. El proceso sucesorio inevitablemente implica un corte (muy claro en los sistemas anglosajones de administración organizada), con riesgo de pérdidas económicas, al que reacciona el legislador admitiendo la mayor variedad de pactos en vida entre los herederos (respecto a las consecuencias patrimoniales de la sucesión), recurriendo a institutos como el acrecimiento o la representación, o regulando profusamente la suerte de las herencias vacantes.¹³ En definitiva: evitar cargas a la hacienda pública y garantizar la continuidad en la titularidad de los derechos reales y en la ejecución de los contratos.

b. Los intereses públicos. El Estado sigue teniendo interés en no verse forzado a gastar en beneficiencia, y por eso existen las cuotas reservadas. He aquí la gran amenaza a los mencionados objetivos expresión de la libertad individual. Restricciones a la libertad del causante son conocidas —por lo que a mi conocimiento alcanza— en todos los ordenamientos jurídicos, ya como condicionante previo de cualquier negocio jurídico ya como facultad judicial de ajuste discrecional y *a posteriori*. Que el legislador nacional es consciente de su obsolescencia —cuando no de su crisis— queda acreditado por unos pocos ejemplos, elocuentes de la evolución normativa reciente, expresivos de que sirven para el mantenimiento de quien lo necesite y de que quedan subordinadas a la integridad del patri-

¹² Que los residentes no sean una carga social por falta de recursos ocasionados por sustitutivos sucesorios: Schoenblum, J., “Choice of Law and Succession to Wealth: A Critical Analysis of the Ramifications of The Hague Convention on Succession to Decedents’ Estates”, *Virginia Journal of International Law*, 1991, pp. 83 y ss.

¹³ Maniaci, A., “Autonomia privata e successioni *mortis causa*”, *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 766.

monio: las legítimas en Noruega ascienden a dos tercios de la herencia, sin que puedan superar un importe de unos 150,000 euros aproximadamente (es claro que la cantidad se va actualizando); en los sistemas aragonés y vizcaíno se ha reducido su cuantía; se avanza en su conceptualización como *pars valoris*, posibilitando el pago con dinero extrasucesorio y evitando así el fraccionamiento del patrimonio (*v. gr.*, artículo 1056, CC español); en Louisiana se les reserva a los menores de veintitrés años o hijos con un hándicap físico o psíquico; en Rusia son legitimarios quienes no puedan trabajar (artículo 1149, CC);¹⁴ dependencia del causante e incapacidad para trabajar caracterizan a los herederos especialmente protegidos en el artículo 493 CC cubano; en Francia hemos asistido en los últimos años a una verdadera revolución, en 2001 para mejorar la posición del viudo y en 2006 para admitir formas de transferencia muy parecidas a los contratos sucesorios (la renuncia a reclamar la legítima, la donación partición), prohibidos aún;¹⁵ no suelen suscitarse objeciones de orden público frente a ordenamientos extranjeros que no conocen las legítimas tal y como las concibe el propio foro;¹⁶ ha ido desapareciendo la tradicional desconfianza o prohibición de adoptar cuando hubiera hijos biológicos...

Porque el derecho de sucesiones conserva elementos restrictivos (también a nivel procesal), ha sido necesario acudir a fórmulas de transferencia del patrimonio al margen de sus cauces, o sea, el *estate planning*.¹⁷

c. Excuso: lo que no deja de ser una seria molestia cuando se trate de patrimonios estándares se convierte en una tragedia cuando en el caudal relieto aparece una empresa, en la medida en que si es el único o prin-

¹⁴ Recogemos los ejemplos de Henrich, D., “Autonomía testamentaria v. successione necessaria”, *Familia*, 2001, pp. 415 y ss. y de Pérez Simeón, M., “La legítima en el Código Civil ruso. Un análisis histórico y comparado”, *Indret*, 2016-1, pp. 9-12.

¹⁵ Braun, A., “Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts”, en Zimmermann, R., *Freedom of Testation/Testierfreiheit*, Tübinga, 2012, pp. 68 y ss.

¹⁶ Dutta, A., “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 582.

¹⁷ Este es un estudio de derecho privado. El componente fiscal no puede deslumbrar, porque no hay nada tan cambiante como su disciplina fiscal, de modo que una planificación que piense sólo en esos términos tendrá que ser reajustada varias veces antes de que produzca efectos, con lo que el coste de elaborarla crece desproporcionadamente, sin olvidar que cualquier intento de elusión va a toparse con la lucha contra el fraude o el abuso fiscal.

cipal bien y son varios los legitimarios puede terminar inexorablemente dividida. Permítaseme traer a colación en este punto el conocido como *Buddenbrooks principle*, según el cual una fortuna llega como mucho hasta la tercera generación. Esto es lugar común cuando se habla de las empresas familiares: el derecho de sucesiones (léase cuotas obligatorias), las disputas internas, los diversos intereses de los herederos (los que quieren continuarla, los que sólo pretenden obtener rentabilidades, los que se implican en la gestión), la dilución de los valores que inspiraron su nacimiento, contribuyen a esa extinción, y con ello el medio de vida de un grupo familiar y la desaparición de los puestos de trabajo. Sobre las ambiciones personales no se puede incidir más que estableciendo un sistema de incentivos que las condicionen, pero sobre lo jurídico sí. Un ejemplo es Giovanni Agnelli & C., sociedad comanditaria por acciones nacida en 1987 cuyo objeto, tal y como viene definido estatutariamente, es la asunción de intereses y participaciones en otras sociedades o entes italianos y extranjeros, la compraventa, la tenencia, la gestión y la colocación de títulos públicos y privados, italianos y extranjeros, y la compraventa, permuta, posesión, gestión y administración de bienes inmuebles.¹⁸ ¿Cómo se logra controlar y mantener la sociedad? Básicamente con instrumentos del derecho de sociedades que la cierran a terceros. Aparte los aspectos de gestión, en lo que nos interesa en este trabajo, se prevé que en las transmisiones de acciones *mortis causa* se conceda a los socios supervivientes una opción de adquisición de las acciones dejadas al heredero.

En suma, la armonización de esos intereses se resuelve en derecho civil en la ampliación de la autonomía del causante, la predisposición de reglas claras y la admisión de cauces parasucesorios de transmisión de la riqueza (con el consiguiente no cuestionamiento generalizado de lo hecho válidamente en vida), con paulatina reducción —o incluso supresión— de cuotas forzosas. Si el sistema sucesorio costriñe o es ineficiente, lo mejor será eludir en lo posible los mecanismos de traspaso *post mortem* contemplados por el legislador, y eso se hace de dos formas (que no se

¹⁸ Weigmann, R., “L’accomandita per azioni come cassaforte familiare”, en VV.AA., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padua, 1995, pp. 139 y ss. Una somera descripción del caso alemán en Krause, R., “International Family Business Succession Planning. Recent Developments in Germany and Spain”, *Berkeley Program in Law and Economics*, 2009.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

excluyen mutuamente):¹⁹ reduciendo el caudal relicto con mecanismos sustitutivos a los sucesorios y utilizando los instrumentos sucesorios más ajustados a las propias necesidades (y ahí el testamento sigue siendo un poderoso instrumento de programación). De todas formas, la experiencia enseña que no suele haber choque entre la libertad individual y la atención a la familia, y en los régimenes más liberales las atribuciones suelen hacerse en favor de los descendientes. El análisis de las sucesiones en Estados Unidos demuestra que la mayor parte de las veces se distribuye el patrimonio por partes iguales entre los hijos. Ahora bien, no sería serio aducir a partir de aquí que cualquier pretensión de introducir un sistema flexible carece de fundamento desde el momento en que los resultados son los mismos que se logran con el de reservas, porque para conseguir distribuciones eficientes en los sistemas continentales se tienen que invertir más recursos que en los modelos flexibles.²⁰ La partición se convierte en un terreno minado: para pagar las legítimas a veces hay que vender otros bienes, aunque las condiciones de mercado no sean las mejores: las restricciones y los límites a la disponibilidad reducen el valor intrínseco de los bienes porque los sacan del mercado, y sólo se justifican si el beneficio social supera ese coste, cosa que en su momento pudo ser cierta (supervivencia), pero que al día de hoy es discutible.

¹⁹ Como pone de relieve Langbein, J. H., cuando el típico sujeto adinerado fallece, *leaves a will and many will substitutes*; “The Non Probate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Review*, 1984, p. 1115. El derecho de sucesiones es residual en cuanto que se aplica al caudal relicto que quede tras la distribución de los bienes cuyo destino está predeterminado por la ley y una vez han entrado en juego los *will substitutes*: *Cfr.* Zoppini, A., “Le successioni nel diritto comparato...”, *cit.*, p. 426; en el mismo sentido —en el plano conflictual—, Boulanger, F., “Codifications nationales et Convention de La Haye du 1er août 1989: l'improbable unification du droit international des successions”, en VV.AA., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, 2005, p. 166. La razón es clara: siendo la sucesión el proceso de sustitución de un sujeto por otro en las relaciones jurídicas, las preexistentes siguen teniendo su propia ley: Balladore Pallieri, G., *Diritto internazionale privato italiano*, Milán, 1974, pp. 263 y ss.; Borrás Rodríguez, A. y Borrás Rodríguez, J. D., “Spain”, en Hayton, D. (ed.), *European Succession Laws*, Bristol, 2002, pp. 431 y ss. Una presentación general de los puntos de fricción de los diversos sectores en Ballarino, T., “Successioni (dir. int. priv.)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. LXIII, 1990, p. 1272.

²⁰ Bouckaert, B., “The Post Mortem Homo Economicus: What does he tell us?”, en Castelein, Ch.; Foqué, R. y Verbeke, A. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society*, Antwerp, Portland, 2009, p. 100.

En otro orden de cosas, se habla con reiteración de la incidencia de la revolución de los tipos de familia en el sistema sucesorio. Ciento que existen multitud de familias recomuestas y monoparentales, se abre camino el fenómeno de los matrimonios entre personas del mismo sexo, se recurre a la inseminación artificial o a los vientres de alquiler..., pero esto en nada afecta a la mencionada disciplina sucesoria una vez que se admite (y en esto pocas vacilaciones existen) la igualdad de los hijos, y que el divorcio provoca la *desaparición* del antiguo cónyuge del panorama. Otra historia es la incidencia de estas situaciones complejas en las operaciones de administración y partición, como se apuntó; pero esto no es nada cualitativamente nuevo o desconocido en relación con necesidades ya sentidas, que llevaron al legislador a arbitrar soluciones específicas para salvaguardar la paz de la comunidad de herederos (*v. gr.*, pago en metálico a los hermanos de vínculo sencillo o a la viuda en caso de segundas nupcias).

III. LOS PROBLEMAS DE UNA ORDENADA SUCESIÓN EN PERSPECTIVA COMPARADA

Demos un paso más y coloquémonos en el plano del derecho internacional privado. Los movimientos de población, la libre circulación de capitales, las facilidades para invertir en otros países, han dibujado un panorama en el que no es raro que las sucesiones toquen a más de un sistema jurídico. En tal coyuntura, de cara a un hecho absolutamente cierto como es la propia muerte, el derecho de sucesiones puede llegar a ser un semillero de peligros/sorpresa: la ley determinada por el foro competente dispondrá la suerte de los bienes que forman el caudal relict, y los repartirá según los criterios retenidos justos por el legislador, criterios que responden a la experiencia y que plasman (o imputan) la voluntad presunta de un propietario, pero que beben de las peculiares necesidades de organización económica y social del grupo. De cara a la ordenación patrimonial, es crucial, por tanto, saber cuál es el derecho regulador de la propia sucesión; pero probablemente no exista un sector de la realidad donde haya más disparidades jurídicas, de manera que al final todo depende del sistema de referencia. La afirmación de competencia judicial de unos tribunales no excluye la competencia concurrente de otros; los criterios de reparto de un ordenamiento no son compartidos por los demás; los documentos públicos emanados en un Estado no tienen garantizada su eficacia transfronteriza; las resoluciones judiciales

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

no son universalmente reconocidas y ejecutadas. El riesgo de que una sucesión se convierta en tantas sucesiones como países implicados no es despreciable, pues. Distintos ordenamientos, diversos principios estructurales, eventualmente contradictorios: la llamada cuestión inglesa, suscitada en el siglo XIII por Jacques de Révigny, ilustra bien el problema: un individuo tiene dos inmuebles de similar valor, uno en Francia y otro en Inglaterra, y dos hijos. Dispone que cada uno de los hijos se quede con un inmueble. El hijo al que se le ha atribuido el bien inglés puede reclamar la mitad del inmueble francés, en virtud del ordenamiento del lugar de situación que conoce la existencia de legítimas, mientras que el otro hijo no podrá reclamar parte alguna del inmueble inglés, dado que en el derecho inglés no existen las reservas forzosas. O se intenta realizar una coordinación que desde un foro aislado mire por encima de los ordenamientos estatales (tropezando con innegables dificultades de ejecución) o se acepta el riesgo de enriquecimientos injustificados (desde la perspectiva de un sistema jurídico y en consideración a la voluntad del causante).²¹

La única respuesta posible es la coordinación interestatal, claro. No hay forma de asegurar el imperio de criterios unívocos y la continuidad de soluciones si no es desde el acuerdo. Pero el limitado alcance de los instrumentos normativos específicamente sucesorios existentes no augura una respuesta coherente y exhaustiva a esos problemas: sólo el convenio de La Haya de 1961 sobre forma de las disposiciones testamentarias —cuya aplicabilidad queda salvaguardada por el artículo 75, RS— ha tenido éxito; pero tampoco es demasiado relevante si retenemos que los grandes problemas no son formales —*rectius*, esto es lo de menos—.²² Los demás no han conseguido demasiadas ratificaciones hasta el momento:²³ el convenio de La Haya sobre ley aplicable a las sucesiones fue ratificado sólo por Holan-

²¹ Cuando uno de los ordenamientos en presencia adopta una perspectiva universalista y trata de imponer un reparto igualitario, la necesidad de adaptación es simplemente indiscutible. Contra, Torralba Mendiola, E. C., “Procedimiento sucesorio internacional. Reflexiones sobre ley aplicable y el paradigma concursal”, *Anuario de Derecho Civil*, 2008, p. 1337. Una refutación de sus afirmaciones se puede encontrar en los ejemplos de la p. 1339.

²² Por eso para Langbein, J. H., que escribe desde y para un sistema de anglosajón, lo testamentario queda reducido a la forma (“The non Probate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Review*, 1984, p. 1129 y 1135), y por eso asevera que los sustitutivos tratan de evitar el *probate*, no la normativa sobre testamentos.

²³ Un repaso de los trabajos desarrollados desde finales del siglo XIX, en Rodríguez Benot, A., “La superación de las divergencias en los principios de solución del derecho

da. Antes se había llegado al convenio de La Haya de 1973 sobre administración internacional de sucesiones, al del Consejo de Europa de Basilea de 1972 sobre registro de testamentos, al de Washington de 1973 sobre testamento internacional, y a instrumentos sectoriales donde ocupa un papel relevante el convenio sobre el *trust*.²⁴ Todos han sido un fracaso más o menos sonado. A falta de mayor unificación o armonización de los derechos sustantivos, los exitosos (forma y registro) comportan la garantía de la casi práctica imposibilidad de declarar la nulidad de un testamento por motivos de forma (aunque subsisten las dudas de calificación) y la obligación de los Estados signatarios de introducir en sus ordenamientos, instrumentos adecuados de información.²⁵ En este contexto, adquiere especial valor el Reglamento europeo 650/2012, sobre el que volveremos en seguida.

De modo paralelo a lo visto *supra* en perspectiva civilista, cuando la disciplina sucesoria se convierte en una fuente de incertidumbres e impone múltiples restricciones, se generan incentivos para huir, que en la disciplina conflictual se proyectan en dos sentidos:

Implementar formas de huida (adquiriendo una nacionalidad, trasladando un patrimonio o unos bienes singulares o la residencia habitual de una persona para colocarse bajo el paraguas del ordenamiento deseado), tanto mayores cuanto menor sea el margen de libertad permitido, y más alta la facilidad de desplazamiento de bienes y/o personas. En el plano teórico ésta es absoluta, al menos en el marco territorial europeo (otra cosa es que realmente sea factible), pero no fuera de él. Y si a pesar de todo se ponen en práctica tales huidas, permanecen como límite general expedientes como el fraude a la ley y las reservas en favor de los ciudadanos propios, que operan al margen del derecho aplicable. En ese sentido, se espera que el sistema de derecho internacional privado no perturbe la realización de los objetivos tantas veces referidos, no elevando barreras (o sea, facilitando la huida), no predisponiendo normas internacionalmente imperativas (que el sujeto no quede “atrapado por su pasado”), aportando

conflictual sucesorio”, en VV.AA., *Hacia un derecho conflictual europeo. Realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, pp. 122 y ss.

²⁴ En vigor en Estados de tradición continental como Italia, Luxemburgo, Mónaco, San Marino, Liechtenstein, Holanda o Suiza.

²⁵ Recuérdese que en el ámbito de la OEA no existe instrumento convencional alguno en la materia, y ni siquiera se aplica la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

certeza. Todo lo cual pasa por el establecimiento de reglas precisas, claras, y por permitir la determinación *ex ante* de la ley aplicable.

Planificar, usando instrumentos sucesorios o no.²⁶ Dada la extraordinaria variedad de fórmulas que aquí caben,²⁷ es imposible someterlos a una sola y misma ley. Pero como su disciplina viene ya establecida en el momento de la apertura de la sucesión, cabe esperar del método conflictual que no interfiera en ella.

IV. EL REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES

El Reglamento europeo 650/2012 sobre sucesiones *mortis causa* es un intento regional de lograr aquellos objetivos. Con la mirada puesta en la libre circulación de personas y en la remoción de trabas a la movilización de la riqueza, pretende aportar seguridad en cuanto al control del destino de los propios bienes. En un espacio como el europeo sólo era posible irrumpir en este ámbito invocando las grandes libertades, sin pretensiones de mayor alcance: las disparidades entre las normativas sustantivas son normales, y admitidas como lo más natural en el Tratado de funcionamiento de la UE (artículos 67 y 81). Constituyen un instrumento para el desenvolvimiento de los intereses individuales y un estímulo para el legislador que quiera atraer inversiones. Pero sí que puede ser un obstáculo a los desplazamientos personales la incertidumbre resultante de las diferencias a nivel conflictual.²⁸ Por ello, en lugar de limitar la unificación al reconocimiento y ejecución de decisiones, que

²⁶ Incluyase entre las formas de programación la de Eugene Lang cuando destinó su fortuna a filantropía y desheredó a sus tres hijos: “To me inheritance dilutes the motivation that most young people have to fulfill the best that is in them. I want to give my kids the tremendous satisfaction of making it on their own”. En la misma línea se mueve el proyecto Giving Pledge, en el que las mayores fortunas del planeta se comprometen a donar, en vida o no, más de la mitad de su patrimonio con fines filantrópicos.

²⁷ Extensamente, Talpis, J., “Successions Substitutes”, *Recueil des Cours*, vol. 356 (2011).

²⁸ Una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales, en particular la libertad de movimiento de capitales y de establecimiento: *cfr.* Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission’s Proporsal 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*, 2010, p. 8. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (publicado también en *RabelsZ*, 2010).

pasaría por la remoción previa de aquellos obstáculos que hagan inadmisibles tales decisiones (nada diferente a lo que se viene haciendo desde 1968), se ha tenido la ambición de asegurar que todos los tribunales europeos van a dar idéntica respuesta a una controversia sucesoria. El legislador reconoce en el considerando 7, que en el espacio europeo de justicia es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión, que es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de herederos y legatarios, de las personas próximas al causante y los acreedores de la herencia. A tal efecto se introducen cuatro grupos de normas: *a*) sobre competencia judicial internacional, construida en un primer nivel en torno a la atribución del conocimiento de los litigios en la materia a los tribunales de la última residencia habitual del causante; *b*) en cuanto a la ley aplicable, la idea se repite, reclamando la aplicación de la ley de la última residencia habitual del causante o la que presente los vínculos más estrechos, salvo que ése hubiera elegido la de su nacionalidad; *c*) sobre eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales, articulando un sistema de reconocimiento automático y una ejecución en la que casi desaparece la posibilidad de formular objeciones;²⁹ *d*) por último, se crea un certificado sucesorio europeo, con eficacia probatoria y de legitimación de la propia condición.

El esfuerzo de gestación ha sido enorme, pero años de trabajo han desembocado en una unificación modelo queso gruyère, en la que ni participan todos los Estados ni ofrece soluciones unívocas. El tiempo dirá si el coste del cambio normativo queda compensado por sus ventajas; pero hoy por hoy subsiste la incertidumbre en cuanto a su capacidad para satisfacer los objetivos marcados en el precitado considerando, que —no se olvide— colocan a la libertad individual en un papel central.

V. LAS DEBILIDADES DEL PANORAMA SUCESORIO Y LA RESPUESTA DEL REGLAMENTO

Sin pretensiones de exhaustividad, podemos apuntar los siguientes problemas (en la dimensión internacionalprivatística): *a*) falta de sintonía en las regulaciones de competencia judicial internacional; *b*) la pérdida de la visión de conjunto; *c*) la maleabilidad y mutabilidad en el tiempo de los criterios de competencia judicial y de conexión; *d*) una buena parte de las transferen-

²⁹ Valga lo dicho, *mutatis mutandis*, para transacciones y documentos públicos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

cias de bienes se hacen por canales no sucesorios; incertidumbre en cuanto a los actos realizados en vida; *e*) existencia de barreras de salida imprecisamente delineadas (fraude de ley); *f*) falta de coherencia entre las respuestas *ad extra* y *ad intra* en los Estados plurilegislativos; *g*) descoordinación con la normativa sobre efectos patrimoniales del matrimonio; *h*) déficits de conocimiento de las disposiciones testamentarias; *i*) distorsiones provocadas por ordenaciones protectoras de los nacionales y/o residentes (*prélèvement*). Seguidamente seleccionaremos los que a nuestro juicio son más relevantes, para ver cómo los afronta el RS, y comprobar lo más o menos ajustado de su respuesta a las necesidades, objetivos y realidades más arriba descritos.

1. Falta de sintonía en las regulaciones de competencia judicial internacional. El problema típico es el de un beneficiario que identifica un tribunal que le resulta propicio para obtener una atribución patrimonial, intentando con ello obtener ventajas en el foro y/o constituir un obstáculo a la eficacia de eventuales resoluciones extranjeras sobre el mismo tema y proyectadas sobre el mismo objeto. Son dos, por lo tanto, los momentos procesales relevantes en los que había que incidir: litispendencia y *exequatur*. La única posibilidad real de obtener una respuesta unívoca a las controversias sucesorias pasa por poder impedir que un mismo litigio se desenvuelva en dos tribunales distintos y que la resolución dictada por un juez sea reconocida —y ejecutada en su caso— en los demás foros (o sea, lo que no hizo el convenio de La Haya de 1989).³⁰ Pero sobre una misma sucesión pueden ser competentes diversas jurisdicciones (los tribunales del lugar de fallecimiento, los de situación de los bienes, los de los herederos, los de última residencia del causante, los de su nacionalidad, los que resulten necesarios para no lesionar el derecho de acceso a la justicia...). Hay sistemas en los que se reclama la competencia exclusiva para la ordenación de la sucesión de los inmuebles situados en el propio territorio (Argentina o Rusia, por ejemplo) y otros, como el instaurado por el RS, que como principio atribuyen competencia para conocer del conjunto del patrimonio con independencia del lugar de su situación. No existiendo convenio multilateral alguno que discipline de manera uniforme la competencia judicial en esta materia, cada tribunal estatal aplicará sus propias normas

³⁰ La conferencia tenía que haber empezado por fijar unos criterios de competencia judicial. *Cfr.* Boulanger, F., “Codifications nationales et Convention de La Haye du 1er août 1989: l'improbable unification du droit international des successions”, en VV.AA., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, 2005, p. 167.

procesales (con el peligro de que surjan conflictos positivos y negativos de competencia), y como colofón su propio sistema de normas de conflicto, con lo que el riesgo de resoluciones inútiles y respuestas inconciliables es evidente.³¹ Sólo si las diversas leyes estatales utilizaran idéntico criterio de conexión y existiera una regla compartida sobre apertura de la sucesión (un único y mismo lugar para el desarrollo de las operaciones, una misma ley) se evitaría absolutamente el riesgo de contradicciones; como no es el caso, hay que confiar en la contención unilateral del sistema de competencia judicial internacional y en las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones.³² Tampoco existen instrumentos preventivos de coordinación (litigiosidad y conexidad internacional en particular) y de reconocimiento y ejecución de decisiones, ni a nivel global ni al de los convenios bilaterales.³³ La consecuencia final es que nada asegura la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales o de los documentos públicos en cuestión de sucesiones (así, los países citados no reconocen decisiones relativas a sucesiones que afecten a inmuebles situados en su territorio), y por elevación surgen los “paraísos sucesorios” (dimensión sólo judicial).³⁴

³¹ Ocurre algo peor que generar incentivos a la litigiosidad (que a largo plazo no se generan), y es que en los tribunales que se consideran competentes para conocer de toda la sucesión con independencia del lugar de situación de los bienes se obtienen con frecuencia resoluciones internacionalmente ineficaces.

³² Probablemente haya sido Vitta, E. quien con mayor acierto ha sabido poner en el centro del razonamiento la dimensión procesal: *Diritto internazionale privato*, vol. III, Turín, 1975, p. 119.

³³ Ejemplo: no pocos convenios bilaterales suscritos por España excluyen la materia sucesoria. Así, los convenios con Israel de 1989 (artículo 1.2.a, aunque el alcance de la exclusión, que habla de cuestiones de *propiedad* derivadas de testamentos y sucesiones, no parece absoluto), con Brasil de 1989 (artículo 16.c), con Bulgaria de 1993 (artículo 18.3), con Marruecos de 1997 (artículo 22.2.a), con Rumania de 1997 (artículo 2.b), con El Salvador de 2000 (artículo 1.2.b) y con Túnez de 2001 (artículo 16.a).

³⁴ El panorama en derecho comparado es inquietante. En Inglaterra no consta que se haya ejecutado una sola decisión sobre la base de un convenio bilateral. En Dinamarca —y Finlandia antes del RS— sólo se reconocen las decisiones procedentes de países escandinavos. Nueva York se ha convertido en un refugio oficial frente a normativas extranjeras que prevén una cuota obligatoria en favor de algunos herederos: como se permite elegir la ley del Estado para la sucesión de los bienes situados en su territorio, basta con introducir una cláusula de elección para hacer inatacables las transacciones sometidas a su ordenamiento, sea mediante sustitutivo testamentario, sea mediante testamento. Otro tanto digase respecto a la ley de Florida, que somete a su ley los depósitos bancarios en su territorio. En Bahamas los artículos 8o., 9o. y 10 de la Trust (Choice of Governing Law)

El RS soluciona lo que puede solucionar, que es poco. La discontinuidad existe incluso dentro del espacio común: no es sólo que su ámbito territorial de eficacia sea limitado (quedan al margen las sucesiones con elementos situados en Estados terceros; dentro de la UE, ni Dinamarca ni Reino Unido³⁵ ni Irlanda participan en él);³⁶ es que se dejan espacios a la discrecionalidad y a la confusión (competencia limitada a los bienes situados en el foro, artículo 10; *forum necessitatis* —competencia basada en la proximidad razonable, artículo 11—; posibilidad de no pronunciarse sobre los bienes situados en un Estado tercero, artículo 12). Sin perjuicio todo ello del tenor del artículo 4o. (*vid. infra*), y de que una gran parte de las sucesiones se solventan ante los notarios, que por no ejercer funciones jurisdiccionales (artículo 3.2) no quedan vinculados por las normas de competencia del RS. Y se echa en falta algo tan fundamental como la posibilidad de que el causante pueda elegir el tribunal ante el que daban dirimirse los conflictos entre sus sucesores o que los sucesores lo hagan en su defecto. A lo más que se ha llegado es permitir a los interesados en la herencia someterse al tribunal del Estado cuya ley haya sido elegida por el testador, con lo que por muy unánime y razonable que sea el acuerdo de los sucesores, a falta de *electio iuris* no hay pacto que valga. Lo único que puede hacer es introducir incentivos indirectos (*v. gr.*, cautelas de opción

Act, de 1989, aíslla el *trust*, al *trustee* y a los bienes transferidos, a un *trust* frente a acciones en reducción o *clawback* de los herederos reservatarios al amparo de la *lex successionis* o frente a decisiones judiciales extranjeras. Idéntica inmunidad de los *trusts* sometidos a su ley frente a pretensiones basadas en las cuotas reservadas por cualquier otro ordenamiento en los sistemas de las Islas vírgenes británicas (Trustee (Amendements) Act de 1993 y 2003), las islas del Canal (Gernsey y Jersey), las islas Cook o las islas Caymán. *Vid. Spirou, C. D. C., “Une lacune du droit civil: le trust. Un example: le trust à Cayman”, Revue hellénique de droit international*, 1992, pp. 195 y ss. y en Hayton, D., “The Significance of the Hague Conventions on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective”, en Borrás y otros, *E Pluribus Unum. Libro homenaje a G. A. L. Droz*, La Haya, 1996, pp. 121 y ss.

³⁵ Esto es muy importante: informa el Instituto Nacional de Estadística español, que en 2011 el número de británicos residentes en España era de 365,596 personas, y la tendencia es creciente. Población de edad avanzada, además, que atraída por el clima benigno y la calidad del servicio de salud se concentra en Valencia, Andalucía y las islas.

³⁶ La inercia es una fuerza muy poderosa. La respuesta del gobierno del Reino Unido al libro verde sobre sucesiones y testamentos advertía de que “any European instrument must not: limit the operation of the principle of freedom of testamentary disposition or affect the operation of the rules of intestacy; change the court based system of probate and the associated office of executor; interfere with the use of trusts, joint tenancies or life policies; or adversely affect the working of the national land registration or tax law systems”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, pp. 51-83.

compensatoria), siempre dentro del margen tolerado por la *lex causae*. Y en todo late una duda, que es la identificación de quiénes son esos interesados, concepto en el que en buena lógica deberían entrar también los presuntamente preteridos a la luz de algún ordenamiento con vocación de aplicabilidad, al menos mientras no se dicte sentencia sobre el fondo, con lo que nos colocamos en un bucle sin salida. Quiebra incluso en el espacio europeo, pues el esfuerzo por poner en pie un sistema acomodado a la infraestructura real, la base económica, las libertades antes mencionadas.

2. La pérdida de la visión de conjunto. Bastaría remitir a lo expuesto más arriba sobre la cuestión inglesa. Existe un problema de base, porque los derechos sustantivos difieren en grado sumo; sobre esto no hay mucho que añadir.³⁷ En este sector el diablo no está sólo en los detalles, sino que lo invade todo,³⁸ y sólo hay una cosa en la que todos están de acuerdo, y es que la libertad testamentaria no es absoluta en ningún país, de modo que la búsqueda de la mayor realización personal no puede hacerse por la simple vía de transferir el domicilio a un país de *common law*. A ese problema de base se superpone la existencia de sistemas enfrentados a nivel conflictual (escisión, unidad) que no garantizan en absoluto respuestas homologables ni omnicomprensivas, así como la incomunicación de las masas predicada por el modelo escisionista. Añádanse las normas de conflicto que decretan la aplicación de la ley del foro a los bienes situados en

³⁷ Algo tan aparentemente nimio como la naturaleza de las legítimas, por ejemplo, tiene una transcendencia determinante cuando se trate de programar la sucesión: si el legitimario no es heredero y sólo tiene un derecho de crédito frente al heredero, el testador dispone de amplio margen para distribuir sus bienes, sin verse constreñido a fraccionar el patrimonio. Tal es la concepción del ordenamiento catalán, y fuera de España en el BGB o en el *Code* francés después de la reforma del derecho de sucesiones del 23 de junio de 2006. Los que la conciben como *pars bonorum* condenan al fraccionamiento.

Ulterior consecuencia es la legitimación para pedir la división judicial del patrimonio, reconocida en España a los herederos y legatarios de parte alicuota (artículo 782.1 LEC): en función de la forma en la que se haya de pagar la legítima, habrá legitimarios que puedan instarla y otros a los que les esté vedada; otro tanto dígase del cónyuge viudo. Sobre este tema *vid.* Torres García, T. F. y Domínguez Luelmo, A., “La legítima en el Código Civil (I)”, en VV.AA., *Tratado de legítimas*, Barcelona, 2012, pp. 24 y ss.

³⁸ Droz, G. A. L., “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, 229 (1991-IV), p. 224. Niega en cambio la transcendencia de tales diferencias (sin demasiado apoyo en datos, a mi juicio) Carrascosa González, J., “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 12, y los autores citados en las notas.

el propio territorio, con lo que se cierra —otra vez— el círculo del paraíso sucesorio.³⁹

Este no es un problema que se pueda resolver desde una instancia jurídica aislada; la UE ha hecho lo único que puede hacer, que es atender a los problemas domésticos adoptando una solución universalista y unitaria, lo que en un mundo y un sector como el descrito más arriba es bastante poco: cada vez que en un conflicto exista un elemento extraño a la Unión, toparemos con soluciones incompletas. En realidad, estamos ante un conjunto de casos muy parecidos a los concursos internacionales (patrimonio de un único titular, dispersión patrimonial, “acreedores” diversamente tutelados por los ordenamientos en presencia; no en vano la respuesta reglamentaria discurrió en paralelo a la del viejo reglamento 1346/2000).⁴⁰ Probablemente habría sido bueno incorporar normas de cooperación judicial con Estados ajenos a la UE, teniendo como norte los derechos individuales, pero tomando como punto de partida la reciprocidad.

³⁹ En Nueva York se alcanza esta solución por vía jurisprudencial (Schoenblum, J., *Multistate and Multinational Estate Planning*, Chicago, 2010, pp. 12 y ss.). Para los depósitos bancarios el capítulo 655.55 del título XXXVIII de los *Florida Statutes* dispone lo siguiente: “Law applicable to deposits in and contracts relating to extensions of credit by a deposit or lending institution located in this state. (1) The law of this state, excluding its law regarding comity and conflict of laws, governs all aspects, including without limitation the validity and effect, of any deposit account in a branch or office in this state of a deposit or lending institution, including a deposit account otherwise covered by s. 671.105(1), regardless of the citizenship, residence, location, or domicile of any other party to the contract or agreement governing such deposit account, and regardless of any provision of any law of the jurisdiction of the residence, location, or domicile of such other party, whether or not such deposit account bears any other relation to this state, except that this section does not apply to any such deposit account: (a) To the extent provided to the contrary in s. 671.105(2); or (b) To the extent that all parties to the contract or agreement governing such deposit account have agreed in writing that the law of another jurisdiction will govern it”. En el párrafo segundo se dice lo mismo respecto a los contratos de concesión de crédito. Normas específicas de protección de los *trusts* existen en otras jurisdicciones. Bastará transferir los bienes a alguna de estas jurisdicciones para asegurarse un resultado material, con la certeza de que será respaldado a nivel judicial.

⁴⁰ Baste un ejemplo: en Suiza la liquidación de la herencia la lleva a cabo la misma autoridad con competencia en materia de quiebra. No por casualidad, una de las respuestas al libro verde en materia de sucesiones (Crawford/Carruthers), sugería que se siguiera el modelo del reglamento 1346/2000.

3. La maleabilidad de los criterios de competencia judicial y de conexión: frente a las voces que reclamaban la utilización del criterio de conexión nacionalidad como instrumento idóneo para dotar de estabilidad y certeza al razonamiento, en un mundo de fáciles desplazamientos personales, se ha optado por la residencia habitual, lo que exigirá del TJUE un esfuerzo de tipificación de grupos de casos.⁴¹

Definir unívocamente los conceptos usados es difícil: el asunto Spartali (1946), de la *Cour de París*, ofrece un buen ejemplo (por supuesto, hay otros que despiertan mayor perplejidad por su exotismo, pero por eso mismo desprovistos de valor general):⁴² ¿dónde tiene su domicilio un ciudadano egipcio fallecido en París, donde ha residido durante bastantes años, pero que tiene el grueso de su patrimonio en Egipto? A juicio del tribunal, en Egipto. El tema adquiere mayor virulencia porque el legislador es consciente de la evanescencia de la conexión usada en los artículos 4o. y 21 RS, hasta el punto que el propio considerando 24 trata de dar pistas sobre cómo concretarla, para terminar solucionando... nada.⁴³ Permítá-

⁴¹ El objetivo de hacer coincidir competencia judicial y ley aplicable de manera que un tribunal aplique su propia ley queda en entredicho en dos niveles: en el de la competencia, porque, como hemos visto, puede quedar limitada a parte de los bienes o ser desplazada; en el de la ley, gracias a la cláusula de excepción que haga aplicable un derecho diferente al de la residencia habitual.

⁴² La sentencia del Tribunal cantonal de Schwyz del 21 de mayo de 1990 ofrece un ejemplo extremo: nacional suizo que se marcha a vivir al extranjero y fallece en Alemania, si bien realmente nunca había tenido un domicilio en el extranjero porque la mayor parte de su vida se la había pasado en alta mar. En el caso el problema controvertido era de competencia judicial, porque no había ningún tribunal en condiciones de asumirla.

⁴³ Además de los verbos en condicional, las conclusiones del considerando terminan con un “dependiendo de las circunstancias” y una referencia a la “evaluación general de todas las circunstancias objetivas”. Mayor precisión —pero no absoluta— aporta la sentencia del TJUE del 17 de julio de 2008, extrapolable a este ámbito, al exigir la comprobación de una residencia real, permanencia estable de cierta duración, creación de vínculos con ese Estado apreciados globalmente (en particular, duración, naturaleza y condiciones de permanencia, lazos familiares y económicos con el Estado). Tal es la razón por la que Bonomi, A., defendía el criterio nacionalidad («Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 883) recogiendo por lo demás una opinión que viene de antiguo, y que daba por descontado —no sin razón— que la conexión residencia habitual no sirve para cuestiones cuya respuesta debe ser el resultado de una mirada más amplia: Droz, G. A. L., “La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles”, *Travaux du comité français de droit international privé*, 1966-1969, p. 327.

senos detenernos un momento en este punto, vista la relevancia capital del nuevo criterio de competencia y de conexión. El considerando 23 RS reclama la atención a las condiciones y los motivos de la presencia de un sujeto en un determinado lugar, lo que ha permitido juzgar como correcta la conclusión de la *Cour de Cassation* francesa (sentencia del 7 de diciembre de 2005), en el sentido de que la estancia en Francia por motivos médicos no equivale a residencia habitual (en realidad, era el domicilio lo controvertido, pero aquélla es igualmente extrapolable).⁴⁴ Se insiste en que si un individuo vive en el extranjero por motivos económicos o profesionales pero conserva sus vínculos con otro país, debe ser considerado residente en este último; se necesitaría la concurrencia de una cantidad de tiempo en un sitio y la integración en él; esto es, una presencia física “de calidad”.⁴⁵ Así las cosas, se generan tres consecuencias: la inseguridad de la que se acusa a la cláusula de excepción es trasladada a este ámbito y, dadas las facilidades de manipulación que ofrece, convierte en prescindible el recurso a ésta (con la bendición del legislador: véase el considerando 24); en segundo lugar, si una persona confía en programar su sucesión trasladando su residencia al país cuyo ordenamiento quiere ver aplicado, debe verificar que se desplaza no sólo él, sino también sus intereses patrimoniales y familiares; por último, si cada foro aprecia soberanamente dónde reside un sujeto, pueden darse conflictos positivos o negativos, más engorrosos en materia de competencia judicial internacional, al obligar a intervenir la regla de la litispendencia.⁴⁶

La foma de acabar con la potencial ignorancia sobre la ley conforme a la cual va a distribuirse su patrimonio tras su muerte, por lo tanto, sería la *electio iuris*. En este ámbito, como en todos, la certeza absoluta sólo se

Así las cosas, es de agradecer que Dinamarca no participe en el Reglamento, porque su concepto de residencia habitual a efectos de competencia judicial difiere del que se usa para la competencia legislativa, y se puede prescindir del hecho de que un individuo resida en el extranjero si su último domicilio estuvo en territorio danés.

⁴⁴ Así, Fongaro, E., “L’anticipation successorale à l’épreuve du «règlement successions»”, *Journal de droit international*, 2014, p. 503

⁴⁵ Carrascosa González, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, 2014, pp. 85 y ss.

⁴⁶ Al final puede darse lo que en su momento denunciaba respecto a los tribunales franceses Droz, G. A. L., y es que a pesar de lo que disponían las normas de conflicto nacionales, aplicaban su propia ley a la sucesión de españoles, italianos, alemanes..: cf. “La codification...”, *cit.*, p. 337.

logra eligiendo el derecho.⁴⁷ No obstante: *a)* esto vale para la ley rectora de la sucesión, mas en tema de competencia judicial internacional no hay nada igual (el artículo 5o. sólo permite que los interesados pacten una prórroga de competencia si lo desean); *b)* en cuestiones patrimoniales, a normas de conflicto que dejan margen de interpretación juzgado excesivo se ha respondido permitiendo elegir el derecho sin límites relevantes. Pero aquí las facultades de elección en este sector son cicateras. No se ha acogido aquí la tendencia general a la libertad individual (se habla al fin y al cabo del destino *post mortem* del patrimonio personal), ni es equiparable la posibilidad de amoldar la respuesta jurídica a las propias necesidades propia del reglamento Roma I (contratos) o Roma II (daños) a lo que permite el RS: mientras que en esos casos la libertad es total y cada uno puede encontrar lo que desea, al tiempo que se incita el desarrollo y perfeccionamiento legislativo, en sucesiones nada de eso existe.⁴⁸ No se ha posibilitado la creación de un mercado de legislaciones en materia de sucesión que pueda funcionar con costes bajos: la libérrima elección del derecho pasa por costosos desplazamientos personales; *c)* la libertad deviene de ejercicio obligatorio, con lo que parece que al legislador le resulta indiferente la deficiente calidad de las normas de derecho dispositivo siempre que se tenga el paraguas-coartada de esa libertad. Claro que el conocimiento de las opciones que deja el ordenamiento o la conciencia de la necesidad de elegir, muchas veces pasan desapercibidas para el privado no sofisticado: la propia muerte se ve con frecuencia como una circunstancia lejana, de modo que no será habitual que una persona joven se preocupe por otorgar testamento o realizar una *professio iuris*, con lo que un fallecimiento inesperado y prematuro se convierte en potencial fuente de incertidumbres jurídicas

Cuando más arriba se hablaba de variabilidad en el tiempo, hacíamos referencia al conflicto móvil, tanto más real cuanto más fácilmente muda-

⁴⁷ Wengler, W., “L’evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *Revue critique de droit international privé*, 1990, p. 670.

⁴⁸ Compárese con el artículo 5o. del convenio de La Haya de 1989, que al menos permitía elegir la ley de la residencia habitual actual. Igualmente, habría tenido plena lógica permitir la elección de la ley rectora de los efectos económicos del matrimonio. No se entiende muy bien por qué la libertad absoluta provoca falta de previsibilidad, como sostiene Ripoll Soler, A., “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho Civil*, 2016, p. 34. Podrá encarecer eventuales procedimientos (prueba de la ley extranjera), pero nada más.

ble sea el criterio de conexión utilizado. A este respecto, el sistema conflictual lo único que puede hacer es salvar la validez de lo ya hecho, que es precisamente lo que disponen los artículos 24 y 25 RS, remitiéndose a la ley sucesoria hipotética. El problema es que en los casos en que la ley rectora de la sucesión sea distinta de aquella a cuyo amparo fueron otorgadas las disposiciones testamentarias (o el pacto sucesorio) y prevea la existencia de reservas obligatorias en favor de cualesquiera beneficiarios, se impone la prevalencia de la *lex successionis*, con el consiguiente menoscabo en la integridad de las previsiones del causante. Las normas no dicen nada explícitamente, pero el punto de partida es el artículo 23.1 al establecer que “La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión”, y el tenor del considerando 50 parece ser diáfano en este sentido.⁴⁹ Así pues, la única forma de inmunizar esas previsiones es “congelando” la ley, eligiendo como aplicable a la entera sucesión la de la nacionalidad del causante en el momento de su otorgamiento.⁵⁰

Añádase a lo anterior el juego de dos expedientes técnicos propios del razonamiento conflictual: *a) la revitalización del reenvío* (artículo 34, RS, que viene a desplazar las interpretaciones jurisprudenciales que lo subordinaban al logro de la unidad de ley aplicable),⁵¹ con la consiguiente quiebra de la plena certidumbre en cuanto a la ley rectora de la sucesión.⁵² La elec-

⁴⁹ En el caso español el artículo 9.8 CC para los conflictos internos da una respuesta explícita en ese mismo sentido. Respecto al RS, por todos, vale la interpretación de Azcárraga Monzonís, C., “Comentario al artículo 23”, en Iglesias Buigues G. y Palao Moreno, J. L., *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, 2015, pp. 169 y ss. Se ha escrito con razón que “sin garantizar la estabilidad de las decisiones *mortis causa* adoptadas por un ciudadano no hay panificación sucesoria”, lo que convierte el principio de partida (facilitar la planificación) en algo puramente formal: Ripoll Soler, A., “Hacia un nuevo modelo...”, *cit.*, p. 27.

⁵⁰ Ciertamente, los beneficiarios del primer testamento no tienen ningún derecho adquirido, por lo que tiene sentido encomendar al testador que quiera dejarlos a salvo hacer los ajustes oportunos en caso de cambio de residencia habitual. En este sentido, cabe aceptar que el artículo 24 a quien protege antes que a nadie es al testador que ignora las consecuencias del traslado de su residencia (*qfr.* Bonomi, A., “Artículo 24”, en Bonomi, A. y Wautellet, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, 2013, pp. 389 y ss.), pero parece simplista prescindir del hecho de que proteger al testador es proteger sus previsiones.

⁵¹ Desplaza normas sobre reenvío, como las de las leyes italiana o alemana de dípr.

⁵² Hasta el punto de preferir el reenvío a la unidad de ley sucesoria: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments...”, *cit.*, p. 109.

ción del derecho es, claro, la solución; *b)* la diferente concepción de la excepción de orden público internacional (artículo 35, RS), que no contribuye precisamente a garantizar la continuidad de la propia programación:⁵³ ¿qué sentido tiene elegir la ley si luego el tribunal impone las propias concepciones? Existe el riesgo de que por esta vía reaparezcan las reservas obligatorias sea cual sea la ley elegida por las partes (sentencia del *BVG* del 19 de abril de 2005).⁵⁴ Se deja la duda cuando en el considerando 54 afirma que las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión pueden considerarse normas especiales-imperativas: a lo que parece, no se puede imponer una concepción propia sobre la cuantía, pero sí pueden admitirse discusiones en cuanto a la existencia de la legítima, lo que genera una enorme incertidumbre.⁵⁵ No habría sobrado una mayor precisión en los considerandos, advirtiendo de la necesidad de evitar su uso pegado a los conceptos nacionales, y el considerando 70 sólo parece pensar en excluir su utilización como mecanismo de protección de los beneficiarios locales. Ni qué decir tiene que el TJ habrá de ir precisando el concepto.

De todas formas, si no se aplica de oficio la ley reclamada por la norma de conflicto, las reglas sobre reenvío son un brindis hueco a la armonía internacional de soluciones.

⁵³ Los tribunales españoles son muy liberales en este punto (revocabilidad, legítimas...: STS del 8 de octubre de 2010). Ejemplo contrario: en Grecia la prohibición de testamento conjunto es de orden público internacional, en Bélgica las reservas y los pactos sobre la sucesión futura lo son. En Italia la posición de la *Corte di Cassazione* es como la del TS, mas ello no ha sido óbice para que tribunales inferiores se pronuncien en otro sentido (por ejemplo, *CA* Milán, sentencia del 4 de diciembre de 1992). En Austria se sostiene que la exclusión de la sucesión forzosa viola su orden público, sin que ninguna sentencia lo haya afirmado (el dato en Max Planck Institute, “Comments...”, *cit. nota 334*).

Lo evidente es que violan el orden público los ordenamientos que tratan de forma desigual a los herederos por razón de sexo: *v. gr.*, resolución de la Dirección General los de Registros y del Notariado del 20 de julio de 2016.

⁵⁴ El TC alemán afirma que una participación económica mínima de los hijos del *de cuius* en la sucesión es garantizada por el artículo 14 de la Constitución, con independencia de su condición económica. El legislador puede decidir sobre la cuantía, pero es imperativa. Por ello, los ordenamientos que no la prevén pueden ser excluidos como contrarios al orden público. Su texto en http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Homepage/home_node.html?sessionid=4CFB1C654EE6B38A69631F96CB02488D.2_cid370.

⁵⁵ Y más a raíz de la desaparición del artículo 27.2 de la propuesta que expresamente excluía del ámbito de la excepción las diferencias en cuanto a derechos legítimos, dato a partir del que puede deducirse una *voluntas legislatoris* favorable a la aplicación de las reservas definidas en el ordenamiento del foro.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

En un plano estrictamente material hay que recordar que hay tribunales que al margen de lo dispuesto en la ley utilizan mecanismos derivados de su propia ley, como el error, la captación de la voluntad, o descubren defectos formales para anular los testamentos.⁵⁶

4. Una buena parte de las transferencias de bienes discurren por canales no sucesorios, societarios/contractuales en particular. Aquí el problema es doble, saber conforme a qué ley se va a valorar su validez y eficacia y tener la certeza de que lo que ha nacido válido conforme a un ordenamiento no va a ser atacado desde los parámetros de otro sistema. O sea:

a. No siendo transferencias reconducibles a lo sucesorio, es evidente que el RS no podía hacer sino lo que ha hecho, o sea, dejarlas fuera de su ámbito de aplicación (artículo 1.2.h). En consecuencia, habrá que determinar conforme al ordenamiento indicado por el reglamento Roma I o conforme a la *lex societatis* la cuestión de si un contrato o lo que genéricamente pueden denominarse “pactos sociales de consolidación o restrictivos de la transmisión de acciones y participaciones” son válidos o no. La libertad de configuración de las partes es suficientemente grande como para tener el control de tales extremos: por ejemplo, una cláusula tontina inserta en un contrato de compraventa o una previsión estatutaria que conceda un derecho de adquisición preferente de participaciones sociales en caso de muerte de un socio o el pacto de designación de un beneficiario de un seguro no deberían tropezar con obstáculo alguno si las partes han sometido sus respectivos negocios a un ordenamiento que los reconozca.⁵⁷ En otro plano, cualquier modificación del régimen económico matrimonial queda sujeta a la propia ley rectora, que es la que da las pautas para el cambio y para la protección de los terceros. La huida de los más o menos rígidos patrones sucesorios depende, pues, de la pericia de los particulares, y esto tiene mucho que ver con el elevado coste de unos servicios jurídicos sofisticados, que no están al alcance del individuo común.

Pero la historia no acaba aquí, porque: *a*) las jurisprudencias nacionales no tienen muy claro si esas operaciones no son en realidad contratos sucesorios, prohibidos; *b*) las transferencias realizadas en vida afectan a la consistencia del caudal relicto.

⁵⁶ Respecto a Estados Unidos, Leslie, M. B., “The Myth of Testamentary Freedom”, *Arizona Law Review*, 1996, pp. 235 y ss.

⁵⁷ Sobre las maniobras de neutralización de la *lex successionis*, Fongaro, E., “L’anticipation successorale...”, *cit.*, pp. 533 y ss.

b. Si después algún tribunal aprecia que uno de estos negocios esconde realmente una liberalidad⁵⁸ (y por supuesto para las liberalidades realizadas en vida), el artículo 23.2.i RS somete a la ley sucesoria la obligación de reintegrarla o computarla. El *clawback* ha interferido desde el primer momento en el RS, hasta el punto de desembocar en la no participación de Gran Bretaña en el Reglamento.⁵⁹ La colación de donaciones permanece como una amenaza regulada de forma muy diversa en los ordenamientos nacionales en cuanto a su necesidad, antigüedad de las que pueden ser atacadas, imperatividad de reclamación judicial o no, plazo de prescripción de la reclamación, consecuencias frente a terceros....⁶⁰ los países de *common law* no quieren que quien ha recibido un bien mediante un acto válido según sus propias leyes pueda ver cuestionada la validez de la adquisición en aplicación de un ordenamiento con el que no se contaba en ese momento, por lo que rechazan aplicar reglas de la *lex successionis* sobre colación y reducción de donaciones que afecten a bienes situados en su territorio.⁶¹ Por supuesto que el tema interesa también a los acreedores

⁵⁸ Por ejemplo, el pago de primas excesivas en el seguro de vida, como subraya Fongaro, E., *op. cit.*, p. 535.

⁵⁹ De la respuesta británica al libro verde sobre sucesiones: «It would be totally unacceptable to the Government of the UK if the law applicable to the succession undermined perfectly valid lifetime gifts, including trusts...». En principio también Chipre mostró sus reticencias por este mismo motivo. Ulteriores referencias en Bonomi, A., «Prime considerazioni...», *cit.*, p. 821 y en Harris, J., «Understanding the English Response to the Europeanisation of Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 347 y ss., donde añade el rechazo a la administración de las herencias por quien no hubiera sido nombrado por el juez inglés y la defensa del monopolio de los abogados ingleses y el tratamiento del *trust*. El malestar británico en este tema viene de antiguo, y, ya cuando se negociaba el que llegaría a ser Convenio de La Haya sobre ley aplicable, su delegación pretendía que a los jubilados que viven en el sur de Europa se les aplicara su ley nacional, trámite la oportuna cláusula de excepción.

⁶⁰ El problema surge cuando los ordenamientos en presencia ofrecen soluciones diferentes, en un entorno judicial fraccionado, donde se imponen soluciones que no miran a la totalidad del caudal relicto. Un ejemplo lo ofrece la SAP de Barcelona del 4 de noviembre de 2003, confirmada por la sucesiva del TS del 14 de septiembre de 2009, que somete a la ley catalana como ley de la sucesión la colación de las donaciones realizadas por una ciudadana que en el momento de hacerlas ostentaba vecindad navarra: la *lex successionis* «se aplica... a todas las cuestiones que puedan plantearse, sin excepción alguna».

⁶¹ Aunque no hay precedentes sobre este tema, la doctrina inglesa concide en que previsiblemente un juez inglés no aplicará una norma extranjera sobre colación si afecta a bienes situados en Inglaterra y se trata de donaciones válidas *inter vivos*, teniendo en cuenta

del difunto, protegidos de formas muy distintas en las leyes nacionales (normas sobre fraude, disciplina sobre quiebra). La propuesta de someter la colación y reducción de donaciones a la ley aplicada o a la *lex successionis* vigente en el momento en que se concierta no tuvo favorable acogida,⁶² de modo que el resultado no va en la línea de los objetivos apuntados *supra*.⁶³

Queda referirse aún a una forma más incisiva de intervenciones, idóneas para modificar lo que *prima facie* se puede esperar de la *lex successionis*, y con dos variantes: a) la modificación de los negocios ordenados en testamento o fuera de él. La sección 1 de la Variation of Trusts Act inglesa permite modificar o revocar entre otras cosas un *trust* constituido mediante testamento, aunque no esté sometido al derecho inglés.⁶⁴ Los

que esta materia (la colación) no es calificada como sucesoria en su ordenamiento: Miller, G., *International Aspects of Succession*, p. 229.

⁶² Con detalle, Bonomi, A., “Artículo 23”, en Bonomi, A. y Wautelet, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, 2013, p. 372.

⁶³ En los conflictos internos españoles se intenta paliar los inconvenientes de la entrada en juego de ordenamientos imprevistos en la Ley 16 del Fueno nuevo de Navarra, que dispone que «Los actos celebrados por personas de condición foral no perderán su validez por quedar éstas sometidas posteriormente a otro Derecho, pero los efectos de esos actos deberán acomodarse a las exigencias del nuevo Derecho». La misma idea aparece en el artículo 50.3 de la Compilación balear, que declara la validez de la definición a pesar del cambio de vecindad, y en el artículo 23 de la ley vasca en relación con los derechos y deberes derivados de la troncalidad vizcaína. *Cfr.* Álvarez González, S., “Legítimas...”, *cit.*, p. 172.

⁶⁴ Where property, whether real or personal, is held on trusts arising, whether before or after the passing of this Act, under any will, settlement or other disposition, the court may if it thinks fit by order approve on behalf of.

(a) any person having, directly or indirectly, an interest, whether vested or contingent, under the trusts who by reason of infancy or other incapacity is incapable of assenting, or (b) any person (whether ascertained or not) who may become entitled, directly or indirectly, to an interest under the trusts as being at a future date or on the happening of a future event a person of any specified description or a member of any specified class of persons, so however that this paragraph shall not include any person who would be of that description, or a member of that class, as the case may be, if the said date had fallen or the said event had happened at the date of the application to the court, or (c) any person unborn, or (d) any person in respect of any discretionary interest of his under protective trusts where the interest of the principal beneficiary has not failed or determined

any arrangement (by whomsoever proposed, and whether or not there is any other person beneficially interested who is capable of assenting thereto) varying or revoking all or any of the trusts, or enlarging the powers of the trustees of managing or administering any of the property subject to the trusts: Provided that except by virtue of paragraph (d) of

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

mismos poderes existen en relación con los acuerdos pre y posnupciales (secc. 24 de la Matrimonial Cases Act y secc. 17 de la Matrimonial and Family Proceedings Act).⁶⁵ Los beneficiarios, según la regla sentada en *Saunders vs. Vautier*, pueden poner fin al *trust* constituido por testamento;⁶⁶ b) la alteración de lo prevenido en la ley reguladora de la sucesión: en el derecho ruso, los tribunales tienen la facultad de moderar el importe de la legítima o denegar su obtención (artículo 1149.4, CC). Mientras que esto último puede ser evitado con los instrumentos reglamentarios —porque al fin y al cabo no opera si no es porque lo prevé la *lex successionis* y entra en su ámbito de aplicación *ex articulo 23, RS*—, la interferencia de leyes distintas a la de la sucesión es incontrolable. Por lo demás, surge una primera dificultad, que es la calificatoria: en principio, parece claro que se impone considerar que esos poderes se pueden activar si así lo prevé la mencionada ley, pero nada garantiza que un tribunal no opte por otra solución e intente imponerla.

5. El coste de las barreras de salida: la amenaza del fraude a la norma de conflicto. Una forma de planificar la sucesión es provocar la entrada en juego de un criterio de conexión descartando el que hasta entonces era augurable que fuera a ser aplicado. Nada tan sencillo en el marco territorial del RS, teniendo en cuenta que la residencia habitual es alterable con razonable facilidad. No obstante, aunque uno logre escalar los muros de

this subsection the court shall not approve an arrangement on behalf of any person unless the carrying out thereof would be for the benefit of that person.

⁶⁵ Una presentación comparatista bastante completa del tema en Panforti, M. D., “Gli accordi paramatrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul *Family Law Amendment Act 2000* australiano”, *Familia*, 2002, pp. 149 y ss. Es notorio que las soluciones actuales se han orientado hacia el carácter vinculante de los acuerdos: en la sentencia de 20 de octubre de 2010 (*Radmacher v. Granatino*) la Supreme Court respalda la idea de que los cónyuges pueden renunciar antes del matrimonio —en previsión de un eventual divorcio o en caso de disolución por fallecimiento— a cualquier derecho sobre el patrimonio del otro cónyuge. Puede verse un análisis de esta sentencia y de la de la Corte suprema de NY de 18 de diciembre de 2008 (*Van Kipnis v. Van Kipnis*), en Jank-Domdey, K. y Polzer, A.-D., “Ausländische Eheverträge auf dem Prüfstand der Common Law Gerichte”, *Iprax*, 2010, pp. 83 y ss.

⁶⁶ Sentencia del 5 de junio de 1841 de la England and Wales High Court (Chancery Division). La misma solución en otros Estados americanos como Illinois. Por contra en Texas, por ejemplo, se sublima la voluntad del testador y no se permite la terminación si el *trust* puede conseguir los fines para los que fue creado (aunque se admite la aplicación de una ley como la inglesa incluso cuando existan bienes en Texas).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 51-83.

su ordenamiento y huir, lo que queda atrás genera inquietudes: afirma el considerando 26 que «Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado». En consecuencia, si los tribunales de un Estado tienen competencia judicial (y el artículo 10.1.b, RS, se adapta como un guante a la lucha contra el fraude), aplicarán sus concepciones en la materia, implementando sus políticas de protección, porque los particulares se convierten en agentes para la aplicación de aquella ley que les genere enriquecimiento. A falta de una futura intervención armonizadora del TJUE, en qué consiste el fraude y cuáles son sus elementos es definido a nivel nacional, y en algunas jurisprudencias ha sido utilizado como instrumento de protección de los intereses de los propios ciudadanos.

En España no existe precedente alguno aplicable en un caso internacional. Dada la diversidad de sistemas sucesorios vigentes aquí, bastarán con frecuencia los desplazamientos internos para conseguir objetivos planificadores. Pugnan en este plano el derecho fundamental a fijar la residencia en cualquier punto del territorio nacional donde a uno le plazca y la lucha contra maniobras fraudulentas. La crucial STS del 5 de abril de 1994 aprecia que existe fraude a la ley en un traslado regional de un matrimonio, con trascendencia sólo administrativa (registro municipal), mientras se mantiene la residencia en otro territorio, donde se concentraba su patrimonio. No es que existiera fraude, sino que se trataba de algo previo: no hubo cambio de la residencia ni, por ello, de vecindad civil (ni alteración del criterio de conexión). Pero contamina su argumento introduciendo un juicio de legalidad de los actos realizados al amparo del ordenamiento previamente aplicable, llegando a la conclusión de que el motivo del traslado era lo que no se podía hacer (*jmenuda obviedad!*).⁶⁷ Parece que se admite, pues, el control de las razones de un cambio de do-

⁶⁷ El idéntico rango de los distintos ordenamientos impide sacar cualquier conclusión que implique la afirmación de la preeminencia del derecho común: *Cfr.* Arriola Arana, J. M., “Vecindad civil...”, *cit.*, p. 22. Contamos con un claro precedente (la SAT Pamplona del 22 de noviembre de 1965), que en un supuesto de cambio de vecindad se apoya en la existencia de cobertura legal para excluir la apreciación de fraude. La misma idea en la SAP Barcelona del 4 de noviembre de 2003 y en la SAP Lugo del 12 de noviembre de 2009 (extraemos las referencias jurisprudenciales de Álvarez González, S., “Legítimas...”, *cit.*, p. 190).

micilio (parece). La STS del 14 de septiembre de 2009 matiza, pero no corrige esta solución, en un *obiter dicta* en el que subraya que el fraude a la ley siempre debe probarse, y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta.⁶⁸ Esto, en buena lógica, bendice cualquier cambio del criterio de conexión y nos transporta al ámbito estrictamente probatorio, sin condenar *per se* traslado alguno.⁶⁹ A partir de ahí podemos inducir unas pocas reglas válidas para los planos interno e internacional: evitar la acusación de fraude exige un traslado efectivo de residencia; no resulta imprescindible transferir los intereses patrimoniales, pero su concentración en el lugar de la anterior residencia es indicio sospechoso; conviene no tener prisa para modificar u otorgar testamento, y más si se ha cambiado a un país con el que no se ha tenido nunca vinculación, más aún si es un paraíso sucesorio, y mucho más si lo primero que se ha hecho ha sido desheredar a un sujeto que tenía la condición de legitimario en la antigua ley.⁷⁰

A pesar del carácter universal de la competencia judicial diseñada por el RS, resta incólume el artículo 12.1 (limitación de procedimientos en caso de expectativas de no reconocimiento de la decisión en el Estado de situación del bien). Como resultado, conviene tener presente que se pueden perseguir objetivos planificadores mediante la alteración de la naturaleza de los bienes, maniobras que también pueden ser atacadas como fraudulentas. La historia de las desavenencias de la famosa actriz Leslie

⁶⁸ Asevera la ponente que “la igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante”.

⁶⁹ No es tanto que el fraude de ley en los conflictos internos no tenga sentido porque el sistema fomenta la competencia (*cfr.* Font Segura, A., en la nota a la sentencia del TSJ de Cataluña del 13 de mayo de 1999, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, p. 773), sino simplemente que choca con derechos constitucionalizados.

⁷⁰ Héron, J., *Le morcellement des successions internationales*, París, 2001, p. 233. Propone este autor un catálogo de elementos indicativos de fraude en caso de constitución de una fiducia en Liechtenstein donde, junto a los mencionados en el texto, aparecen otros más discutibles como el poco tiempo transcurrido entre la constitución y la muerte, con lo que al desafortunado que muera pronto se le castiga por morir y al de salud robusta se le bendice. Distinto es la falta de lucidez para realizar negocios dispositivos cuando se haya alcanzado la senectud, cuestión que nada tiene que ver con el fraude a la ley.

Caron y su padre son un buen ejemplo.⁷¹ Jean Claude Caren, ciudadano francés nacionalizado estadounidense, muere en 1977 domiciliado en las Islas Caimán. Una de sus hijas había adquirido la misma nacionalidad, mientras que la famosa Leslie conservó la antigua (francesa). La fortuna del difunto se localizaba en lo fundamental en Estados Unidos. En 1971 adquiere un apartamento de alto valor en Francia; en 1973 constituye una sociedad de Derecho USA junto con su secretaria y su marido, y en 1974 el apartamento es vendido a esa sociedad. En enero de 1974 crea un *trust*, al que le transfiere sus acciones en esa sociedad, estipulando que a su muerte pasarían a los otros socios, y confiando su administración al First Pennsylvania Banking and Trust Company. En fin, en marzo de ese mismo año otorga testamento legando la mitad de su patrimonio a los socios y la otra a una institución de medicina preventiva. Descontentas, las hijas del causante acuden a los tribunales franceses, que aprecian la existencia de fraude y les reconocen el derecho a cobrarse sobre los inmuebles localizados en Francia lo que les atribuye como cuota reservada el ordenamiento francés (*prélèvement*), en el bien entendido de que la transferencia del inmueble a la sociedad era inoponible a las herederas.

No es diáfano si en este caso la apreciación de fraude se basa en razones sustantivas o si cabe inducir una doctrina general de derecho internacional privado francés, porque parece que la decisión se adopta más en función de los elementos externos a la dimensión internacionalprivatística que por la incuestionable alteración de los criterios de conexión. Es decir, no cabe duda de que el sujeto era nacional americano y, efectivamente, vivía en las Islas, pero constaban en este procedimiento documentos reveladores de las intenciones del causante.⁷²

Una muestra elocuente de que no existe una doctrina general sobre qué es el fraude es la sentencia del TFS del 17 de agosto de 1976 (*Hirsch*

⁷¹ Sentencia de la *Cour de Cassation* del 20 de marzo de 1985; véase su texto en *Revue critique de droit international privé*, 1986, pp. 66 y ss., con nota de Y. Lequette. La sentencia de la *Cour d'appel de Aix-en-Provence* del 9 de marzo de 1982 aparece en *Revue critique de droit international privé*, 1983, pp. 282 y ss. La primera sentencia (inédita) del Tribunal de Grasse, es del 21 de febrero de 1980.

⁷² Y. Lequette atribuye una gran importancia al hecho de que se conservara el dominio sobre las acciones de la sociedad durante la vida (comentario citado, p. 75). La sentencia de la *Cour d'appel de Aix en Provence* del 30 de septiembre de 1999 (*Journal de Droit International*, 2001, con nota de M. Revillard en pp. 536 y ss.) rechaza la alegación de fraude a falta de cumplida prueba.

c. *Cohen*): un ciudadano inglés domiciliado en Suiza desde hace muchos años que elige el derecho inglés como rector de su sucesión con el fin de excluir a una hija nacida de un matrimonio anterior. En un momento en el que no se preveía la posibilidad de elegir el derecho en sucesiones internacionales, el Tribunal aplica analógicamente la ley de 1891 sobre conflictos intercantanales, cuyo artículo 22 permitía la *professio iuris*, y entiende que no es abusiva la elección, a pesar de los tenues vínculos con el ordenamiento inglés, ni considera contraria al orden público una ley que no conozca la reservas.⁷³

Interesa en definitiva no confundir fraude con orden público ni restringir derechos fundamentales sólo para tutelar a los residentes ni considerar que la *electio iuris* del artículo 22, RS, puede en algún caso ser fraudulenta. Labor del TJUE será elaborar una doctrina que bien puede partir de los indicios señalados *supra*. Sea como fuere, la piedra de toque será la efectividad: de nada vale que una jurisdicción hable de fraude si sus decisiones no van a ser reconocidas y ejecutadas en el lugar de situación de los bienes. Sólo una fórmula como la francesa (exportada a otros países y paradójicamente inexistente en la actualidad en el país de origen)⁷⁴ tiene cierto sentido, siempre que se tenga capacidad de implementar tales decisiones.

VI. UN APUNTE FINAL

Libertad personal, desarrollo de la personalidad, continuidad de las relaciones negociales, son objetivos todos del derecho de sucesiones, que en la dimensión internacionalprivatística reciben discreta acogida en desarrollos normativos recientes, como el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones. En

⁷³ Sin perjuicio de que en el caso concreto se llegue al absurdo de que no se aplica instrumento alguno de protección de la familia, cuando los ordenamientos en presencia sí la prevén (cabe la elección de ley, pero todos los sistemas cantonales conocen las legítimas): Lalive, P., “Un anachronisme en droit international privé? (l’ATF Hirsch c. Cohen Revisited)”, *De lege ferenda: réflexions sur le droit désirable en l’honneur du professeur Alain Hirsch*, Ginebra, 2004, pp. 443-446.

⁷⁴ Que sigue vigente en el artículo 10. de la ley luxemburguesa del 29 de febrero de 1872. Un derecho de compensación similar en la ley sueca sobre sucesiones (sección 9, capítulo 2) y en la ley holandesa sobre sucesiones internacionales (artículo 2.2), en los sistemas belga (aquí, en beneficio de los herederos que no tengan la nacionalidad del Estado que les ha perjudicado), argentino, gabonés, brasileño, costamarfileño, venezolano,...

las páginas anteriores hemos tratado de evidenciar el esfuerzo del legislador europeo, pero también:

1. Que una unificación normativa a nivel regional nunca satisface las exigencias de una sucesión con elementos jurídicamente heterogéneos, que por definición tiene alcance internacional.
2. Que sin cooperación en tema de litispendencia y *exequatur* cualquier esfuerzo de ordenación tiene comprometida su eficacia.
3. Que la utilización de la residencia habitual como criterio de competencia y de determinación de la ley aplicable comporta hoy por hoy demasiadas incertidumbres, y por consiguiente dificulta el logro de aquellos objetivos.
4. Que el margen concedido a la autonomía de la voluntad para pillar o evitar esas dificultades es demasiado estrecho, y en todo caso incapaz de luchar contra la irrupción de leyes imprevistas en el momento en que un privado trata de planificar su sucesión.
5. Que el peso de la excepción de fraude a la ley es demasiado gravoso y aún poco definido, peligroso en cuanto que puede poner en peligro derechos básicos como la libre circulación de personas y de capitales.

A pesar de todo, disponer de normas unificadas es una enorme ventaja, un primer paso. Ahora toca al Tribunal de Justicia el trabajo de precisar sus conceptos.