

# PROBLEMAS DE APLICACIÓN REGULADOS EN EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

## APPLICATION PROBLEMS REGULATED BY THE EU SUCCESSION REGULATION

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 11.12.2018 / Aceptado: 08.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4630>

**Resumen:** En este trabajo vamos a explicar los tres problemas de aplicación que se encuentran contemplados en el Reglamento sucesorio europeo. De los tres, el orden público, la remisión a ordenamientos plurilegislativos y el reenvío, este último es el que presenta una regulación más particular. En efecto, esta norma sucesoria se aparta de la línea general de excluir esta figura que siguen el resto de Reglamentos europeos de Derecho Internacional Privado. Además de lo anterior, el Reglamento no sólo admite el reenvío sino que, también, lo permite hasta de segundo grado.

**Palabras clave:** orden público, ordenamientos plurilegislativos, reenvío, Reglamento sucesorio europeo.

**Abstract:** In this paper we will explain the three application problems that are covered by the European Succession Regulation. Of the three, the public policy, the remission to States with more than one legal system and the renvoi, the latter is the one that presents a more particular regulation. In effect, the Regulation departs from the general line of excluding this figure, which is followed by the rest of the European Regulations on Private International Law. In addition, the Regulation not only allows it, but also allows it up to the second degree.

**Keywords:** public policy, states with more than one legal system, renvoi, the EU succession Regulation

**Sumario:** I. Consideraciones generales. II. Problemas de aplicación: Orden público internacional. 1. Definición. 2. Caracteres. A. Carácter excepcional. B. Orden público del foro. a) Supuestos en los que no podría admitirse el orden público. b) Supuestos en los que podría admitirse el orden público. C. Orden público en el caso concreto. D. Orden público de proximidad. E. Carácter potestativo para los tribunales. F. Orden público parcial. 3. Solución al problema del orden público. 4. Orden público y legítimas. 5. Orden público y disposiciones mortis causa. A. Orden público español y testamentos mancomunados. B. Orden público español y pactos sucesorios. III. Problemas de aplicación: Remisión a ordenamientos plurilegislativos. 1. Ordenamientos plurilegislativos de base territorial (art. 36). A. Técnica de remisión indirecta (art. 36.1). B. Técnica de remisión directa (art. 36.2). 2. Validez formal de las disposiciones mortis causa (art. 36.3). 3. Ordenamientos plurilegislativos de base personal (art. 37). 4. Conflictos internos de leyes (art. 38). IV. Problemas de aplicación: Reenvío. 1. Definición. 2. Clases. 3. Regulación: Reglamento sucesorio europeo. A. Orígenes del artículo 34 del Reglamento sucesorio. B. Carácter obligatorio del reenvío. a) Argumentos a favor de que la unidad de ley suponga un límite al reenvío. b) Argumentos a favor de admitir el reenvío aunque ello conlleve el fraccionamiento de la sucesión. C. Excepciones en el Reglamento sucesorio europeo. D. Reenvío de retorno (art. 34.1.a). E. Reenvío de segundo grado (art. 34.1.b). F. Reenvío integral.

## I. Consideraciones generales

1. La norma de conflicto es una técnica de reglamentación específicamente prevista para el Derecho Internacional Privado. La especificidad de este tipo de norma conlleva que los problemas que surgen con su aplicación sean, también, particulares.

En este trabajo vamos a estudiar los problemas de aplicación que regula el Reglamento sucesorio europeo, esto es, orden público (art. 35), remisión a sistemas plurilegislativos (arts. 36-38) y reenvío (art. 34).

2. Antes de entrar en el estudio de todos ellos, es importante explicar que la regulación de los problemas de aplicación, entendiéndolo por tal, tanto la definición de los mismos como su solución, se puede encontrar en dos tipos de textos normativos. Esto es, si el problema de aplicación está recogido en una norma de origen supranacional –Reglamento sucesorio europeo, en nuestro caso–, la regulación del mismo que debe tenerse en cuenta es la prevista en el propio texto supranacional. En cambio, si el problema de aplicación no ha sido contemplado por la norma de creación supranacional aplicable a la cuestión, serán las normas de producción interna del foro las que determinen si concurre el problema y cuál es la solución que ha de darse al mismo.

3. Trasladado lo anterior a nuestro caso particular de sucesiones, si el órgano competente en esta materia debe resolver un problema de orden público, de remisión de ordenamientos plurilegislativos o de reenvío, deberá aplicar el propio Reglamento sucesorio y, en lo no previsto por él, se puede plantear acudir a la normativa de producción interna del foro<sup>1</sup>. Por otro lado, en relación con cualquier otro problema de aplicación no regulado por el Reglamento, la autoridad competente deberá acudir a la norma de producción interna del foro para resolverlo. En el caso español, si el órgano competente es un *tribunal* español, deberá aplicar el artículo 12 del Código Civil. En este precepto, el legislador nacional regula la calificación (art. 12.1). También se ocupa del reenvío (art. 12.2), del orden público (art. 12.3) y de la remisión a ordenamientos plurilegislativos (art. 12.4) pero, en estos supuestos, como ya hemos comentado, tendremos que estar a lo previsto en el Reglamento sucesorio.

## II. Problemas de aplicación: Orden público internacional

### 1. Definición

4. El orden público internacional es un problema de aplicación de la norma de conflicto en la medida en que, si concurre, el Derecho al que remite la norma no podría ser aplicado al caso. Así es, alegando orden público internacional, la norma de conflicto no funciona, la ley que indica que debe ser aplicada al caso no puede aplicarse por vulnerar los principios fundamentales que sostienen el ordenamiento jurídico del foro.

El orden público internacional es “*a legal concept used to rule out a foreign legislation considered in violation of fundamental principles inherent to the forum*”<sup>2</sup>.

También podrá alegarse orden público frente a la aplicación de la norma de conflicto extranjera cuando pudiera admitirse el reenvío<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L201, de 27 julio 2012

<sup>2</sup> A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 238.

<sup>3</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 337

El RES, en su artículo 35, regula esta posibilidad de que se alegue orden público del foro para no aplicar la ley a la que remite la norma de conflicto. El precepto se pronuncia en estos términos:

*“Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro.”*

Esta cláusula de orden público es idéntica a la existente en otras normas europeas como el Reglamento Roma I (art. 21) –obligaciones contractuales- o el Reglamento Roma II –obligaciones extracontractuales- (art. 26)<sup>4</sup>.

6. También, el Considerando 58 del Reglamento alude a este problema de aplicación. Según el mismo, *“En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación.”*

7. Con la lectura de estos dos textos que hacen referencia al orden público en el Reglamento sucesorio, vamos a exponer las características que tiene este problema de aplicación en el marco de esta norma supranacional<sup>5</sup>.

## 2. Caracteres

### A. Carácter excepcional

8. El orden público debe ser de aplicación excepcional<sup>6</sup>. Así lo indica el artículo 35 utilizando el adverbio *manifiestamente* para apreciar la incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público del foro.

Por su lado, el Considerando 58 es más explícito al respecto y exige que el orden público se alegue en *circunstancias excepcionales* basadas en *consideraciones de interés general*.

9. Esta característica del orden público es consustancial al carácter imperativo de la norma de conflicto recogido en el artículo 12.6 CC. Así es, de nada serviría imponer la aplicación imperativa de la norma de conflicto si, pudiéndose alegar orden público de manera general, finalmente no se aplicara

<sup>4</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 575.

Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 julio 2008, pp. 6-16.

Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE L199, de 31 julio 2007, pp. 40-49

<sup>5</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 260-261.

<sup>6</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260; A. WYSOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones”, *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 934; A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 575.

STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rec.*, 2000, p. I-01935, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 21; STJCE 11 mayo 2000, *Renault*, C-38/98, *Rec.*, 2000, p. I-02973, ECLI:EU:C:2000:225, apartado 26; STJCE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-394-07, *Rec.*, 2009, p. I-2563, ECLI:EU:C:2009:219, apartado 27

el Derecho al que remite. Dicho con otras palabras, conviviríamos con la contradicción si, por un lado, obligamos a los operadores jurídicos a que apliquen la norma de conflicto y, por otro, admitimos, de manera general, que esta norma no funcione.

10. También será excepcional debido a que sólo puede operar cuando el Derecho al que remite la norma de conflicto del foro sea un Derecho extranjero, y esta hipótesis no debería darse como regla general en el marco del Reglamento sucesorio<sup>7</sup>. En efecto, el principio de coincidencia *forum-ius* que preside el texto reglamentario implica que sea una excepción que el tribunal competente no aplique el Derecho del foro<sup>8</sup>.

## B. Orden público del foro

11. El orden público que puede alegarse para impedir la aplicación de la ley extranjera designada por el Reglamento sucesorio es el orden público del foro, el orden público del Estado cuyos tribunales están conociendo de la sucesión.

12. El artículo 35 alude al orden público del foro, no menciona un orden público sucesorio europeo, por ejemplo. Tampoco sería adecuada esa alusión, por otra parte, ya que, no existe un Derecho europeo en materia de sucesiones. En efecto, podemos decir que sí existe un Derecho Internacional Privado en esta materia de sucesiones, recogido en el Reglamento sucesorio europeo y aplicable en todos los países de la Unión Europea, con excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Sin embargo, el Derecho material de sucesiones es distinto en los diferentes Estados miembros, por lo tanto, no puede hablarse de un orden público sucesorio europeo al no existir principios comunes en esta materia en los países de la Unión Europea.

13. Lo anterior no obsta para poder hablar de un orden público europeo, aplicable a cualquier materia, sea la sucesoria o cualquier otra<sup>9</sup>. Y ese orden público europeo será, asimismo, orden público del foro, ya que, el Derecho europeo es Derecho del foro. Nos estamos refiriendo a los principios fundamentales que presiden la construcción europea y que se encuentran presentes en la legislación de la UE. Así, por ejemplo, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea indica que “*En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Estos principios que inspiran la acción de la Unión, son principios que deben respetar, también,

<sup>7</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 582.

El autor mencionado plantea el escenario en que opera la cláusula de los vínculos más estrechos del artículo 21.2 para determinar el Derecho aplicable. En este caso, parece poco probable que pueda alegarse orden público frente a la ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos con el difunto. En esa situación, el juez debería descartar la cláusula de escape y aplicar la ley de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento (A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 582).

<sup>8</sup> *Vid.*, en relación con el reenvío, P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 706; A. DAVI/A. ZANOBBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 86

<sup>9</sup> En este sentido, algún autor establece que existen dos tipos de orden público en materia sucesoria: el orden público europeo y el orden público nacional (A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 239). El primero está formado por los principios de la construcción europea, recogidos en los Tratados, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el segundo por las legítimas (A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, pp. 239-242). En relación con ese orden público europeo aludido, *vid.*, A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 576.

Convención Europea de Derechos Humanos, BOE núm. 243, de 10 octubre 1979, pp. 23564-23470.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C364, de 18 diciembre 2000, pp. 1-22.

todos los Estados miembros, porque la UE son todos ellos y el Derecho de la UE es Derecho que forma parte del ordenamiento jurídico de todos los países miembros.

14. No obstante, por si cupiera alguna duda al respecto, el legislador del Reglamento sucesorio, en el Considerando 58, alude expresamente al Derecho europeo al disponer que no se puede aplicar el orden público del foro cuando esta actuación sea contraria a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular, cuando atente contra el artículo 21 de este texto, precepto que prohíbe todo tipo de discriminación<sup>10</sup>.

15. El orden público de foro debe ser definido por los Estados miembros, sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el competente para poner los límites dentro de los cuales pueden actuar los países en este sentido<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, en la STJCE del caso *Krombach*, el órgano judicial señaló que “*si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante*” (apartado 23)<sup>12</sup>.

#### a) Supuestos en los que no podría admitirse el orden público

16. No podría alegarse orden público del foro, por ejemplo, para no aplicar una ley extranjera que prevea derechos sucesorios para el cónyuge superviviente cuando el matrimonio es de personas del mismo sexo<sup>13</sup>; incluso en ordenamiento donde no estén reguladas estas parejas<sup>14</sup>. Por la misma razón, tampoco se podría alegar orden público para no reconocer derechos sucesorios en relación con matrimonios poligámicos<sup>15</sup>.

17. Tampoco podría admitirse que no se aplique una ley extranjera porque reconoce derechos sucesorios a un hijo adoptivo de una pareja del mismo sexo<sup>16</sup>.

18. Por último, si el causante deja mayor parte de la legítima a su hijo que a su hija, se debe considerar que es fruto de la voluntad del difunto y que no se puede alegar orden público frente a esa disposición libre del *de cuius*. Y, si se consigue el mismo resultado descrito por aplicación de una ley extranjera que, en abstracto, sería discriminatoria, no se podría alegar orden público en el caso concreto en cuestión. Así, por ejemplo, en España las legítimas suponen dos tercios de la herencia. Si el causante quiere que su hijo tenga el doble de las legítimas que su hija y, para ello, realiza un testamento conforme

<sup>10</sup> Artículo 21: 1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.*”

<sup>11</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 577.

<sup>12</sup> STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rec.*, 2000, p. I-01935, ECLI:EU:C:2000:164.

<sup>13</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260.

*Vid.*, en relación con la discriminación de parejas del mismo sexo, la sentencia de la Corte di Cassazione de 15 de marzo de 2012, n° 4184. En esta sentencia, el tribunal italiano afirma que las parejas homosexuales deben tener el mismo tratamiento que las parejas casadas (G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 513).

<sup>14</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 600.

<sup>15</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 601.

<sup>16</sup> A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, pp. 107-108; G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 514.

al Derecho marroquí, aunque esta ley marroquí es discriminatoria en abstracto, en el caso concreto supone conseguir el mismo resultado válido que el obtenido aplicando el Derecho español del foro, y, por lo tanto, no podría alegarse orden público frente a la ley extranjera<sup>17</sup>.

## b) Supuestos en los que podría admitirse el orden público

19. En sentido contrario, debería alegarse orden público frente a un Derecho extranjero que trata de forma discriminatoria a los hijos ilegítimos frente a los legítimos, por vulneración del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>18</sup>.

20. También, debería rechazarse la aplicación de una ley extranjera que es discriminatoria por razón de género, tal como ocurre, por ejemplo, con la ley marroquí que dispone que “*en caso de que varias personas sean instituidas como herederas por tanzil, de sexo masculino o femenino, y el testador exprese claramente «asignarles lo que hubiese heredado su padre si estuviera vivo» o «ponerlos en su lugar», la división se efectuará entre los beneficiarios de modo que el hombre reciba una parte doble de la que recibe la mujer*” (art. 319 del Código de Familia -Mudawwana 2004-)<sup>19</sup>.

21. Otro ejemplo de ley extranjera que atenta contra el orden público europeo es aquella que considera válido un testamento en el que se condiciona la posibilidad de heredar al hecho de que la mujer y los hijos del heredero se hayan convertido al judaísmo (Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 21 noviembre 2012).

22. Por su parte, el artículo 19 de la loi francesa de 14 de julio de 1819 fue declarada inconstitucional por ser discriminatoria por razón de nacionalidad y beneficiar a los herederos franceses frente a los extranjeros (Decisión nº 2011-159 QPC del Conseil Constitutionnel)<sup>20</sup>.

23. También se puede alegar orden público frente a leyes extranjeras que exijan que los bienes de los difuntos pasen a ser propiedad del Estado o que no prevean la libertad de testamento, esto es, que no contemplen la posibilidad de que el causante disponga de sus bienes, aunque sea con limitaciones<sup>21</sup>.

Del mismo modo, debería intervenir el orden público frente a leyes extranjeras que prevean causas de desheredación que atenten contra la libertad individual del heredero de manera inadmisibles<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 588-589.

<sup>18</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (II)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1985, de 15 de marzo de 2005, pp. 1132-1135.

*Vid.*, en este sentido, STEDH 13 junio 1979, *Marckx c. Bélgica*, (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-13-juin-1979-marckx-c-belgique-affaire-numero-683374/>); STEDH 28 octubre 1987, *Inze c. Austria* (TEDH 1987\28); STEDH 1 febrero 2000, *Mazurek c. Francia* (TEDH 2000\45); STEDH 13 julio 2004, *Pla y Puncernau c. Andorra* (TEDH 2004\49); STEDH 22 diciembre 2004, *Merger y Cros c. Francia* (JUR 2005\43400); STEDH 28 mayo 2009, *Brauer c. Alemania* (TEDH 2009\60); STEDH 28 junio 2013, *Fabris c. Francia* (JUR 2013\215943); STEDH 24 julio 2003, *Karner c. Austria* (TEDH 2003\50).

El artículo 14 del CEDH establece que “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

<sup>19</sup> [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1\\_2030\\_nueva\\_mudawwana\\_marroqui.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf).

*Vid.*, en este sentido de considerar atentatoria contra el orden público una ley extranjera discriminatoria por razón de sexo, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (II)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1985, de 15 de marzo de 2005, pp. 1135-1142; G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 516.

<sup>20</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 579.

<sup>21</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 599.

<sup>22</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 600.

### C. Orden público en el caso concreto

24. El Considerando 58 exige que el orden público deba apreciarse en el caso concreto, no en general<sup>23</sup>. Esto es, no es relevante que el tenor literal de la ley extranjera a la que remite el Reglamento sucesorio atente contra el orden público del foro, lo importante es que la aplicación de esa ley extranjera en el caso concreto suponga ese atentado a los principios fundamentales del ordenamiento del foro.

### D. Orden público de proximidad

25. Para que el orden público opere es necesario que el supuesto de hecho se encuentre estrechamente vinculado con el Estado de foro. Sólo de esta manera, esto es, si el caso en cuestión forma parte de la organización jurídica de la sociedad, la aplicación de la ley extranjera podría vulnerar los principios fundamentales del foro<sup>24</sup>. Así, al menos, es interpretado este problema de aplicación en España, en Alemania y en Suiza<sup>25</sup>.

Cuanto más vinculada se encuentra la situación con el Estado del foro, más puede operar el orden público por vulneración de los principios fundamentales de ese Estado<sup>26</sup>. La sucesión se encontrará relacionada con el foro por vínculos personales del difunto -residencia habitual, nacionalidad, etc.- o por vínculos relativos a los bienes -lugar de situación-<sup>27</sup>.

### E. Carácter potestativo para los tribunales

26. La aplicación del orden público es potestativa para los tribunales y demás autoridades competentes. En efecto, el Considerando 58 indica que estos órganos competentes *deben tener la posibilidad* de alegar orden público para descartar la aplicación de una ley extranjera. Lo cual, también, redundaría en el carácter excepcional de este mecanismo.

### F. Orden público parcial

27. Por último, es posible alegar orden público parcial. Tal como recoge el Considerando 58, lo que puede impedir aplicar una ley extranjera en este caso, no es que la legislación foránea sea contraria al orden público del foro, es suficiente con que lo sea alguna disposición de la misma. Por lo tanto, sería posible descartar la aplicación de esas disposiciones contrarias al orden público y seguir aplicando el resto de la legislación extranjera a la que ha remitido el Reglamento sucesorio<sup>28</sup>.

## 3. Solución al problema del orden público

28. El orden público plantea el problema de que la ley extranjera a la que conduce la norma de conflicto no puede ser aplicada en el caso concreto. Sin embargo, el Reglamento sucesorio no indica

<sup>23</sup> A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 577-578.

<sup>24</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260.

Sin embargo, algunos autores consideran que cuando se vulnera el principio de igualdad por razón de religión debería alegarse orden público siempre, aunque el único vínculo del caso con el foro sea el elemento que se ha utilizado para determinar la competencia de ese tribunal (A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 585)

<sup>25</sup> *Vid.*, en relación con España, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260. *Vid.*, en relación con Alemania y Suiza, A. WYSOCKA, "La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones", *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 932.

<sup>26</sup> A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 578

<sup>27</sup> A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 578-579.

<sup>28</sup> A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 579.

cómo solucionar la situación creada. Esto es, si el Derecho extranjero no puede ser aplicado, cabría preguntarse qué ley debe utilizar el tribunal competente para resolver el caso planteado ante él.

**29.** Como el texto europeo de sucesiones no dispone nada al efecto, y ante la falta de jurisprudencia del TJUE en este caso, habría que acudir a la solución recogida en la norma de producción interna del foro<sup>29</sup>. Si el foro es España, habría que tener en cuenta el artículo 12.3 CC. Sin embargo, este precepto del Código Civil, que regula el orden público, tampoco recoge una solución a este problema de aplicación. En este escenario, el tribunal competente deberá tener en cuenta varias opciones al respecto<sup>30</sup>.

Por un lado, debería solucionarse el problema sin salir del Reglamento. En este caso, se podría aplicar el siguiente punto de conexión que recoge la norma. De esta manera, si la ley rectora de la sucesión es la de la nacionalidad del causante, por haber sido elegida por él, y este Derecho atenta contra el orden público del foro, el juez competente deberá aplicar el siguiente punto de conexión, esto es, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento.

Otra opción, respetuosa con el Reglamento, es solucionar el problema desde el Derecho extranjero al que ha remitido la norma de conflicto, aplicando por analogía otras de sus disposiciones<sup>31</sup>. Así, por ejemplo, si el ordenamiento extranjero es discriminatorio porque la mujer tiene derecho a menos herencia que el hombre, se podría resolver la laguna que supone la activación del orden público, considerando que aquella tiene el mismo derecho que este<sup>32</sup>.

Por otro lado, ante el silencio del Reglamento habrá que estar a lo dispuesto en el Derecho del foro para resolver esta situación. Con esta segunda opción, la solución al problema será, normalmente, la aplicación de la *Lex fori*. Esta respuesta al problema de determinación del Derecho finalmente aplicable cuando concurre el orden público es la preferible<sup>33</sup>.

#### 4. Orden público y legítimas

**30.** El orden público en materia sucesoria tiene especial relevancia en relación con las legítimas. Como ya se ha comentado anteriormente, en la Unión Europea en particular, y en todos los ordenamientos del mundo en general, la regulación material de las sucesiones es diferente. No obstante lo anterior, podríamos hablar de dos grandes formas de legislar en este tema. Existen sistemas jurídicos en los que hay libertad absoluta de testar. Se trata, principalmente, de los ordenamientos del *Common Law*, en los que el causante puede disponer de sus bienes como crea oportuno, sin encontrarse obligado a dejarlos a determinados herederos. Por otro lado, en los sistemas del *Civil Law*, normalmente, el testador no tiene plena libertad a la hora de repartir sus bienes. En estos ordenamientos existen las legítimas como parte de la herencia que necesariamente corresponden a determinados familiares<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 518.

<sup>30</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 355

<sup>31</sup> A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 580.

<sup>32</sup> A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 580.

<sup>33</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 262.

<sup>34</sup> Algunos autores consideran que estas diferencias son más teóricas que reales puesto que, habitualmente, los herederos en los ordenamientos en los que existe libertad de testar son los legitimarios en los ordenamientos en los que hay legítimas, por lo tanto, no suelen plantearse problemas en relación con la protección que brindan estas últimas (J.W. MCKNIGHT, "Spanish legitimum in the United States - Its survival and decline", *American Journal of Comparative Law*, n° 44, 1996, p. 75).

*Vid.*, en relación con la diferencia en materia de sucesiones entre los países de *Civil Law* y los de *Common Law*, A. YBARRA BORES, "La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012", *CDT*, vol. 10, n° 1, 2018, pp. 466-488; A. YBARRA BORES, "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *CDT*, vol. 7, n° 1, 2015, pp. 226-254; J.M. FONTANELLAS MORELL, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", *CDT*, vol. 10, n° 2, 2018, pp. 376-408

**31.** Aunque seguramente sea por todos sabido, conviene recordar que la “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*” (art. 806 CC).

El TS afirma que “*La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante*”<sup>35</sup> (STS de 13 octubre 2005, FD Primero).

**32.** Conociendo el principio inspirador de cada uno de estos dos sistemas, la pregunta surge espontánea. Si, en virtud del Reglamento sucesorio, la ley aplicable es la de un ordenamiento anglosajón y el tribunal competente pertenece a un Estado del Civil Law, cabría preguntarse si prosperará la alegación del orden público para impedir la aplicación de la ley extranjera que no prevé legítimas<sup>36</sup>.

**33.** El orden público en materia estrictamente sucesoria puede ser diferente según sea el Estado donde se encuentre el tribunal competente. Como ya se ha explicado, los principios fundamentales existentes específicamente en materia sucesoria en cada Estado pueden no ser coincidentes. Por esta razón, hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto, la definición de orden público en este ámbito debe ser realizada por los tribunales nacionales competentes de cada Estado. Y, ocurre que las legítimas no son consideradas orden público en España, en Suiza, en Italia o en Francia y sí lo son en Alemania, Luxemburgo o Bélgica, por ejemplo<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> STS núm. 765/2005, de 13 octubre 2005 (RJ2005\7233)

<sup>36</sup> La Propuesta de Reglamento de sucesiones sí contemplaba las legítimas como orden público (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14 octubre 2009, COM(2009) 154 final). El artículo 27.2 de este texto establecía que “*En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento solo podrá considerarse contraria al orden público del foro si sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria son diferentes de las disposiciones vigentes en el foro*”.

<sup>37</sup> En relación con España, Suiza o Italia, *vid.*, A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 590-591.

En relación con Alemania y Luxemburgo, *vid.*, A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 240. En relación con Alemania, *vid.*, A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, n° 4, 2010, p. 610; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 265.

En relación con Bélgica, Alemania y Francia, *vid.*, A. WYSOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones”, *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 935.

En Alemania, en el año 2005, la Corte Constituyente ha afirmado que las legítimas de los hijos se encuentran protegidas en la Constitución alemana, por lo que, la doctrina entiende que deben considerarse de orden público (A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, n° 4, 2010, p. 610; A. BONOMI, “Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l’empire du futur règlement européen?”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, p. 272; A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 590-591).

En Bélgica, el art. 72 del Código de Derecho Internacional Privado belga indica que la autonomía de la voluntad en materia sucesoria encuentra el límite de la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley que habría sido aplicable en defecto de elección. Y, dentro de esas disposiciones imperativas se encuentran las legítimas. Dicho de otro modo, la autonomía de la voluntad sólo tiene efectos en la parte de la herencia disponible para el causante (P. WAUTELET, “Le nouveau régime des successions internationales”, *Revue general de droit civil belge*, t. 7, 2005, p. 380-381).

En Francia, el Tribunal de Instance de París consideró que las legítimas eran de orden público, en sentencia de 3 de diciembre de 1973 (*vid.*, comentario en *RCDIP* 1974, pp. 653-657, esp. 656) (*vid.*, en este sentido, S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d’ordre public en droit international privé suisse. Personnes-Famille-Successions*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 587). Sin embargo, en sentencia de 13 de julio de 2013 ha dicho lo contrario (A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 592).

En Italia, en cambio, la Corte de Casación ha afirmado que las legítimas no se encuentran reguladas en la Constitución y que, por lo tanto, el legislador italiano puede modificarlas e, incluso, suprimirlas. Esto supone que las legítimas no forman parte del orden público italiano (Cass. Civ., II sez., 24 junio 1996, n. 5832, *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, 1997, pp. 165-167, Comentario de E. CALÒ en pp. 167-173).

34. Como acabamos de comentar, en España, el Tribunal Supremo ha establecido que las legítimas no son orden público a estos efectos<sup>38</sup>. En su sentencia, el Tribunal expresamente afirma que “*La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno*”. Es lógico, sabiendo que algunos ordenamientos forales españoles no prevén legítimas<sup>39</sup>. Ordenamientos como el aragonés o el de Vizcaya<sup>40</sup>.

En otras decisiones del Tribunal Supremo se realiza la misma afirmación pero de forma tácita, admitiendo la aplicación en España de leyes que, bien no prevén las legítimas -ley inglesa, por ejemplo-, o bien las prevén pero en cuantía diferente -ley italiana, en otro caso-<sup>41</sup>.

Las instancias judiciales inferiores también se han pronunciado en este sentido de considerar que las legítimas no forman parte del orden público español<sup>42</sup>. Así, la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002 o la SAP de Granada de 19 julio 2004.

35. La doctrina más autorizada considera que el TJUE, cuando se pronuncie al respecto, teniendo en cuenta la *orientación liberal* del Reglamento sucesorio, establecerá un límite europeo al orden público nacional descartando las legítimas como parte del mismo<sup>43</sup>. Ya el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, en respuesta a una pregunta relacionada con el Libro Verde de la Comisión Europea en materia de sucesiones y testamentos, afirmó que “*The reserved portion is governed by the law applicable to succession and should not be subject to international public policy or overriding mandatory rules*”<sup>44</sup>.

Otros argumentos que aporta la doctrina para descartar la idea de que las legítimas sean de orden público son que, por un lado, uno de los principios inspiradores del Reglamento sucesorio es la unidad de ley, la cual se vería truncada si se admitiera aplicar la ley del foro a las legítimas<sup>45</sup>. Por otro lado, sabiendo

<sup>38</sup> STS núm. 887/1996, de 15 noviembre, RJ/1996\8212, FD Octavo. El TS no se ha manifestado siempre igual en relación con la legítima. Así, en la STS de 23 octubre 1992 consideró lo contrario, esto es, que la legítima sí formaba parte del orden público español y que corresponde a los tribunales españoles determinarlo (STS 23 octubre 1992, RJ 1992\8280, FD Cuarto).

*Vid.*, en este sentido de no poder alegar orden público para proteger las legítimas, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 882.

<sup>39</sup> A. BONOMI, “Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l’empire du futur règlement européen?”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, p. 272

<sup>40</sup> SAP de Alicante, de 27 febrero 2004 (JUR 2004\83985)

<sup>41</sup> STS núm. 436/1999, de 21 mayo (RJ 1999\4580), en relación con el Derecho inglés; STS núm. 765/2005, de 13 octubre (RJ 2005\7233), en relación con el Derecho italiano

El Código civil italiano regula las legítimas en los artículos 536-552 ([http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/cod-civ/Lib2.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/cod-civ/Lib2.htm))

<sup>42</sup> SAP de Málaga, de 13 de marzo de 2002 (AC 2002\1287); SAP de Granada, de 19 julio 2004 (AC 2004\1527).

<sup>43</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 265. *Vid.*, también, P. LAGARDE, “Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions” en *Pacis Artes (Libro homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Eurolex, Madrid, 2005, p. 1708; A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 592-594. En relación al carácter liberal del Reglamento y a su apuesta por dar preferencia a la libertad de testar frente a las legítimas, *vid.*, A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, n° 4, 2010, p. 606.

Para los notarios, en cambio, sí es importante entender que las legítimas sean orden público del foro (G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 508). Así lo defendieron en Francia con argumentaciones que la doctrina cree que enmascaran la verdadera razón de esa pretensión, cual es, su monopolio como garantes del cumplimiento de la ley, en este caso, del respeto a las legítimas (A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, pp. 241-242).

<sup>44</sup> T.M. DE BOER, “Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community”, en A. MALATESTA/S. BARIATTI/F. POCAR (eds.), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, CEDAM, Padova, p. 12 (pp. 295-330).

Resumen de las respuestas del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado en: Audition Publique “Sucessions et testaments”, Bruxelles 30 novembre 2006 ([http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary\\_contributions\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_contributions_successions_fr.pdf))

<sup>45</sup> A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 241; A. WYSOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones”, *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 934.

que no hay armonización en el Derecho material de sucesiones y que el Reglamento busca esa armonización en conflicto de leyes, si se admitiera la aplicación de la ley del foro para alegar las legítimas se estaría desvirtuando esa uniformidad en la norma de conflicto<sup>46</sup>. También, el hecho de que las conexiones utilizadas por el Reglamento sean la residencia habitual o la nacionalidad implica que el legislador no considera la protección de las legítimas, ya que, el causante podría cambiar de residencia habitual o elegir la ley de su nacionalidad para evitar respetarlas<sup>47</sup> -siempre que esto no constituya fraude de ley-. Otro argumento en este sentido sería que en la Propuesta de Reglamento sí se aludía a las legítimas para impedir la aplicación de la ley extranjera y, en cambio, en el texto definitivo de la norma ha desaparecido esta alusión<sup>48</sup>.

**36.** Al margen de lo anterior, no podría alegarse orden público frente a leyes extranjeras que prevean legítimas en cuantía inferior a la ley del foro o que se basen en métodos de cálculo de la legítima diferentes o que determinen que las personas legitimarias son distintas de las previstas en la ley del foro<sup>49</sup>. En este último caso, no obstante, algunos autores, como veremos a continuación, recogen que la mayoría de las legislaciones contemplan las legítimas para proteger a dos parientes muy especiales, los hijos menores de edad y el cónyuge superviviente. En relación a ellos, si no pudieran recibir protección por otras vías, deberían recibirla por esta<sup>50</sup>.

**37.** Por todo lo anterior, el orden público del foro no debe intervenir, a priori, contra leyes extranjeras que no reconocen las legítimas. Sin embargo, al aplicarlo en el caso concreto, podría alegarse para no dejar sin herencia a determinados familiares que se encuentran en una situación de debilidad económica<sup>51</sup>. Ejemplo de esto último sería dejar sin recursos a hijos de corta edad o en etapa de estudios<sup>52</sup>. En este caso, no obstante, no estaríamos hablando de protección de las legítimas como razón a alegar para que estas personas no se vean desheredadas<sup>53</sup>.

## 5. Orden público y disposiciones mortis causa

**38.** El artículo 3.1.d) del Reglamento sucesorio define las disposiciones mortis causa como los testamentos, los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios. Pues bien, en nuestro Código Civil español, los testamentos mancomunados están prohibidos y los pactos sucesorios también.

<sup>46</sup> A. DEVAUX, "The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?", *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 241.

<sup>47</sup> G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 509-510.

<sup>48</sup> G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 510-511.

<sup>49</sup> G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 511; A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 595-596.

<sup>50</sup> G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 512; A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 597.

<sup>51</sup> P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 710. *Vid.*, también, en este sentido, A. BONOMI, "Il Regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, n° 2, 2013, p. 310; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes-Famille-Successions*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 589; A. BONOMI, "Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, p. 272; F.M. WILKE, "Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, núm. 9, p. 607.

Algunos autores consideran que se debería alegar orden público en esta situación de familiares próximos en situación de necesidad pero sólo si la sucesión presenta vínculos estrechos con el país del foro. En este sentido, la simple existencia de bienes en el Estado del tribunal competente no es suficiente para afirmar esa relación estrecha con el foro (A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 599).

<sup>52</sup> P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 710.

<sup>53</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 265.

En este contexto, podríamos preguntarnos si se podría alegar orden público del foro para no aplicar en España una ley extranjera que regule un testamento mancomunado o un pacto sucesorio.

**39.** Volvemos al principio del apartado para aludir de nuevo al Reglamento sucesorio y poner énfasis en el hecho de que el texto europeo contempla los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios, por lo tanto, ya sólo con este dato no se debería poder alegar orden público en estos casos<sup>54</sup>.

Efectivamente, en ningún Estado parte del Reglamento se podrá alegar orden público frente a un pacto sucesorio, por ejemplo, ya que, aunque no lo contemple en su Derecho, o, incluso, lo prohíba, al formar parte el Reglamento de ese ordenamiento jurídico y tratarse de una norma jerárquicamente superior a las normas de producción interna, el legislador está aceptando que puedan tener efectos los pactos sucesorios en su ordenamiento<sup>55</sup>.

### A. Orden público español y testamentos mancomunados

**40.** En relación a los testamentos mancomunados, el artículo 669 del CC prohíbe la posibilidad de “*testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*”.

Sin embargo, en algunos ordenamientos forales españoles, como el navarro, el aragonés, el gallego o el del País Vasco sí se contempla esta posibilidad de realizar un testamento mancomunado<sup>56</sup>; razón por la cual la doctrina entiende que no puede alegarse orden público para impedir la aplicación de una ley extranjera que considera válido un testamento mancomunado<sup>57</sup>.

**41.** Esta situación ha llevado al Tribunal Supremo español a no alegar orden público internacional frente al Derecho alemán por regular éste la irrevocabilidad de un testamento mancomunado.

Así lo recoge la sentencia del TS, de 8 de octubre de 2010, al resolver un recurso de casación interpuesto por la tercera esposa del causante frente a los herederos de éste –sus nietos-, herederos determinados a través de un testamento mancomunado realizado por el causante y por su segunda esposa<sup>58</sup>. En esta sentencia, la recurrente solicita la nulidad del testamento mancomunado debido al otorgamiento de un segundo testamento, posterior, realizado por el causante en el cual la declara heredera universal de sus bienes y revoca todos los actos de última voluntad anteriores. En el testamento mancomunado se instituyeron herederos universales recíprocos, el causante y la segunda esposa, y dispusieron que, a la muerte del supérstite, el heredero sería el hijo del primer causante. Este testamento no podía modificarse salvo para sustituir como heredero del cónyuge supérstite al hijo del causante por los descendientes de éste –nietos del causante-. Modificación que, efectivamente, el causante realizó a la muerte de la segunda esposa. La recurrente alega, para dar validez al segundo testamento del causante, el orden público internacional español frente a la irrevocabilidad del testamento mancomunado en Derecho alemán, puesto que, según el Derecho español, artículos 737 y 739 del Código Civil, los testamentos son *esencialmente revocables*. El TS afirmó en esta sentencia que la irrevocabilidad de los testamentos no es una cuestión de orden público, ya que, entre otras razones, en el ordenamiento español, en los Derechos forales que regulan el testamento mancomunado, se contempla esta posibilidad de que este documento no pueda ser

<sup>54</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 266.

<sup>55</sup> A. BONOMI, “Article 25” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 431

<sup>56</sup> E. ZABALO ESCUDERO, ‘El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés’, *Revista General de Derecho* 541-542 (1989), pp. 6353; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 863.

<sup>57</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 865. En las páginas 860-865 los autores mencionados repasan la jurisprudencia francesa, la griega y la española en relación con este tema.

<sup>58</sup> STS núm. 602/2010, de 8 de octubre (RJ2010\8009), FD. Tercero

revocado, por lo que no podría alegarse orden público para no aplicar un Derecho extranjero que dice lo mismo que un Derecho foral español<sup>59</sup>.

42. Lo dicho en relación con el ordenamiento español debe ser extrapolado al resto de Estados parte del Reglamento, precisamente por la razón de que el propio texto reglamentario regula este tipo de testamentos<sup>60</sup>.

## B. Orden público español y pactos sucesorios

43. En el ordenamiento español los pactos sucesorios son una institución que se encuentra prohibida. Los artículos 658 y 1271 CC recogen esta prohibición.

Así, por ejemplo, el artículo 1271 establece que “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun la futuras. Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. (...)*”.

44. No obstante lo anterior, en el Código Civil español existen algunas referencias a este tipo de disposición mortis causa. Así, el artículo 826 alude a la promesa de mejorar o no mejorar, hecha en capitulaciones matrimoniales, en escritura pública, promesa que no puede ser revocada por el testador. Por su parte, el artículo 827 hace referencia a que la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales o mediante un contrato oneroso celebrado con un tercero, será irrevocable. Por último, el artículo 1341 recoge la posibilidad de que los futuros esposos, en capitulaciones matrimoniales, se donen bienes futuros para el caso de muerte, respetando las disposiciones del Código Civil referentes a la sucesión testada.

Por otro lado, en los ordenamientos forales de Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, País Vasco y Navarra, sí están regulados estos contratos sucesorios.

45. Por todo ello, no podría alegarse orden público internacional frente a una ley extranjera que regula los pactos sucesorios cuando en el ordenamiento español convivimos con ellos.

Son tres los argumentos que aporta la doctrina, en el marco del artículo 9.8 CC, para negar la alegación del orden público frente a una ley extranjera que admite los pactos sucesorios<sup>61</sup>. En primer lugar, las excepciones a la prohibición de este tipo de sucesión en nuestro ordenamiento común. En segundo lugar, la existencia, ya comentada, de ordenamientos forales en los que está regulada esta sucesión. Por último, los términos tan amplios en los que se expresa el artículo 9.8 CC –“sucesión por causa de muerte”-.

46. Lo dicho en relación con el ordenamiento español es válido para el resto de Estados parte del Reglamento, entre otras razones, por el hecho de que el propio Reglamento regula los pactos sucesorios<sup>62</sup>.

## III. Problemas de aplicación: Remisión a ordenamientos plurilegislativos

47. La remisión a ordenamientos plurilegislativos acontece cuando la ley aplicable en virtud de la norma de conflicto del foro es el ordenamiento jurídico de un Estado plurilegislativo.

Los ordenamientos plurilegislativos son aquellos en los que conviven diferentes unidades con Derecho propio. La existencia de varios ordenamientos dentro del mismo Estado puede deberse a razo-

<sup>59</sup> *Vid.*, también, la SAP de Alicante, de 17 de enero de 2013, en la que también se resuelve un recurso motivado por la validez de un testamento mancomunado alemán (SAP núm. 20/2013, de 17 de enero (JUR/2013/116346).

<sup>60</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 602.

<sup>61</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 872. En las páginas 868-871 los autores mencionados repasan la jurisprudencia francesa, de Mónaco, italiana y española en este tema.

<sup>62</sup> A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 601-602.

nes territoriales o a razones de tipo personal. En el último caso, cuando se trate de ordenamientos de base personal, la religión, etnia o cualquier otra circunstancia personal son los criterios que van a determinar la división del Estado<sup>63</sup>.

Ejemplos de ordenamientos plurilegislativos de base territorial son Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Australia o España. Ordenamientos plurilegislativos de base personal son Arabia Saudí, Irak, Líbano, Siria, Marruecos, Egipto o India, que tienen diferentes leyes en función a la religión de los ciudadanos<sup>64</sup>.

**48.** El Reglamento sucesorio regula este problema de aplicación en los artículos 36 y 37, distinguiendo entre ordenamientos de base territorial, recogidos en el primero de los preceptos mencionados, y ordenamientos de base personal en el segundo. En ambos, se utiliza el sistema subsidiario para determinar el ordenamiento finalmente aplicable<sup>65</sup>.

Con el sistema subsidiario, el legislador opta por la técnica de remisión indirecta en primer lugar y, después, en defecto de lo anterior, por la remisión directa<sup>66</sup>.

### 1. Ordenamientos plurilegislativos de base territorial (art. 36)

#### 49. Según el artículo 36:

*“1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.*

*2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes:*

*a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;*

<sup>63</sup> A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 605

<sup>64</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed, Comares, Granada, 2018, p. 247; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, 2016, p. 605

<sup>65</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 9.

<sup>66</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 9. Este autor realiza cuatro críticas a este método que ha elegido el legislador europeo para incorporar al Reglamento sucesorio (P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, pp. 15-22). Estas cuatro críticas son las siguientes: 1) incoherencia sistemática. En efecto, en la Unión Europea, por un lado, los Reglamentos en materia patrimonial -Roma I y Roma II- utilizan el método directo de determinación del ordenamiento aplicable mientras que los textos en materia de familia, por otro, emplean esta técnica subsidiaria -Reglamento de alimentos y Reglamento sucesorio-; 2) incoherencia estructural, porque el artículo 38 del Reglamento es totalmente innecesario adoptando un sistema subsidiario. Así es, la posibilidad de aplicar los artículos 36 y 37 a los conflictos de leyes internos que prescribe el artículo 38 sólo tendría sentido en el marco de un sistema de remisión directa; 3) la aplicación del Reglamento a extranjeros que fallecen en España. Los extranjeros no tienen vecindad civil española y éste es el criterio que utilizan las normas internas de conflicto de leyes en España para determinar la legislación aplicable en el caso de que la conexión sea la nacionalidad -conexión empleada por el artículo 9.8 CC-; 4) problemas de validez formal de las disposiciones mortis causa. El artículo 27 del Reglamento ofrece varias leyes conforme a las que pueden ser válidas las disposiciones por causa de muerte. Sin embargo, el artículo 75.1 del RES indica que si el Estado del foro es parte del Convenio de La Haya de 1961, esta será la norma que deberá seguirse al respecto (Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de validez de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988). Realmente, el artículo 27 del RES y el Convenio de La Haya recogen las mismas conexiones para dar validez a las disposiciones mortis causa, sin embargo, en el caso de ordenamientos plurilegislativos, mientras que el Convenio utiliza la expresión “ley del lugar” para conexiones territoriales, el Reglamento sucesorio habla de la “ley”. Por ello, en el primer caso, la determinación que realiza el texto convencional es directa y, en el segundo, tendremos que acudir al método subsidiario recogido en los artículos 36 y 37 para determinar el ordenamiento aplicable al caso, lo cual dificulta la validez de las disposiciones mortis causa en muchas ocasiones.

b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;

c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha.”

**50.** Como vemos, el legislador europeo del Reglamento sucesorio opta por la técnica de remisión indirecta para resolver el problema de ordenamientos plurilegislativos. Así es, en primer lugar, remite a la norma interna de conflicto de leyes del Estado del foro. No obstante lo anterior, en el caso en el que no exista regulación de producción interna en el ordenamiento del foro, el Reglamento recurre a la técnica de remisión directa y, directamente, indica cómo determinar el ordenamiento que debería ser aplicado al caso en cuestión.

Hay que tener en cuenta, al respecto, que el hecho de que el Derecho extranjero sea el correspondiente a un ordenamiento plurilegislativo no impide que pueda actuar el mecanismo del reenvío que puede realizar la norma de conflicto de la unidad territorial aplicable en el supuesto<sup>67</sup>.

**51** Algunos autores consideran que cuando el Reglamento alude a *las normas internas de conflicto de leyes* en el artículo 36.1, no sólo hace referencia a los supuestos en los que exista una sola norma interna de conflicto de leyes sino, también, a aquellos otros en los que haya varias, una por cada unidad territorial<sup>68</sup>. Argumentan para ello que, sólo entendido así el artículo 36.1 del Reglamento, se conseguiría respetar efectivamente la voluntad del legislador nacional y se resolverían de la misma forma los conflictos internos y los conflictos internacionales. En este sentido, si en el ordenamiento plurilegislativo hay varias normas internas de conflicto de leyes, la que habría que elegir a estos efectos sería la de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento –la de la residencia habitual del causante, por ejemplo<sup>69</sup>.

Esta interpretación del artículo 36.1 no es coherente con la existencia de la regla subsidiaria de determinación directa que recoge el propio precepto en el apartado segundo. Además, la elección de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento para aplicar su norma interna de conflicto de leyes no sería operativa en el caso de que la conexión empleada por el Reglamento no fuera territorial. Así es, cuando la conexión de la norma de conflicto del texto europeo es la nacionalidad, no po-

<sup>67</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 523; A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 607 y pp. 609-610; A. DAVI, “Le renvoi en droit international privé contemporain”, *Hague Recueil*, vol. 532, 2010, pp. 388-389.

<sup>68</sup> A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608.

<sup>69</sup> A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 609. Estos mismos autores, con esta interpretación del artículo 36.1, afirman que no tiene mucho sentido que se utilice este precepto cuando la norma de conflicto aplicable del Reglamento sea la cláusula de excepción del artículo 21.1. En efecto, en estos casos, la necesaria estrecha vinculación que debe tener el Estado en cuestión con la sucesión, por la aplicación de esta cláusula, se podría ver truncada si entrara en juego el precepto 36.1 para determinar el concreto ordenamiento jurídico aplicable al caso. No obstante lo cual, del mismo modo que sí se ha excluido la aceptación del reenvío en el caso de esta cláusula de excepción, no se ha hecho lo propio en relación con el artículo 36.1, por tanto, habría que aplicarlo cuando el Estado más vinculado con la sucesión sea un ordenamiento plurilegislativo (A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 611).

dría concretarse a priori ninguna unidad territorial a estos efectos. En este caso, dicen los autores, es cuando se tendría que acudir al artículo 36.2 y especificar la unidad territorial más vinculada con el causante<sup>70</sup>.

**52.** En el supuesto de que el causante haya elegido ley aplicable a su sucesión, si esa elección es la de una unidad territorial de un ordenamiento plurilegislativo, será válida si los artículos 36.1 o 36.2 remiten a ese territorio<sup>71</sup>. En efecto, puesto que el artículo 22 del Reglamento indica que el causante puede elegir la ley del Estado de la nacionalidad, los criterios de estos preceptos serán los que determinen si la unidad territorial escogida del Estado de su nacionalidad es válida como ley rectora de la sucesión. No obstante, en el supuesto de que no fuera válida la elección, la voluntad del causante debería considerarse como elemento a tener en cuenta de vinculación con el difunto en el marco del artículo 21.2 del Reglamento -cláusula de excepción- para determinar el Derecho finalmente aplicable<sup>72</sup>.

**53.** Utilizar el método indirecto y remitir, por tanto, a las normas internas de conflicto de leyes, supone que se respete la voluntad del legislador nacional en estos supuestos y que se resuelvan de la misma manera los conflictos de leyes internacionales y los conflictos de leyes internos<sup>73</sup>. Efectivamente, establecer que el Derecho aplicable sea el determinado por la norma interna de conflictos interregionales conlleva que haya unidad de soluciones en este contexto<sup>74</sup>.

#### A. Técnica de remisión indirecta (art. 36.1)

**54.** Cuando en el ordenamiento plurilegislativo al que remite la norma de conflicto del foro exista regulación para resolver el problema que estamos estudiando, deberá aplicarse dicha normativa específicamente prevista para ello. España es un ejemplo de este tipo de ordenamientos plurilegislativos<sup>75</sup>.

**55.** Los conceptos recogidos, tanto en la norma de conflicto del foro como en la norma interna de conflicto de leyes del ordenamiento plurilegislativo extranjero al que remite aquella, deben ser interpretados en el marco del texto normativo en el que se encuentran. Por lo tanto, no cabría realizar una interpretación autónoma de los conceptos empleados por la norma interna de conflicto de leyes<sup>76</sup>.

**56.** Como acabamos de mencionar, España es un ejemplo de ordenamiento plurilegislativo de base territorial. Y también es un ejemplo de regulación de este problema de aplicación. En efecto, el artículo 16 del Código Civil es la norma que indica qué ordenamiento español es el que debe aplicarse en el caso de que la norma de conflicto remita al Derecho español<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610

<sup>71</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Articles 36, 37 and 38", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 524; A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610 y pp. 613-614.

<sup>72</sup> A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Articles 36, 37 and 38", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 527

<sup>73</sup> A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608

<sup>74</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 14; A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608.

<sup>75</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 249.

<sup>76</sup> A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 611.

<sup>77</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 6.

Según el precepto aludido, habrá que aplicar las normas del Capítulo IV del Código Civil -capítulo dedicado al Derecho Internacional Privado- para resolver el conflicto de leyes interno.

Desarrollando el ejemplo español, si la ley aplicable es la de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1 RES) y el causante extranjero falleció teniendo su residencia habitual en España, habrá que aplicar el artículo 16 CC para identificar el Derecho, foral o común, que debe utilizarse para resolver la cuestión. El artículo 16 CC remite a las reglas del Capítulo IV del Código Civil, por lo tanto, tendremos que ir al artículo 9.8 CC, norma de conflicto de producción interna en materia de sucesiones. Según este precepto, la ley aplicable a la sucesión es la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento. El artículo 16 CC indica que la conexión ley personal debe entenderse como vecindad civil. Pero, los extranjeros no tienen vecindad civil en España. Cabría preguntarse, en este caso, qué criterio se puede arbitrar para solucionar esta indefinición.

Los autores aportan varias teorías para dar respuesta a esta situación<sup>78</sup>. Una de ellas es la que apuesta por aplicar el Derecho civil común<sup>79</sup>. Esta opción no es adecuada, ya que, en nuestro ordenamiento no existe preferencia por el Derecho común en relación con los ordenamientos forales<sup>80</sup>. Otra teoría es la que considera que debería aplicarse la unidad territorial que presente una mayor vinculación con el causante. En tercer lugar, aplicar el artículo 9.10 CC e ir a la unidad territorial donde el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento<sup>81</sup>. Esta es la solución que han propuesto algunos autores para resolver el problema cuando se acepta el reenvío de retorno<sup>82</sup>. Por último, también se propone aplicar el artículo 36.2 del Reglamento, entendiendo que cuando el texto dice que se aplicará en caso de que no existan normas de conflicto interregional, debe interpretarse de manera amplia para incluir también en su ámbito de aplicación los supuestos en los que, habiéndolas, no se adecúan al supuesto concreto<sup>83</sup>.

**57.** En realidad, si la conexión del Reglamento sucesorio que opera a la hora de determinar el Derecho aplicable es la del artículo 21.1 y acudimos al Derecho español por ser España el país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, no tiene mucho sentido dar tantas vueltas para poder llegar a la misma solución a la que se habría llegado de haber aplicado la técnica de remisión directa, cual es, aplicar el ordenamiento español donde el causante tenía su residencia habitual cuando falleció. Sin embargo, la realidad es que el legislador europeo exige tener en cuenta, en primer lugar, la forma de determinación del ordenamiento jurídico aplicable prevista por el legislador español.

**58.** La técnica de remisión directa fue el criterio seguido en el Proyecto de Reglamento de sucesiones. El artículo 28.1 de la Propuesta decía lo siguiente: “*En el caso de que un Estado comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesión por causa de muerte, cada unidad territorial se considerará un Estado a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento*”. Se desconocen las razones que propiciaron el cambio de sistema de determinación del Derecho aplicable en el texto final del Reglamento, sin embargo, las fuertes críticas de la doctrina al método directo pudieron haber contribuido al mismo<sup>84</sup>. Entre otras, la doctrina

<sup>78</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 267-268

<sup>79</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 17.

<sup>80</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 19; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 267.

<sup>81</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 268.

<sup>82</sup> A. FONT I SEGURA, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho Internacional privado”, *Indret*, núm. 2, abril 2007, p. 13

<sup>83</sup> A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 612; P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 19. Este último autor considera que es la mejor de las opciones planteadas.

<sup>84</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 12

no entendía que se aplicara el sistema directo en unos casos y la norma interna de conflicto de leyes en otros, según se tratara de un supuesto internacional o de un supuesto interno<sup>85</sup>.

## B. Técnica de remisión directa (art. 36.2)

59. El apartado segundo del artículo 36 prescribe cómo resolver este problema de aplicación cuando en el ordenamiento de foro no existe una norma interna de conflicto de leyes. Estados Unidos de América, Australia o Canadá son ejemplos de este tipo de Estados plurilegislativos<sup>86</sup>.

60. Los mismos autores que afirman que el artículo 36.1 debe aplicarse también cuando en el Estado plurilegislativo existan varias normas internas de conflicto de leyes –una por cada unidad territorial– indican que el artículo 36.2 debe tenerse en cuenta en los casos en los que no exista ninguna norma interna de conflicto de leyes –escenario que se plantea de modo muy excepcional– o cuando, habiéndola, sea única o plural, las conexiones que utilizan no se adecúan al caso concreto al no permitir determinar la unidad territorial aplicable –por ejemplo, en el caso de la vecindad civil de extranjeros en España–<sup>87</sup>.

61. El Reglamento sucesorio indica, en esta situación, que el territorio en el que se concrete el punto de conexión de la norma de conflicto será el que determine la ley aplicable (art. 36.2.c). Por esta razón, el apartado a) del precepto especifica que si la conexión es residencia habitual, el territorio cuya ley debe ser la aplicable será aquel en el que se encuentre la residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 36.2.a).

Sin embargo, si la conexión es la nacionalidad, la remisión directa no resuelve el problema. En este contexto, el Reglamento utiliza la vinculación más estrecha como criterio para determinar el ordenamiento aplicable<sup>88</sup>. Así, el artículo 36.2.b) establece que cuando la conexión sea la nacionalidad, se aplicará la ley del territorio que presente una vinculación más estrecha con el causante.

62. En este supuesto en el que el causante elige la ley de su nacionalidad para regir su sucesión, si el difunto no tiene ninguna vinculación con ese país de su nacionalidad, podría no encontrarse ninguna unidad territorial que represente una estrecha relación con el causante. En esta situación excepcional, debería considerarse que la elección de ley no es válida<sup>89</sup>.

## 2. Validez formal de las disposiciones mortis causa (art. 36.3)

63. Para determinar el ordenamiento jurídico aplicable en estos casos de validez formal de las disposiciones mortis causa, el Reglamento utiliza la técnica de remisión indirecta y, en defecto de norma interna de conflicto de leyes, dispone que será aplicable la ley de la unidad territorial más vinculada con el causante<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> L. GARAU JUANEDA, “The Spanish interregional law before a common European private international law”, *AEDIP*, vol. 6, 2006, p. 163; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, M.P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 43-46.

<sup>86</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 249.

<sup>87</sup> A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 612.

<sup>88</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 673.

<sup>89</sup> A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 615.

<sup>90</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 20. Este autor critica el método indirecto elegido por el legislador por no favorecer la validez de las disposiciones mortis causa.

64. En este sentido se debe recordar que, según el artículo 75 del Reglamento, los Estados miembros que son parte del Convenio de La Haya de 1961 seguirán aplicando esta norma, en lugar del artículo 27 del Reglamento, en lo que a validez de las disposiciones testamentarias se refiere.

Ambos preceptos, el artículo 27 del Reglamento y el artículo 1 del Convenio, recogen las mismas conexiones para determinar la validez de las disposiciones mortis causa, sin embargo, en caso de que el punto de conexión remita a un Estado plurilegislativo, la forma de determinar qué unidad territorial es la aplicable, es diferente en un texto y en otro<sup>91</sup>.

65. El Convenio de La Haya de 1961, en el artículo 1, utiliza la técnica mixta para determinar la ley aplicable en casos de Estados plurilegislativos, ya que, cuando la conexión es territorial estipula que el ordenamiento aplicable sea el designado por la conexión -técnica directa-, en cambio, cuando el punto de conexión es personal adopta la remisión indirecta<sup>92</sup>. Por lo tanto, sólo en el caso de que la conexión sea la nacionalidad, ambos textos, el Reglamento y el Convenio, aportarán la misma solución en supuestos de ordenamientos plurilegislativos, cual es, la que disponga la norma interna de conflicto de leyes y, en caso de que no exista esta norma, la ley de la unidad territorial más vinculada con el causante.

### 3. Ordenamientos plurilegislativos de base personal (art. 37)

66. El artículo 37 establece que *“toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha”*.

67. De nuevo, el legislador europeo opta por la remisión indirecta y, en el caso el que no existan normas de producción interna aplicables en esta situación, estipula que la ley aplicable será la de la unidad personal con el que el causante tenga una vinculación más estrecha.

En estos casos de ordenamientos plurilegislativos de base personal no es posible utilizar la técnica de remisión directa porque no hay territorios en los que concretar los puntos de conexión a efectos de determinar el ordenamiento aplicable<sup>93</sup>.

### 4. Conflictos internos de leyes (art. 38)

68. Por último, en relación con este tema, es necesario mencionar el artículo 38 del Reglamento. Según este precepto, *“Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”*.

69. Se trata de una norma que no obliga a los Estados a utilizar las soluciones del Reglamento para resolver los conflictos de leyes internos. Este precepto se aplica en el caso de ordenamientos plurilegislativos de base territorial<sup>94</sup>.

70. España es el único Estado plurilegislativo parte en el Reglamento y no se ha manifestado en el sentido de querer aplicar estas soluciones de la norma europea a los conflictos de leyes internos<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Instrumento de ratificación del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de validez de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

<sup>92</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 20.

<sup>93</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 673.

<sup>94</sup> P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 6.

<sup>95</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 529.

## IV. Problemas de aplicación: Reenvío

71. El reenvío es el problema de aplicación más importante en materia de sucesiones por dos razones. Por un lado, precisamente en sucesiones el TS empezó a crear la jurisprudencia existente sobre el reenvío, en el marco del artículo 9.8 CC<sup>96</sup>. Por otro, el Reglamento sucesorio europeo, lejos de prohibir el reenvío -como hacen todos los demás Reglamentos en materia de familia, en materia de obligaciones contractuales y en relación con las obligaciones extracontractuales-, lo admite y lo regula hasta de segundo grado.

### 1. Definición

72. El reenvío supone aplicar la norma de conflicto del ordenamiento extranjero al que conduce la norma de conflicto del foro. Esto se debe al principio de aplicación integral del Derecho extranjero, según el cual, la norma de conflicto del foro remite al entero ordenamiento jurídico extranjero, no sólo a las normas materiales, también a las conflictuales, y, por ello, como el supuesto de hecho es internacional, la norma aplicable en ese Derecho extranjero debe ser otra norma de conflicto<sup>97</sup>.

73. Además de lo anterior, la razón de ser del reenvío se encuentra en el clásico principio de Derecho Internacional Privado de la armonía internacional de soluciones<sup>98</sup>. El legislador europeo alude a ella cuando menciona la *coherencia internacional* como objetivo de la aceptación del reenvío (Considerando 57). Esto es, con esta figura se pretende, y se consigue, que el Derecho material aplicable al caso sea el mismo independientemente del juez que conozca del mismo, sea el del foro o sea el del Estado extranjero cuya norma de conflicto materializa el reenvío

74. El reenvío que puede admitirse en el marco del artículo 9.8 CC, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, no conduce a la armonía internacional de soluciones conflictual -lo que se persigue en el Reglamento sucesorio-, ya que, lo que tiene en cuenta el Tribunal español para aceptar el reenvío es que los Derechos materiales implicados, el extranjero y el español, se basen en principios similares. Y esto es armonía internacional de soluciones material, no conflictual<sup>99</sup>.

### 2. Clases

75. Existen dos clases de reenvío. Podemos hablar del reenvío de primer grado y del reenvío de segundo grado.

76. *Reenvío de primer grado o de retorno*. Este tipo de reenvío se produce cuando la norma de conflicto extranjera remite la regulación de la situación jurídica al Derecho del foro. De esta forma, el juez competente aplicará finalmente, si se acepta el reenvío, el Derecho propio.

<sup>96</sup> STS núm. 887/1996, de 15 noviembre (RJ/1996\8212); STS núm. 436/1999, 21 mayo 1999 (RJ 1999\4580); STS núm. 849/2002, 23 septiembre 2002 (RJ 2002\8029); STS núm. 490/2014, de 12 enero (RJ/2015\263).

<sup>97</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares Granada, 2018, p. 308. *Vid.*, también, I. CALVO VIDAL, "El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", *Bitácora Millennium DIPr* (<http://www.millenniumdipr.com/ba-6-el-reenvio-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones>).

<sup>98</sup> P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001, p. 140; D. DAMASCELLI, "I criteri di collegamnto impiegati dal regolamnto n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte", en P. FRANZINA/A. LEANDRO (a curda di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana di Studi, 2013, Giuffrè, Milano, p. 97; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 279-280.

Esta es la ventaja que menciona A. BONOMI acerca del reenvío. En cuanto a los inconvenientes, afirma que la complejidad en su aplicación es la principal razón negativa que podría aducirse al reenvío (A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, 2013, p. 307).

En relación con este clásico principio de Derecho Internacional Privado, *vid.*, M.-P. WELLER, "Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "Klassischen"IPR-Dogmatik?", *IPRax*, 5, 2011, pp. 429-437.

<sup>99</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 280; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, julio-diciembre 2007, vol. 55/2, p. 94

77. *Reenvío de segundo grado o reenvío ulterior.* En este caso, la norma de conflicto extranjera tiene un punto de conexión que indica que el Derecho aplicable a la cuestión es el de un tercer Estado. Cuando el reenvío no es de retorno se debe poner límite a las sucesivas remisiones que pueden realizar las normas de conflicto, ya que, de lo contrario, podría no concretarse el Derecho material aplicable por los múltiples reenvíos entre normas de conflicto que pueden encadenarse -reenvío de tercer grado, de cuarto, etc.-.

78. En el momento anterior a la aplicabilidad del Reglamento sucesorio, en el marco del artículo 12.2 CC, el reenvío admitido en España era únicamente el de retorno. Así es, este precepto del Código Civil, con redacción confusa eso sí, ha sido interpretado en este sentido de permitir que en España se acepte únicamente el reenvío que la norma de conflicto extranjera realice al ordenamiento español.

No obstante lo anterior, es cierto que en nuestro país convivimos con la Ley cambiaria y del cheque, que constituye una excepción al reenvío de retorno puesto que permite el reenvío de segundo grado<sup>100</sup>. Esta contradicción con el artículo 12.2 CC se debe a que esta Ley fue una copia ciega del llamado Derecho cambiario ginebrino<sup>101</sup>.

### 3. Regulación: Reglamento sucesorio europeo

79. Como se acaba de mencionar, el artículo 12.2 CC sólo admite el reenvío de retorno<sup>102</sup>. Sin embargo, como el Reglamento sucesorio regula el reenvío, cuando se trata de aplicar la norma de conflicto de este texto europeo, debemos tener en cuenta el artículo 34 y dar posibilidad a que concurra un reenvío de segundo grado<sup>103</sup>.

Este precepto donde se recoge la regulación del reenvío en el Reglamento sucesorio prescribe que “1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley. 2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30”.

80. En la Propuesta de Reglamento de sucesiones el reenvío no estaba permitido (art. 26). El precepto 26 decía que “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado”. En el texto definitivo de la norma, en cambio, como puede comprobarse, se admite hasta un reenvío de segundo grado<sup>104</sup>.

81. El Considerando 57, por su parte, estipula que “Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el presente Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. No obstante, se ha de excluir el reenvío en aquellos casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado”.

82. El supuesto habitual de reenvío será aquel en el que un nacional de un Estado miembro muere teniendo residencia habitual en un tercer Estado. El tribunal competente será europeo, de un Estado

<sup>100</sup> Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, BOE núm. 172, de 19 julio 1985.

<sup>101</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 246.

<sup>102</sup> Artículo 12.2 CC: *La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.*

<sup>103</sup> *Vid.*, en este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 276.

<sup>104</sup> A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 560.

parte del Reglamento, y aplicará la ley extranjera del tercer Estado de la residencia habitual del causante. La norma de conflicto de ese país tendrá un punto de conexión determinado por la nacionalidad del difunto, con lo cual, el juez competente tendrá que aceptar el reenvío que la norma de conflicto extranjera realiza a la ley de un país parte del Reglamento -reenvío de retorno de la letra a) del artículo 34-<sup>105</sup>.

**83.** Pese a lo anterior, en el marco del Reglamento sucesorio el reenvío no debe operar con asiduidad debido a que uno de los principios informadores de la norma es la coincidencia *fórum-ius*, por lo que, lo normal será que el tribunal competente aplique su propio Derecho y no un Derecho extranjero<sup>106</sup>.

En este sentido, lo común será que el reenvío pueda operar cuando el juez se declara competente por foros subsidiarios, aplicables en defecto de la residencia habitual del causante en un Estado parte del Reglamento<sup>107</sup>. Esto es, principalmente cuando el tribunal sea competente por el foro del artículo 10, foro del lugar de situación de los bienes<sup>108</sup>. En estos casos se rompe la coincidencia *fórum-ius* y podría activarse el reenvío.

**84.** Igualmente, el reenvío sólo puede plantearse cuando la norma de conflicto del foro remite al Derecho de un Estado no parte del Reglamento<sup>109</sup>. En efecto, entre Estados miembros no cabe el reenvío porque todos los países que son parte del Reglamento comparten la misma norma de conflicto en materia sucesoria, cual es, el propio Reglamento sucesorio, por lo que no puede plantearse que la norma de conflicto extranjera remita a otro ordenamiento jurídico distinto del propio.

#### A. Orígenes del artículo 34 del Reglamento sucesorio

**85.** Los dos tipos de reenvío regulados en el Reglamento de sucesiones, con la dicción literal recogida en el artículo 34, proceden del Derecho italiano y del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 agosto de 1989<sup>110</sup>.

**86.** En efecto, la ley italiana de Derecho internacional privado dispone en su artículo 13.1 que se deberá aceptar el reenvío cuando la norma de conflicto extranjera remita a otro Estado, que acepte ese reenvío, o cuando reenvíe al Derecho italiano<sup>111</sup>.

**87.** Por su parte, el Convenio de La Haya de 1989 regula en su artículo 4 el mismo reenvío de segundo grado que aparece recogido en la letra b) del artículo 34.1 del Reglamento<sup>112</sup>. Así es, según este precepto del Convenio, “*si la ley aplicable en virtud del artículo 3 fuera la de un Estado no contratante*”

<sup>105</sup> A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 487.

<sup>106</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 706; A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 86.

<sup>107</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 706; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 562.

<sup>108</sup> A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 86; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 562.

<sup>109</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 277; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 561.

<sup>110</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 283.

Convenio de La Haya sobre ley aplicable las sucesiones por causa de muerte, de 1 agosto 1989 (<https://assets.hcch.net/docs/829603f0-db31-476d-81ad-24759ccd190c.pdf>)

<sup>111</sup> Legge 218/1995 ([http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1995-06-03&atto.codiceRedazionale=095G0256&elenco30giorni=false](http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1995-06-03&atto.codiceRedazionale=095G0256&elenco30giorni=false))

<sup>112</sup> A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, 2013, pp. 85-86.

y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran, para toda o parte de la sucesión, a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado”.

Como puede observarse, la diferencia entre la regulación del Convenio y la del Reglamento se encuentra en el hecho de que el primero alude a la posibilidad de aceptar el reenvío aun cuando esto produzca una ruptura de la unidad de ley en el caso *-para toda o parte de la sucesión-*. Sin embargo, el legislador europeo ha guardado silencio en este punto en el Reglamento.

## B. Carácter obligatorio del reenvío

**88.** Según los términos en los que se expresa el legislador europeo en este artículo 34, el reenvío parece que debe ser obligatorio<sup>113</sup>. Inmediatamente surge la cuestión acerca de si puede alegarse el principio de unidad de ley que preside el Reglamento como límite a la aceptación del reenvío.

**89.** *Reenvío y fraccionamiento de la sucesión.* La unidad de ley es el sistema por el que opta el legislador europeo al designar un único ordenamiento como Derecho rector de la sucesión; si bien, con algunas excepciones.

Así, el Considerando 37 afirma que *por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia.*

**90.** Antes de la aplicabilidad del Reglamento sucesorio, el Tribunal Supremo español se había pronunciado en varias sentencias rechazando el reenvío cuando el mismo suponía un fraccionamiento legal de la sucesión (STS de 15 noviembre de 1996; STS de 21 marzo 1999; STS de 23 septiembre 2002). También la Corte de Casación francesa se ha manifestado en la misma línea en la sentencia de 20 junio 2006, *Wildenstein*, y en la sentencia de 11 de febrero de 2009, *Riley*<sup>114</sup>.

### a) Argumentos a favor de que la unidad de ley suponga un límite al reenvío

**91.** Además del ya mencionado Considerando 37 del Reglamento, algunos autores consideran que esta posición podría fundarse en el hecho de que el artículo 34, cuando regula el reenvío, utiliza el singular al mencionar la ley del Estado miembro o la ley del tercer Estado al que remite la norma de conflicto extranjera<sup>115</sup>. Esto es, el reenvío sólo podría operar, en este caso, si la ley aplicable fuera única.

**92.** Por otra parte, otros autores reflexionan al respecto y llegan a la conclusión de que no tendría mucho sentido no permitir que el causante elija varias leyes aplicables a su sucesión y que, por vía del reenvío, finalmente sean dos o más leyes las reguladoras de la misma<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 281-282.

<sup>114</sup> Sentencia de 11 de febrero 2009 comentada por B. ANCEL en *RCDIP*, nº 3, 2009, pp. 512-517 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020256521&fastReqId=330866670&fastPos=1>)

*Vid.*, también, sentencia de 23 de junio 2010, *Tassel*, comentada por B. ANCEL en *RCDIP*, nº 1, 2011, pp. 53-72. En esta sentencia no se trata el reenvío para determinar la ley aplicable sino el reenvío del Derecho español al Derecho francés para otorgar competencia judicial internacional al juez francés sobre la totalidad de la sucesión, incluyendo al bien inmueble situado en España. En virtud de ese reenvío, la ley española del lugar de situación de inmueble, aplicada por el juez francés, reenvía al Derecho francés por nacionalidad francesa del causante ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/637\\_23\\_16722.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/637_23_16722.html))

<sup>115</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, nº 4, 2012, p. 706; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 286.

<sup>116</sup> I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, núm. 328, 2012, p. 104.

## b) Argumentos a favor de admitir el reenvío aunque ello conlleve el fraccionamiento de la sucesión

93. Los argumentos esgrimidos para aceptar siempre el reenvío son compartidos por un sector doctrinal más amplio<sup>117</sup>.

Entre ellos, se encuentra el que afirma que el artículo 34.2 no alude a esta excepción del reenvío cuando menciona todos los supuestos en los que no debe operar este mecanismo, entendiendo que, al ser excepciones las recogidas en este precepto, deben ser interpretadas de manera estricta y no incluir, por tanto, entre ellas, otras cuestiones que no se mencionan en el artículo; el reenvío, por ejemplo<sup>118</sup>.

Con esta interpretación, partiendo del supuesto de que el legislador no se posiciona expresamente al respecto, se hace prevalecer las ventajas del reenvío frente a los inconvenientes de la escisión de la sucesión<sup>119</sup>.

94. El Considerando 37 del Reglamento, utilizado anteriormente para apoyar la opinión contraria, también puede alegarse para sostener que el reenvío no está prohibido cuando conduce al fraccionamiento de la sucesión. En efecto, cuando el Considerando afirma que *es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión*, la ley a la que se refiere es la ley designada por la norma de conflicto del Reglamento y no la ley a la que remite la norma de conflicto extranjera<sup>120</sup>.

95. También, se puede alegar el hecho de que el propio legislador europeo permite el fraccionamiento de la sucesión en determinadas circunstancias, como cuando opera el artículo 10.2 o el artículo 12. Estos preceptos regulan la posibilidad de que haya varias jurisdicciones para conocer de la misma sucesión, lo cual abre la puerta a que puedan ser varias las leyes aplicables<sup>121</sup>.

## C. Excepciones en el Reglamento sucesorio europeo

96. Tal como establece el artículo 34.2 del Reglamento, el reenvío no puede operar en los siguientes supuestos<sup>122</sup>.

1º) En los casos en los que se aplique la cláusula de excepción del artículo 21.2. Efectivamente, la ley del Estado más vinculado con el supuesto se aplica al caso en virtud de este precepto porque representa una estrecha conexión entre ese país y el causante. De admitirse el reenvío en estas circunstancias, podríamos aplicar finalmente a la sucesión el ordenamiento de un Estado que no presente una vinculación tan estrecha y no quedaría justificado, entonces, utilizar el artículo 21.1 y escapar de la ley

<sup>117</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287; D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamnto impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO (a curda di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Colladi Studi, 2013, Giuffrè, Milano, p. 98; A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 94-95; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, nº 4, 2012, p. 706; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales (le Règlement du 4 juillet 2012)*, ed. Defrénois, Paris, 2013, p. 12; I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, núm. 328, 2012, p. 104; A. BONOMI, “Il Regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, nº 2, 2013, p. 307.

<sup>118</sup> A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287.

<sup>119</sup> A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287.

<sup>120</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287.

<sup>121</sup> A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 574

<sup>122</sup> A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 479-486.

de la residencia habitual del causante en el momento el fallecimiento. En este marco, se hace prevalecer la proximidad frente a la uniformidad<sup>123</sup>.

2º) En los supuestos en los que el causante haya elegido ley aplicable a su sucesión (Considerando 57). En esta situación es natural entender que no puede operar el reenvío, ya que, de no ser así, se estaría defraudando la voluntad del difunto quien, al elegir un determinado Derecho, se debe presumir razonablemente que está escogiendo el Derecho material y no sus normas de conflicto<sup>124</sup>.

Por lo tanto, sólo cabrá aceptar el reenvío cuando la ley aplicable a la sucesión venga determinada por la residencia habitual del causante<sup>125</sup>. Y, además, esa conexión del difunto debe encontrarse en un tercer Estado no parte del Reglamento sucesorio<sup>126</sup>.

3º) En el marco del artículo 27 del Reglamento. En efecto, cuando se trata de determinar la validez formal de las disposiciones mortis causa, el legislador ofrece varias conexiones al respecto buscando la validez formal de las disposiciones mortis causa. El artículo 27 es una norma de conflicto materialmente orientada<sup>127</sup>. Pues bien, como la aceptación del reenvío puede reducir el número de estas leyes, debe rechazarse su aplicación<sup>128</sup>.

4º) Respecto de la validez formal de la declaración de aceptación o renuncia de la herencia (art. 28. b) RES). En este caso, el legislador elige, en la letra b del precepto, la residencia habitual del causante como punto de conexión, y lo hace teniendo en cuenta el contenido material de ese Derecho<sup>129</sup>.

5º) En relación con las leyes de policía que imponen algunas restricciones aplicables para suceder en relación con determinados bienes (art. 30 RES)<sup>130</sup>. Razones de soberanía estatal justifican que la ley material del lugar de situación de esos bienes sea la que deba regir este aspecto<sup>131</sup>.

#### D. Reenvío de retorno (art. 34.1.a)

**97.** El Reglamento considera a todos los Estados parte del mismo como un solo país a estos efectos. Así, cuando regula el reenvío de retorno no exige que la norma de conflicto extranjera reenvíe al Derecho del foro, sino que permite que lo haga al ordenamiento de cualquiera de los Estados parte de la norma.

**98.** Lo anterior significa que si el tribunal competente se encuentra en España -por ser España el lugar de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento- y la ley aplicable es la inglesa porque así lo ha establecido el causante escogiéndola, si el único patrimonio del difunto es una casa que posee en Francia, por el *reenvío de segundo grado europeo* del Derecho inglés al Derecho fran-

<sup>123</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 571.

<sup>124</sup> P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001, pp. 214-215; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 278-279; I. CALVO VIDAL, "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, núm. 328, 2012, p. 104; A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 571.

*Vid.*, también, en este sentido, RDGRN de 4 julio 2016 (RJ 2016\4032)

<sup>125</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 658.

<sup>126</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 659.

<sup>127</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 660.

<sup>128</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 572.

<sup>129</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 278.

<sup>130</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 572.

<sup>131</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 278.

cés, el juez español no aplicaría el Derecho español -que sería lo lógico en el caso de admitir el reenvío de retorno- sino que aplicará el Derecho francés al fondo de la sucesión del sujeto inglés<sup>132</sup>.

**99.** En este punto podríamos plantearnos si sería posible el reenvío cuando la ley del foro o la ley de un Estado parte del Reglamento es la finalmente aplicable, pero no por remisión directa de la norma de conflicto extranjera, sino como resultado del encadenamiento de varios reenvíos -reenvío de segundo grado, de tercer grado, etc.-.

Nos estamos refiriendo a supuestos como el siguiente<sup>133</sup>. Pensemos en un nacional inglés con residencia habitual en Japón y con un bien inmueble en Francia. El juez francés competente deberá aplicar la ley japonesa. En el ordenamiento japonés, la norma de conflicto en materia de sucesiones remite a la ley de la nacionalidad del causante -Derecho inglés, por tanto-. Sin embargo, la ley inglesa tiene el lugar de situación del bien inmueble como conexión en materia de sucesiones inmobiliarias, por lo tanto, por el segundo reenvío de la ley inglesa a la francesa, el juez francés aplicará finalmente la ley propia, la francesa. Llegamos, de esta manera, a la solución recogida en la letra a) del artículo 34.1 -ley del foro-, si bien, no por un solo reenvío sino por la activación de dos.

La doctrina considera que sí deberían admitirse esos varios reenvíos si con ellos se consigue aplicar al caso la ley prescrita por el Reglamento, la ley del foro o la ley de otro Estado parte de la norma<sup>134</sup>.

### **E. Reenvío de segundo grado (art. 34.1.b)**

**100.** El apartado b) del artículo 34.1 admite el reenvío de segundo grado cuando concurren dos circunstancias de forma cumulativa.

- 1º) Por un lado, la norma de conflicto del foro debe remitir, tal como ya hemos comentado, al ordenamiento de un Estado no parte del Reglamento.
- 2º) Por otro lado, la norma de conflicto extranjera debe remitir a otro ordenamiento no parte del Reglamento, cuya norma de conflicto indique que se debe aplicar la ley propia.

**101.** Con la admisión del reenvío de segundo grado se alcanza la armonía internacional de soluciones, entendida esta en el sentido que tiene para el legislador europeo, esto es, en el sentido de coherencia internacional, debido a que los tres países implicados en el caso aplicarían el mismo Derecho material para resolver el fondo del asunto<sup>135</sup>.

**102.** En el supuesto de que no pueda operar el reenvío de segundo grado porque la norma de conflicto del tercer Estado no prevea la aplicación de la ley propia, el ordenamiento que deberá tenerse en cuenta en este escenario es el Derecho material al que remita la norma de conflicto del foro<sup>136</sup>.

**103.** También, en el marco del reenvío de segundo grado, algunos autores consideran que se debería aceptar si finalmente se aplica la ley del país al que conduce la última norma de conflicto aplicable, con independencia de que este resultado se consiga con dos reenvíos o con más<sup>137</sup>. Con un ejemplo se puede ilustrar mejor el escenario planteado.

<sup>132</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 659.

<sup>133</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 569.

<sup>134</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 568.

<sup>135</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 277.

<sup>136</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 569.

<sup>137</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 570.

El caso es el de un nacional inglés con residencia habitual en Japón y con inmuebles en Quebec, en Corea y en Suecia. Este ciudadano había vivido hacia dos años en Suecia. Los jueces suecos tienen competencia para conocer de toda la sucesión, en virtud del artículo 10.1 del Reglamento. La ley aplicable será la japonesa -residencia habitual en el momento del fallecimiento-. La norma de conflicto japonesa remite a la ley de la nacionalidad del causante -ley inglesa-. Esta ley inglesa remite, a su vez, al lugar de situación de los bienes inmuebles -Quebec, Corea y Suecia-. Las normas de conflicto de Quebec y de Suecia indican que la ley aplicable a la sucesión inmobiliaria es la del país de situación del bien, sin embargo, la conexión en la norma de conflicto de Corea es la nacionalidad del causante. Por lo tanto, el juez sueco aplicará la ley sueca a los bienes situados en Suecia, la ley de Quebec a los bienes situados en Quebec y la ley japonesa a los bienes situados en Corea<sup>138</sup>.

## F. Reenvío integral

**104.** Debemos plantearnos, por último, qué tipo de reenvío es el que prescribe el legislador del Reglamento sucesorio, si reenvío simple o reenvío integral<sup>139</sup>.

**105.** *Reenvío simple.* El reenvío simple consiste en aplicar la norma de conflicto extranjera, casi de forma mecánica, sin consideración alguna respecto de las reglas de reenvío que existan en el ordenamiento extranjero<sup>140</sup>. Un ejemplo permitirá aclarar el concepto.

Supuesto planteado ante la jurisdicción española. Si el juez español debe aplicar la norma de conflicto inglesa, que remite al Derecho del país donde se encuentra el inmueble para determinar la ley rectora de la sucesión inmobiliaria, el juez español aplicará la misma y, por ella, la *lex rei sitae*, sin tener en cuenta el Derecho Internacional Privado inglés que, cuando se refiere a esta ley del lugar de situación del inmueble, está haciendo referencia a la norma de conflicto de ese Estado y no a su Derecho material<sup>141</sup>.

**106.** Con este tipo de reenvío se rompe la posible cadena de remisiones que se podrían suceder por el juego de las distintas conexiones de las normas de conflicto. Sin embargo, el reenvío simple no permite conseguir la armonía internacional de soluciones en sentido conflictual porque conducirá a que el juez competente aplique su ley material o la ley material de otro Estado. Y, si ambas jurisdicciones implicadas, la del foro y la del ordenamiento extranjero al que conduce la norma de conflicto del foro, tuvieran en cuenta este tipo de reenvío, probablemente no aplicarían al caso la misma ley material, con lo que no se conseguiría la *coherencia internacional* querida por el Considerando 57 del Reglamento<sup>142</sup>.

**107.** *Reenvío integral.* El reenvío integral, en cambio, supone tener en cuenta las soluciones de Derecho Internacional Privado existentes en el ordenamiento extranjero, entre las que se encuentran, las referidas al reenvío<sup>143</sup>.

Este tipo de reenvío es preferible por dos razones. Por un lado, porque respeta el principio de aplicación integral del Derecho extranjero, al exigir al tribunal que aplique la norma de conflicto extranjera tal como lo harían los órganos judiciales extranjeros. Además de lo anterior, el propio legislador

<sup>138</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 570.

<sup>139</sup> A. DAVI, "Renvoi", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 491-492; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 288.

<sup>140</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 567.

<sup>141</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 568.

<sup>142</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 567.

<sup>143</sup> A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 567.

europeo identifica el reenvío que regula con la *coherencia internacional* en el ya mencionado Considerando 57. Y sólo puede conseguirse esa coherencia internacional o armonía internacional de soluciones conflictual si entendemos que el reenvío del artículo 34 es un reenvío integral<sup>144</sup>. Sólo con esta conclusión, el Derecho material que finalmente se aplique al caso será el mismo con independencia de en cuál de los Estados implicados se localice el foro.

Precisamente para alcanzar la coherencia internacional se podrían aportar otros argumentos para apoyar la conclusión de que el reenvío regulado en el Reglamento es un reenvío integral<sup>145</sup>. Por un lado, los términos en los que se pronuncia el propio artículo 34 cuando, por ejemplo, en la letra a) admite el reenvío que la norma de conflicto extranjera realiza a la ley de cualquier Estado miembro del Reglamento, sin importar que se trate de la ley del foro. Por otro lado, el hecho de que se admita el reenvío, aunque ello genere una fragmentación de la sucesión, también es un argumento en esta línea de entender el reenvío para conseguir la coherencia internacional que persigue el Reglamento.

Otros autores, por el contrario, sostienen que es preferible el reenvío simple desde un punto de vista práctico, porque favorece la coordinación con la mayoría de los Estados y simplifica la aplicación del reenvío<sup>146</sup>.

**108.** Habiendo dejado claro el tipo de reenvío regulado en el artículo 34 del Reglamento, ahora llega lo más complicado, que es, cómo aplicar ese tipo de reenvío<sup>147</sup>. La tarea se antoja complicada al podernos enfrentar a sistemas desconocidos en nuestro ordenamiento y que tenemos que aplicar como si fuéramos los jueces de esos Estados en los que existen. Estamos refiriéndonos, por ejemplo, al doble reenvío anglosajón o al reenvío suizo por conflicto de sistemas<sup>148</sup>.

**109.** *Doble reenvío anglosajón.* Si el juez europeo debe aplicar la norma de conflicto extranjera tal como lo haría el juez extranjero, si este es un órgano judicial inglés, deberá tener en cuenta el doble reenvío.

**110.** Imaginemos el caso de un ciudadano español con residencia habitual en Londres, que muere dejando un bien inmueble en Murcia. El difunto no ha realizado testamento para disponer la distribución de sus bienes tras su muerte. El juez español, competente por lugar de situación de los bienes, tendrá que aplicar la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1). La norma de conflicto del Reglamento remite al ordenamiento inglés. Asumiendo que el reenvío regulado en el texto europeo es un reenvío integral, el juez español debe aplicar el Derecho inglés como si fuera un juez inglés, utilizando, por tanto, el doble reenvío. En las siguientes líneas se desarrolla cómo el tribunal español llega a la conclusión de que la ley que debe aplicar finalmente a la sucesión es la ley propia, la española.

**111.** En el caso anterior, según este sistema del doble reenvío, el juez inglés aplicará el Derecho material que aplicaría al caso el juez del Estado al que conduce su norma de conflicto en el supuesto. Por lo tanto, el juez inglés resolverá el caso aplicando el Derecho material que aplicaría el juez español en virtud de su norma de conflicto ¿Cuál será ese Derecho material? El juez español tendría en cuenta

<sup>144</sup> A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 496-497; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 288-289; ; A. BONOMI, “Il Regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, n° 2, 2013, p. 307

<sup>145</sup> A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 497-499.

<sup>146</sup> A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 567-568.

<sup>147</sup> En cuanto a los inconvenientes del reenvío, algunos autores afirman que, precisamente, la complejidad en su aplicación es la principal razón negativa que podría aducirse (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, p. 307).

<sup>148</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 289-290.

el artículo 21.1 RES. Este precepto le remitiría al Derecho inglés y aceptaría el reenvío de retorno que el Derecho inglés realiza al ordenamiento español (art. 34 RES). Por tanto, el juez inglés aplicaría finalmente el Derecho español a la sucesión.

Volvemos con el juez español, competente por el lugar de situación de los bienes. En virtud al artículo 21.1 del Reglamento acudiría al Derecho inglés. Teniendo en cuenta el doble reenvío, poniéndose en la piel del juez inglés, finalmente aplicará el Derecho español a la sucesión<sup>149</sup>.

**112. *Reenvío suizo por conflicto de sistemas.*** El artículo 91.1 de la ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987 indica que la ley aplicable a la sucesión debe ser la determinada por la norma de conflicto del país del domicilio del difunto. Por lo tanto, si el juez español es competente, por lugar de situación de los bienes, por ejemplo, en virtud de la norma de conflicto del Reglamento sucesorio debería aplicar el Derecho suizo si el causante tenía su residencia habitual en Suiza.

En el Derecho suizo, el juez de ese país debe aplicar a la sucesión la norma de conflicto del Estado del domicilio del causante. Si el causante tenía su domicilio en España, deberá aplicar la norma de conflicto española. En virtud del artículo 21.1 del Reglamento, el Derecho que aplicaría el juez suizo sería el propio, el suizo, por encontrarse la residencia habitual del causante en territorio de ese país.

Volvemos al juez español competente y retomamos la explicación en el punto en el que la dejamos, esto es, aplicando la norma de conflicto del artículo 21.1 del Reglamento y yendo, por tanto, al ordenamiento suizo. El juez español, teniendo en cuenta el reenvío por conflicto de sistemas que existe en Suiza, poniéndose en la piel de un órgano judicial suizo, aplicará a la sucesión la ley suiza<sup>150</sup>.

**113.** En este supuesto se pone de manifiesto la calificación que se ha de realizar de los conceptos utilizados por las distintas normas aplicables. Así, el concepto de residencia habitual recogido en el artículo 21.1 del Reglamento debe ser interpretado conforme marca la norma europea. Sin embargo, el concepto de domicilio del Derecho Internacional Privado suizo debe ser interpretado tal como indica el Derecho suizo.

Con estas interpretaciones, para que este caso sea viable, es necesario que el difunto tenga su residencia habitual en Suiza, según el Reglamento, y que tenga su domicilio en España, utilizando el concepto de domicilio suizo.

---

<sup>149</sup> *Vid.*, como caso en el que se tiene en cuenta el doble reenvío en España, SAP de Badajoz de 11 julio 1995 (P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 julio, de la AP Badajoz (S.1.ª)”, *RGD*, 1995, pp. 11341-11347, esp. p. 11345). *Vid.*, también, en este sentido, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”, *RGD*, n° 537, 1989, pp. 3561-3581.

<sup>150</sup> SAP Barcelona de 28 septiembre 2004, JUR 2004\289919, FD Cuarto