

SUCESIÓN DE NACIONAL EXTRANJERO RESIDENTE EN
TERRITORIO DE DERECHO FORAL: LAS CUESTIONES
OMITIDAS. SENTENCIA DE LA AP DE GIRONA (SECCIÓN 2)
NÚM. 367/2019 DE 4 DE OCTUBRE

SUCCESSION OF A FOREIGN NATIONAL RESIDENT
IN A FORAL LAW TERRITORY: THE SKIPPED ISSUES.
JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL OF GIRONA
NUMBER 367/2019 OF 4TH OCTOBER

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho Internacional privado
Universidad de Almería*

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 12.03.2020 / Aceptado: 06.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5641>

Resumen: En el caso de una sucesión testamentaria de un nacional británico, un tribunal tiene que desplegar una actividad dirigida básicamente a la elucidación de tres cuestiones: Con independencia de la residencia habitual del causante; ¿dónde tuvo su último domicilio? ¿Tienen las disposiciones testamentarias valor de elección de ley? Admitido el reenvío, ¿se puede aplicar sin más la normativa de la Comunidad Autónoma, en base a un criterio puramente territorial? En el caso analizado, no sometido al reglamento 650/2012, la Audiencia Provincial prescinde de estos análisis. Si el reglamento hubiera sido aplicable, el resultado podría haber sido muy distinto.

Palabras clave: Sucesión testamentaria, reenvío, *professio iuris*.

Abstract: In the case of a testamentary succession of a British, a court must carry out an activity aimed basically at the elucidation of three issues: Regardless of the habitual residence of the deceased, where had he his domicile? Do the testamentary dispositions have the value of choice of law?; once the renvoi it's accepted, can the Law of the Autonomous Community be applied without further ado, based on a purely territorial criterion? In the case analyzed –being the regulation 650/2012 inapplicable-, the Provincial Court skips out these analysis. But if the regulation had been applicable, the result could have been very different.

Keywords: Testamentary succession, renvoi, *professio iuris*.

Sumario: I. Los hechos y la sentencia. II. ¿Y si el causante tuviera su *domicile* en Gran Bretaña? III. El reenvío. ¿Se puede decidir en base a conjeturas y cálculos aproximados? IV. Mirando al futuro: La *professio iuris*. ¿Y si se ha elegido el Derecho rector de la sucesión? V. A modo de recapitulación: Una *check list* sucesoria.

I. Los hechos y la sentencia

1. El presente comentario no puede ser demasiado original, más que nada porque los hechos que se hallan en la base de la sentencia –dentro de la parquedad del relato de la que adolece la decisión– son bastante usuales: Nacional británica residente en territorio con Derecho civil especial (Cataluña a la sazón) desde 1983, donde vivió hasta el momento de su muerte, en mayo de 2015. En 2002 había otorgado testamento en el que designaba como heredero universal a su segundo marido. De la narración del litigio deducimos que había al menos un hijo del primer matrimonio, que es el que acciona en primera instancia, reclamando ser considerado y recibir lo que le correspondiera como legitimario, pedimento que fue estimado. Ahora, en apelación, es el hijo de ese segundo matrimonio quien impugna la decisión, discutiendo –en lo que interesa en este comentario– la cuestión de la ley aplicable, esto es, si lo era la española o la inglesa, extremo resuelto por el tribunal en esta última dirección. Este es el punto crucial, claro, porque de su solución depende el reparto del caudal relicto. Aquí es donde la Audiencia argumenta de forma muy mecánica, casi desganada, deslizando afirmaciones cuando menos dudosas, para terminar acogiendo la competencia del Derecho catalán. De haber reflexionado un poco más, la respuesta habría sido –probablemente– otra.

Existen a mi juicio dos momentos que jalonan la argumentación, y a ellos pretendo dedicar las siguientes páginas: La afirmación del domicilio en España de la causante y la viabilidad del reenvío de retorno. En otro orden de cosas, la decisión permite realizar alguna referencia a la *professio iuris* testamentaria.

2. No se me oculta que a día de hoy el tipo de controversia internacional que fue objeto de este litigio tiende a ser residual; ni siquiera la apertura de la sucesión se produce una vez era aplicable el Reglamento europeo sobre sucesiones. Pero a medida que nos vayamos alejando de la fecha crítica del 17 de agosto de 2015 se irá imponiendo en ellas la aplicación del RS –con correlativa disipación de las dudas generadas por el juego del art. 9.8 CC y el carácter plurilegislativo del Estado–, cuyas soluciones en alguno de los temas tratados son más o menos claras (o al menos están en trance de clarificación, gracias a la intervención del TJUE). En todo caso, de momento no es tan extraño tener que ejecutar un testamento redactado antes de esa fecha, y ahí sí que puede resultar útil reflexionar sobre las apreciaciones y sobre todo los silencios y omisiones de la Audiencia de Gerona, algunas trasladables al Derecho vigente, como se verá¹.

3. De otro lado, téngase presente el trasfondo sobre el que se desenvuelven las controversias en materia sucesoria, caracterizado por la relatividad extrema de las soluciones, incluso en el entorno europeo. Subsisten apreciables diferencias al nivel de los Derechos sustantivos, pero también en el nivel conflictual, y, como consecuencia, en las respuestas judiciales, muchas veces de carácter eminentemente nacional y cerradas a la cooperación². En consecuencia, desechemos la ilusión de haber abandonado el territorio de las incertidumbres y haber llegado a un punto de máxima seguridad jurídica o de previsi-

¹ Ya sé que no es usual, pero quiero aprovechar esta humilde primera nota a pie de página para expresar mi testimonio de reconocimiento y gratitud hacia los magistrados de esta Audiencia, donde aprendí los rudimentos de la apasionante y sublime arte de elaborar sentencias.

² En Inglaterra no consta que se haya ejecutado una sola decisión extranjera en base a un convenio bilateral. En Dinamarca sólo se reconocen las decisiones procedentes de países escandinavos, lo mismo que en Finlandia antes del RS. Nueva York se ha convertido en un refugio oficial frente a normativas extranjeras que prevén una cuota obligatoria en favor de algunos herederos: Como se permite elegir la ley del Estado para la sucesión de los bienes situados en su territorio, basta con introducir una cláusula de elección para hacer inatacables las transacciones sometidas a su ordenamiento, sea mediante sustitutivo testamentario sea mediante testamento. Otro tanto dígame respecto a la ley de Florida, que somete a su ley los depósitos bancarios en su territorio. En Bahamas los arts. 8, 9 y 10 de la *Trust (Choice of Governing Law) Act*, de 1989, se inmuniza el *trust*, al *trustee* y a los bienes transferidos a un *trust* frente a acciones en reducción o *clawback* de los herederos reservatarios al amparo de la *lex successionis* o frente a decisiones judiciales extranjeras. Idéntica inmunidad de los *trusts* sometidos a su ley frente a pretensiones basadas en las cuotas reservadas por cualquier otro ordenamiento existe en los sistemas de la Islas vírgenes británicas (*Trustee (Amendments) Act* de 1993 y 2003), las islas del Canal (Gernsey y Jersey), las Islas Cook o las islas Caymán.

bilidad; todo lo que aquí se puede decir se hace exclusivamente desde nuestro foro (a lo sumo, desde los sistemas vinculados por el reglamento 650/2012), sin pretensiones de universalidad, y eso en una sucesión internacional (o sea, con dispersión del patrimonio) nos coloca en las lindes del azar³.

II. ¿Y si el causante tuviera su *domicile* en Gran Bretaña?

4. Nada nuevo descubro al recordar que el punto de partida de todo el proceso aplicativo del art. 9.8 CC pasaba por la averiguación de la nacionalidad del difunto, y que, una vez instalados en su Derecho nacional, habría que verificar si sus normas de conflicto remiten al ordenamiento español. Esta sencilla tarea encierra sin embargo dos actividades tan complejas como desatendidas por lo general, a saber, la prueba del tenor de las normas de conflicto extranjeras (y adviértase que estamos en presencia de un Estado plurilegislativo) y la integración de su contenido⁴. Con demasiada frecuencia se dan por conocidas⁵, cuando lo cierto es que se conocen de forma muy epidérmica: Desde el caso en el que se maneja una versión parcial hasta la pura ignorancia de aquello de lo que se habla. En el primer grupo, el ejemplo de las reglas contenidas en el *Restatement second on the Conflict of Laws* es diáfano, cuando por los jueces españoles se prescinde de la referencia a normas de conflicto del país reclamado y se quedan sólo con la segunda parte del sintagma, es decir, la que hace referencia a lugar del domicilio del difunto para la sucesión de los bienes muebles y a la *lex situs* para los bienes inmuebles⁶; respecto al segundo, la tendencia a equiparar el *domicile* inglés y la residencia habitual española: Era perfectamente posible que una ciudadana inglesa como la del caso comentado viviera en España desde 1983 a 2015, y sin embargo tuviera *domicile* inglés, entre otras cosas porque existe la presunción de que no se quiere perder, en la medida en que conserven el *animus*, elemento esencial integrante de tal concepto⁷ (y en este sentido se podría defender que la afirmación en disposición testamentaria de que el sujeto tiene su domicilio en Gran Bretaña, por ejemplo, es manifestación de la voluntad de conservarlo)⁸.

De otra parte, se da por sentado la naturaleza (mueble, inmueble) de los bienes, olvidando que su calificación debería ser hecha conforme al ordenamiento reclamado por la norma de conflicto española⁹. De todas formas, no existen elementos como para cuestionar las conclusiones alcanzadas.

³ Diga lo que diga un tribunal español, nada garantiza que se logren las atribuciones patrimoniales deseadas, o que globalmente se ajusten a los principios inspiradores del ordenamiento declarado aplicable.

⁴ No existe reenvío de retorno sin prueba de la norma de conflicto extranjera: resolución de la DGRN (supongo que para resoluciones entre 1861 y 2020 se puede seguir usando esta denominación) de 5 de febrero de 2005, SAP Las Palmas 28 de junio de 2004, SAP Tarragona 13 de mayo de 2004.

⁵ Por ejemplo, la STS 18/2019 de 15 de enero exime de prueba de la norma inglesa sobre sucesiones considerando que, habiendo sido aplicada con frecuencia, es sobradamente conocida y no se requiere su acreditación. Justo la solución contraria, estricta, es la que adopta (para otro ámbito geográfico, es evidente) la resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2005 (sucesión sometida al ordenamiento de Nueva York)

⁶ Secciones 236, 239, 260 y 263. Extraigo la observación de M. VIRGOS SORIANO/E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Succession law and renvoi: the Spanish solution", en H. P. MANSEL et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, 2004, p. 986.

⁷ Al respecto *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, "Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*", en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, p. 500; S. A. SÁNCHEZ LORENZO, "Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, pp. 2003 ss.

⁸ Así, en la STS de 5 de diciembre de 2018 el causante declara tener su domicilio a efectos sucesorios en un Estado diferente al de su residencia habitual, a lo que el TS da relevancia. En realidad, en el caso se descubre una elección de ley a partir de indicios como éste, en un momento en que no cabía elección alguna, como bien recuerda la STS de 15 de enero de 2019. Existe un comentario de la sentencia de 2018 de L. GARCÍA GUTIÉRREZ, "Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legitimia, típicos del Derecho civil común español", en *CDT*, 2019, pp. 616 ss., evidenciando muy bien la distinción entre *domicile* y residencia habitual. La resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 habla sin problemas de un residente en España con «su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, [lo que implica sujeción] a las leyes de Reino Unido».

⁹ *Cfr.* P. LAGARDE, "La qualification des biens en meubles ou immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial", en *Melanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, París, 2007, p. 215.

5. Esta es la primera cuestión omitida. Si la sentencia recoge bien el tenor del recurso nunca lo sabremos: Es posible que donde decía domicilio se haya transcrito residencia habitual. Sea como fuere, si aceptamos por contra que ha sido fiel al recoger los argumentos del recurso, habrá que concluir que este estuvo mal planteado o que no se explicó bien. No hay en la sentencia ni una palabra sobre el *domicile*. Se insiste en que argumentaba que la causante tenía su residencia en Gran Bretaña por haber mantenido “cierto arraigo” en aquel lugar, al tener una cuenta bancaria, acciones y productos financieros en tal plaza; como era augurable, el argumento fue descartado sin más trámite por falta de prueba de cuál sería el domicilio de la testadora en Reino Unido y porque el propio recurrente ya había aceptado el hecho de la residencia en España (¡los tozudos hechos propios!). Es la permanente confusión de ambos conceptos. Se puede residir en España y tener domicilio (en sentido anglosajón) en Inglaterra. Por supuesto que existían datos suficientes como para demostrar que la causante vivía en España¹⁰. Eso no lo discute nadie. Pero no es tan diáfana la conclusión si se hubiera razonado sobre el *domicile*, y a este detalle la AP de Gerona no dedica ni una línea. Compárese esta decisión con la ejemplar sentencia de la AP de Murcia de 30 de noviembre de 2011, por ejemplo, que para emplearlo realiza un exhaustivo ejercicio de reconstrucción, atento tanto al lugar en el que se vive como a la voluntad de permanecer o no en él, recurriendo a la prueba testifical, documental (empadronamiento) e indicios (venta de sus propiedades en Gran Bretaña, escolarización del hijo), y contemplando específicamente extremos como la no tramitación del permiso de residencia para descartar su relevancia; o la precitada STS de 5 de diciembre de 2018, detectando –informe jurídico mediante- un domicilio en Inglaterra a partir del “cierto arraigo” que supone tener cuentas corrientes en aquel país¹¹. Si se hubiera manejado la doctrina contenida en las decisiones que correctamente distinguen ambos conceptos, es dudoso a qué conclusión hubiera llegado la AP: Nacionalidad y “alguna cuenta o efecto bancario allí” probablemente fueran suficientes para hablar de un domicilio británico¹².

6. Se habla de hechos propios, de declaraciones unilaterales del causante. No deberían tener tanta relevancia. Parece razonable que el juez asuma la tarea de averiguar de oficio los elementos a partir de los cuales afirmar dónde está el domicilio de un sujeto, como dimensión integrante de la imperatividad de la norma de conflicto, sin que quepan los pactos ente los litigantes, en un sector donde la autonomía conflictual no estaba permitida¹³. Dentro del ordenamiento objetivamente aplicable podrán llegar a los acuerdos que quieran, pero este sistema jurídico no puede ser pactado entre los particulares. La situación es actualmente similar; no es admisible que se lleguen a acuerdos sobre cuál era la residencia habitual del difunto. Por ello el considerando 23 del RS exige que la autoridad que sustancie la sucesión realice un juicio sobre tal extremo¹⁴.

7. En definitiva: Se podría haber alcanzado otra conclusión, y el hecho de que la causante tuviera su domicilio en Reino Unido habría tenido una doble consecuencia: En lo que nos afecta (plano conflictual), la inviabilidad del reenvío de retorno; en el sustantivo, que se nos escapa, la posibilidad de que también el juez inglés conociera de la sucesión y decretara una *reasonable provision* en favor del hijo¹⁵.

¹⁰ Tarjeta de residencia, su propia declaración ante el notario, la declaración en la escritura de aceptación de herencia, el domicilio consignado en los documentos bancarios ingleses.

¹¹ Se supone que la AP está vinculada por la doctrina del TS, aunque sea tan débil y criticable como la de esta sentencia. Un cierto análisis era exigible.

¹² Aviso a litigantes, pues: Hay que ilustrar al tribunal, que no tiene por qué conocer el ordenamiento extranjero, ni los conceptos usados en sus normas. La prueba pericial o la exhaustiva reproducción de sentencias españolas correctamente construidas es ineludible.

¹³ No obstante, la STS de 21 de mayo de 1999 da por buena la anuencia del demandado en cuanto al domicilio del causante.

¹⁴ Recuérdese que la DGRN exige que el notario haga ese juicio sobre residencia habitual: *V. gr.* resolución de 2 de marzo de 2018.

¹⁵ Al final, las asignaciones obligatorias en favor de determinadas personas existen de un modo u otro, en todos los sistemas, *ex ante* o *ex post*. Es la solidaridad familiar. La libertad testamentaria absoluta no existe: Sin llegar a los extremos de la famosa sentencia del BVG de 19 de abril de 2005, recuérdese que al amparo de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 12 de noviembre de 1975 el juez puede realizar atribuciones patrimoniales a las personas que de un modo u otro dependan del causante, si bien es cierto que es raro que a los hijos adultos jóvenes y capaces se les conceda una *financial*

III. El reenvío. ¿Se puede decidir en base a conjeturas y cálculos aproximados?

8. Es claro que el art. 34 RS comporta un cambio sustancial en materia de reenvío, y la decisión comentada en sí misma tiene escaso potencial explicativo. Ahora bien, alguna de las consideraciones que se pueden hacer a propósito de ella servirá para ilustrar desarrollos futuros. Téngase en cuenta que la coincidencia entre foro y Derecho aplicable que realiza el RS convierte a esta técnica conflictual en algo tendencialmente casi excepcional (más allá del aparentemente generoso tenor del art. 34), pero su incidencia no ha desaparecido: Dejando de lado los improbables supuestos de apertura de un foro de necesidad, donde las conclusiones sobre ley aplicable son demasiado abiertas, piénsese en la hipótesis concreta de un ciudadano con nacionalidad española que muera teniendo residencia habitual en Gran Bretaña, caso en el que nuestros tribunales podrán conocer de toda su sucesión (art. 10.1.a RS), lo mismo que cuando un británico muera residiendo en su país pero haya estado hasta hace poco viviendo en España (art. 10.1.b RS): El art. 21 RS conduce a la ley de su residencia habitual, y si ese ciudadano tiene inmuebles en el extranjero, o si su domicilio se encuentra en otro lugar, volveremos a encontrarnos en la tesitura de tratar con el reenvío (y de nuevo surgirá el debate en torno al dogma de la unidad y la escisión). Volveremos sobre estos supuestos.

9. La argumentación de la AP es muy sencilla: Siguiendo la orientación jurisprudencial consolidada¹⁶, en base a los arts. 9.8 CC y 12.2 CC, resulta aplicable el Derecho español¹⁷. Hay tres datos a considerar en el fundamento jurídico tercero:

- El reenvío como forma para conseguir la aplicación de la ley más estrechamente conectada: Se trata de una afirmación muy extendida¹⁸, que sin embargo parece olvidar que el reenvío precisamente comporta el abandono de los objetivos de proximidad tal y como han sido concebidos por el legislador patrio. Se puede discutir si sus finalidades son unas u otras, si se mueven en el plano procesal o sustantivo¹⁹, pero lo que es evidente es que no persigue

provision; sería necesario que el difunto tuviera obligaciones y responsabilidades que subsistiesen en el momento de la muerte, no bastando las antiguas no satisfechas.

¹⁶ Un completo repaso de la jurisprudencia reciente sobre el tema –salvo algunos detalles, como por ejemplo la condición de legitimarios en el CC, p. 508- en E. CASTELLANOS RUIZ, “Reenvío y sucesiones *mortis causa* con carácter internacional. Pasado, presente y futuro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. II, Murcia, 2019, pp. 489 ss.

¹⁷ «No siendo de aplicación al caso el Reglamento Europeo 650/2012, que además de no ser suscrito por el Reino Unido (...), la cuestión ha de quedar sujeta a lo previsto en los arts. 9.8 y 12.2 del CC, según los cuales la sucesión se rige por la ley personal del causante; y por remisión del derecho inglés y en virtud de la norma de conflicto, la ley personal de la causante que sería la inglesa, remite a la aplicación de la ley española por el lugar en que se encuentran los bienes, si son inmuebles; y en el caso de muebles, por el domicilio de la causante. Lo que en el caso analizado, conduce a la aplicación de la ley española, tanto por el inmueble que constituye el elemento más valioso del caudal relicto, como por los depósitos bancarios e instrumentos financieros que también se integran en él. Y al residir la testadora en la Comunidad de Cataluña, resulta aplicable el Derecho especial de Cataluña». Por lo demás, la cursiva es propia: Curiosa forma de entender el funcionamiento de un reglamento europeo.

¹⁸ Recientemente, por ejemplo, STS de 15 de enero de 2019. Esa idea del reenvío como forma de conseguir la aplicación del ordenamiento mayormente vinculado fue muy bien expuesta entre nosotros, por ejemplo, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/J. J. MARTÍNEZ NAVARRO (eds.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, 2012, pp. 31 ss., siguiendo a C. CAMPIGLIO, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, en *RDIPP*, 2010, pp. 367-382. Claro que a partir de ahí afirmar que la mayor vinculación equivale a eficiencia del resultado porque satisface las expectativas de las partes (I. LORENTE MARTÍNEZ, “La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho sucesorio internacional y lectura económica del reenvío”, en *CDT*, 2015, p. 470) comporta un salto sin justificación, más que nada porque cuando las partes litigan en temas sucesorios no lo hacen animadas por una idea de justicia conflictual ni de eficiencia, sino que animadas por un sano egoísmo buscan el amparo del ordenamiento que les confiere mayor cantidad de derechos de propiedad. Para el órgano judicial el reenvío es un mecanismo de ahorro (minimiza el coste de error al permitir aplicar su propia ley), pero para las partes los objetivos son muy distintos. La certidumbre es el verdadero ahorro; aplicar una ley desvinculada no necesariamente comporta pérdida de eficiencia ni irroga perjuicios a las partes, siempre que pudieran preverlo. A día de hoy en materia de sucesiones la autonomía es la única forma de alcanzar ese objetivo, porque la alternativa (residencia habitual del causante) no está huérfana de problemas.

¹⁹ Es realmente elocuente que la STS de 12 de enero de 2014 (tímidamente recuperada en la de 12 de enero de 2015), sin ambages ni frases hechas, descarte la idea del reenvío como instrumento al servicio de la armonía internacional de soluciones: hay que reconocer que el reenvío no se entiende si no es en el marco del régimen de prueba del Derecho extranjero.

prevalentemente la aplicación de la ley más conectada *in casu* –sin perjuicio de que este sea un resultado derivado, aceptado pero no buscado–. Si algo garantiza la aplicación de la ley de la vinculación más estrecha es la inclusión de una cláusula de excepción ilimitada, como la del art. 21.2 RS.

El camino apuntado es peligroso. El reenvío no tiene que ser justificado en datos ajenos a su propia estructura de funcionamiento (inclúyase aquí la voluntad del *de cuius*). No hay que buscar razones en clave de calidad o de contenidos del ordenamiento declarado aplicable (como si fuera la excepción de orden público), ni de proximidad a las partes. Tampoco es instrumento idóneo para alcanzar resoluciones racionales y justas –porque la racionalidad depende del proceso argumentativo y la justicia (toda la justicia que le es dado perseguir a un tribunal) de la adecuación a la legalidad– ni se requiere un examen de oportunidad²⁰. Y, por supuesto, no vale para imponer unas legítimas en favor de los residentes en España, que alivien las deficitarias arcas públicas. Bastaba, pues, chequear el contenido de la norma de conflicto extranjera y la satisfacción del requisito de unidad de ley asentado en la jurisprudencia del Supremo. Lo demás, huelga, porque la universalización de la lógica del tribunal llevaría a poner en marcha un ulterior instrumento de control de la técnica (el de la existencia o no de proximidad), que no tiene base legal, y sus consecuencias son controlables sólo con un elevado y desproporcionado coste. Ni que decir tiene que lo anterior sirve para los casos cubiertos por el RS.

- La situación de los bienes y el desconocimiento de la eventual existencia de otros. La sentencia alude (¿se justifica?) al bien inmueble español como elemento más valioso del caudal relicto²¹. La referencia es simplemente superflua, porque no hay nada en la norma que conceda relevancia a ese dato: Por mucho que el bien inmueble situado en España fuera extraordinariamente valioso, por muy grande que sea el volumen de los depósitos bancarios depositados en un banco español, la admisión o no del reenvío se ancla (y se seguirá anclando) en otras consideraciones, y si no quedara garantizada la unidad de ley por la presencia en el caudal relicto de bienes inmuebles dispersos por el mundo de reducido valor, no sería admisible al amparo del art. 12 CC (como tampoco lo sería si el domicilio de la difunta estuviera en Gran Bretaña).

De cara al futuro, una vez resulta aplicable el RS, permanece la duda de si se admite o no el reenvío realizado desde las normas de Derecho internacional privado de un Estado tercero cuando comporte el fraccionamiento del régimen legal (piénsese en los ejemplos expuestos *supra* 8 cuando el causante sea propietario de bienes inmuebles en varios lugares del mundo): ¿Prima la unidad? Ni del considerando 57 ni del art. 34 se deduce nada tajante. De momento sólo tenemos aportaciones doctrinales. Se puede poner el acento en la búsqueda de la unidad de ley²² o en el carácter incondicionado de la norma sobre reenvío o la ausencia de restricciones en el preámbulo²³, a lo que se puede añadir la propia tolerancia del fraccionamiento –en efecto, excepcional– en el articulado del Reglamento (art. 30) o la inexistencia de consenso al respecto en los sistemas europeos. Será este un tema sobre el que el TJUE habrá de pronunciarse, pero en tanto llega su decisión apuesto que los tribunales españoles optarán por la unidad, básicamente por las dificultades ínsitas en la prueba de la ley extranjera y la coordinación de diversos sistemas sucesorios operando de forma simultánea.

²⁰ En contra, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero 2019”, en *CDT*, 2019, p. 481.

²¹ «Lo que en el caso analizado, conduce a la aplicación de la ley española, tanto por el inmueble que constituye el elemento más valioso del caudal relicto, como por los depósitos bancarios e instrumentos financieros que también se integran en él». Claro que no se sabe si la referencia a los depósitos es por el lugar de su situación o viene a cuento por la idea de cúmulo de indicios y consecuente mayor proximidad.

²² Así, por ejemplo, A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del reglamento (UE) 650/2012*, Cizur Menor, 2016, RB-18.3.

²³ A. BONOMI/P. WAUTELET, Comentario al art. 34, n° 27, en *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Madrid, 2015.

Y una derivada: Todo ello nos lleva a ponderar la incertidumbre inherente en cualquier reenvío, dependiente de que se tengan localizados todos los bienes²⁴. La irrupción de un inmueble no es una mera adición de herencia que altere el reparto, no es que fuerce a crear un nuevo activo que haya que repartir según las mismas reglas conforme a la cuales se repartieron los anteriores: Es que cambia las reglas de identificación de los beneficiarios, el ámbito de poder de un causante, la naturaleza de las atribuciones, la suerte de los negocios realizados en vida, ... En suma, puede alterar radicalmente todo. Juegan ahí, por tanto, los intereses contrapuestos de las partes, convertidas aquí -como en el sector del Derecho concursal- en guardianas de las bases fácticas sobre las que opera (por eso es tan importante un buen sistema de notificaciones internacionales). Claro que las posibilidades de investigar un patrimonio y aportar nuevos bienes antes desconocidos son restringidas²⁵: Se podrá estar a la norma del art. 286 LEC sobre hechos de nueva noticia, o hacer uso de las posibilidades abiertas por el 460 LEC en apelación, pero habrá que convenir que, dado su limitada esfera temporal, no reportan demasiados beneficios. Ulterior vía es el recurso de revisión (causa 1ª del art. 510 LEC), cuyo ajuste con la cautela del art. 28 LH -cuando no convierte en definitivas las inscripciones de derechos reales hasta pasados dos años desde la muerte del causante- es dudoso, dada la diversidad de plazos²⁶, con el consiguiente peligro de vanificación de los resultados alcanzados.

Valga lo anterior como elocuente demostración de la vulnerabilidad de la argumentación usada para admitir o no el reenvío. Más valdría no admitirlo nunca, en coherencia con las opciones localizadoras del legislador.

- La aplicación del CCCat: «Y al residir la testadora en la Comunidad de Cataluña, resulta aplicable el Derecho especial de Cataluña». Este es un tema clásico, contaminado por consideraciones no jurídicas, idéntico durante la vigencia del art. 9.8 CC y en la actualidad, por lo que no hace falta sino recuperar las observaciones realizadas al respecto por voces más autorizadas que la mía²⁷: La territorialidad como base de la aplicación de los Derechos regionales no se sostiene, y es necesario pasar por las normas de reparto *ad intra* de competencia legislativa, tal y como prevé el sistema español de normas de conflicto -y como prevén los convenios y reglamentos-. Y supuesto que cuando se produce un reenvío de retorno y el causante es extranjero no vale el criterio de la vecindad civil²⁸, no cabe sino recurrir a la ley de

²⁴ La resolución de la DGRN de 13 de agosto de 2014 constituye un ejemplo paradigmático: Se alude a que el patrimonio del causante está formado por un inmueble en España (a lo que se alude en el testamento controvertido), y después se termina rechazando el reenvío en base a la necesidad de garantizar la unidad de régimen jurídico habida cuenta de la existencia de inmuebles dispersos por el mundo: No constando acreditado este extremo en modo alguno, sólo pudo afirmarse en base a una pura suposición. En verdad, cualquier decisión en este aspecto debería ser siempre provisional, a reserva de que posteriormente aparezca un inmueble. Algo parecido en la SAP de Madrid de 10 de septiembre de 2012. No deja de ser caprichoso, por lo demás, que la decisión dependa de dónde se haya decidido realizar la inversión inmobiliaria, si en uno o en más países, si en el mismo donde tiene su domicilio el causante o en otro, colocando a los inmuebles en el eje de todo el razonamiento conflictual, sea cual sea su peso relativo en el caudal relicto: *Cf.*: G. LARDEUX, “Le mythe de l'unité successorale”, en *Rec. Dalloz*, 2009, p. 1659. No se ve con claridad que situaciones económicamente homologables reciban un tratamiento jurídico tan distinto.

²⁵ La información sobre testamentos depositados en el extranjero tiene una eficacia y utilidad muy limitadas: Por ejemplo, países no conectados, en caso de sucesiones abintestato o testamentos parciales.

²⁶ Justo es reconocer que el origen y finalidad de la norma poco tiene que ver con el Derecho internacional privado y el reenvío (véase la Res. DGRN de 4 de septiembre de 2019), pero es evidente que la inopinada aparición de un inmueble altera la ley aplicable y por ello la identidad de los beneficiarios.

²⁷ *Vid.* S. ALVÁREZ GONZÁLEZ “El reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, en *RDC*, 2015, p. 17; ídem, “La «eficacia territorial» del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, en *RDC*, 2017, pp. 51 y 56; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del RSE”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, pp. 264 ss.

²⁸ Bien explicado en la resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019. Por supuesto no se puede entrar aquí en el problema de fondo, que es la inexistencia -y no mera inadecuación- de normas idóneas para resolver el problema de concurrencia de leyes españolas en un caso que afecta a extranjeros.

la residencia habitual, según manda el art. 9.10 CC, y no en base al 14 del estatuto de autonomía de Cataluña o normas similares²⁹. La solución de la Audiencia es correcta, pues, pero el camino no era ese.

IV. Mirando al futuro: La *professio iuris*. ¿Y si se ha elegido el Derecho rector de la sucesión?

10. Una aclaración: Aunque hay decisiones antiguas que hablan de *electio iuris* a propósito de sucesiones abiertas antes del 17 de agosto de 2015, está claro que no es hasta esa fecha cuando en puridad hay que investigar si un testador ha elegido o no el Derecho aplicable. En consecuencia, las observaciones que siguen no van referidas al caso concreto comentado. ¿Cómo actuar, en fin, respecto a disposiciones testamentarias previas a esa fecha y sucesiones abiertas después? El tema no es baladí, habida cuenta que en España residen casi 300.000 británicos, cuyo patrón de comportamiento está bastante estandarizado.

11. Que la autonomía de la voluntad ha ido penetrando en todos los sectores del Derecho internacional privado es evidente, y en el art. 22 RS lo hace de forma controlada³⁰. También sabemos que al amparo del art. 9.8 CC no cabía la elección de ley reguladora de la sucesión, pero la disposición de Derecho transitorio del art. 83 RS obliga al tribunal a verificar si se ha hecho, aun de forma tácita: Si se elige la ley, se excluye el reenvío (art. 34 RS). Es previsible que la estrategia dominante vaya en el sentido de descubrir una tal *professio*: Elimina las incertidumbres inherentes al reenvío, garantiza la unidad de ley y la planificación sucesoria (objetivos declarados del RS), permite respetar íntegramente la voluntad del causante, garantiza la continuidad de las soluciones previas y posteriores a la entrada en juego del RS³¹ e incluso (a veces solamente: no en el caso de los ciudadanos británicos por ejemplo) despojarse del conocimiento de la causa (art. 6 RS), con el consiguiente alivio de la carga de trabajo judicial³².

En los casos dudosos es cuando habrá que desenvolver una tarea de búsqueda y ponderación. Partiendo de que las referencias del considerando 39 del RS son meramente ejemplificativas³³, parece claro que lo que valga como elección tácita después de 17 de agosto de 2015 debe ser admitido como válido si se hizo antes. El art. 83.4 RS no incorpora, de hecho, exigencia formal específica alguna³⁴. Basta estar al texto del acto dispositivo.

12. Si en nuestro caso la causante hubiera fallecido después de la tan citada fecha de 2015, sería legítimo sospechar que sí ha existido *professio iuris*. En general, se trata de casos bastante típicos, donde por testamento se designa heredero universal al cónyuge del causante (al segundo en este supuesto), con preterición de quien tendría la consideración de legitimario en algún sistema patrio pretendidamente aplicable, siendo así que ello es posible en el ordenamiento inglés mas no en el español. ¿Equivale eso a elegir el Derecho? La línea interpretativa es aún errática, yendo desde la exigencia de elección indubitada³⁵ hasta su reconstrucción en base a elementos indiciarios. Por eso, porque existen

²⁹ En la actualidad, cuando el mecanismo de distribución interno no funcione se acude directamente al art. 36.2 RS y se aplica la ley de la residencia habitual o la que muestre los vínculos más estrechos, según reseña A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa en Europa...*, op. cit., RB-18.10.

³⁰ Sobre las formas de ejercicio de la *professio iuris*, véase el exhaustivo tratamiento de J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010, pp. 218 ss., poniendo de relieve la progresiva aceptación de la elección tácita de la ley, acompañada a la creciente admisión de la autonomía en este tema.

³¹ M. PFEIFFER, "Legal Certainty and Predictability in International Succession Law", en *Journal of Private International Law*, 2016, p. 578

³² Cfr. J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris...*, op. cit., p. 260 y bibliografía citada.

³³ Recuértese: «... Puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley».

³⁴ A diferencia de la determinación de la ley más estrechamente vinculada, que bebe de factores externos a la disposición testamentaria, elemento contingente en este caso, por lo demás.

³⁵ Resolución de la DGRN de 10 de abril de 2017, que se niega a deducir nada de la mera nacionalidad del testador.

indicios suficientes para afirmar una cosa y la contraria, el núcleo de atención se desplaza hacia la razonabilidad de la argumentación. Al margen de los casos claros en los que se haga expresa invocación de la ley nacional propia (elección como tal o declaración de que se actúa a su amparo), se han manejado varios datos para hablar de *professio iuris*: a) el tipo de disposiciones que se contengan en el testamento, a partir de la constatación de que hay algunas que son válidas en la ley nacional del causante –no en vano, elegible al amparo del RS³⁶- y no en el Derecho español o de que ciertas formas de transmisión de la riqueza son las más habituales en algunos ordenamientos³⁷. En el fondo, esto no es sino aplicar el art. 83.4 RS; b) la nacionalidad del causante, teniendo en cuenta además que la opción primera del art. 9.8 CC es justamente ésta, de forma que descubrir la existencia de una *professio iuris* no desentona con la preferencia del legislador español, evita el reenvío y permite implementar la voluntad del testador³⁸. Es más, en caso de duda, afirmar que hubo elección permite salir del *impasse*³⁹; c) la declaración del lugar donde se tiene el domicilio⁴⁰; d) el idioma y otros aspectos formales como la forma de redacción del testamento (bilingüe a doble columna)⁴¹. No es relevante que se disponga sólo de los bienes en España; incluso se es consciente a veces de que existen bienes en el extranjero sin que sea óbice para mantener la existencia de elección⁴². Y, por supuesto, no es posible hablar de *electio iuris* cuando un causante se limita a manifestar su deseo de quedar sometido a la ley de su residencia habitual⁴³. En fin, acudir a un fedatario de su nacionalidad (cónsul) no es decisivo, pero sí elemento coadyuvante⁴⁴.

13. Pues bien, cuando vuelva a darse un supuesto como el de la sentencia, como mínimo se suscitará la duda, y en condiciones normales habrá que concluir que hubo elección de ley. Los precedentes son claros. (Evidentemente –repito- no es criticable que no se desplegara un examen del género en el presente caso, por razones de fechas). Es augurable que al menos cuando exista una disposición testamentaria –

³⁶ Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016.

³⁷ Permítaseme la larga cita de la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2016: su claridad lo justifica. Para el caso de un causante británico, con residencia en España, que había otorgado testamento en 2005 y fallece después de la aplicabilidad del RS, instituyendo heredera universal a su esposa. «...debe predicarse una interpretación flexible de su DISPOSICIÓN transitoria -artículo 83- redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (*vid.* considerando 80) ... Y así puede entenderse de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos». Elocuente es la de 13 de agosto de 2014, que no aplica el RS por simple razón temporal, pero desliza una frase tajante a la hora de hablar de una hipotética elección de ley en presencia de un testamento en favor de la esposa, que se declararía válido conforme a su ley nacional: Se exige expresa declaración de sometimiento a su ley nacional. A día de hoy la respuesta habría sido otra, pero no en ese momento. No comparto por ello la idea de que la referencia a la ley inglesa debería haber servido para descubrir una elección tácita: A. YBARRA BORES, “La reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a determinados aspectos de la sucesión de británicos en España”, en *Bitácora Millennium Digr*, nº 10, p. 8. La resolución ha sido igualmente anotada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en *AEDIPr*, 20142015/DGRN/15.

Una asignación realizada en términos de *pars valorum* o de *pars bonorum* podría ser indicio útil, pero esto nunca ha sido usado como criterio.

³⁸ Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2019.

³⁹ La argumentación es típica del operador continental, temeroso de hacer algo que no estuviera en los planes del legislador, insistiendo en que el comportamiento no es heterodoxo, ni siquiera creativo.

⁴⁰ STS de 5 de diciembre de 2018, ya citada y no necesariamente digna de elogio.

⁴¹ Resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 2016 y de 2 de marzo de 2018.

⁴² Al fin y al cabo, es lo coherente con la idea de universalidad. De nuevo, resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2019.

⁴³ Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2018. Aunque es cierto que una referencia a esa ley puede valer para despejar dudas, excluyendo la ley de la nacionalidad: A. BONOMI/P. WAUTELET, Comentario al art. 22, nº 34, en *El derecho europeo de sucesiones...*, *op. cit.* Para lo que no sirve es para excluir el reenvío y el juego de la cláusula de excepción, como pretende E. CASTELLANOS RUIZ, “Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, p. 148: En el RS está muy claro cuál es la forma de eludir tanto uno como otra.

⁴⁴ A. BONOMI/P. WAUTELET, Comentario al art. 22, nº 60, en *El derecho europeo de sucesiones...*, *op. cit.* En la misma línea, recuérdese que la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002 ya descubría una elección de ley en el hecho de eludir al fedatario español (además de atender al contenido de las disposiciones). Es claro que eludir una ley no equivale a elegir otra distinta: *Cfr.* P. JIMÉNEZ BLANCO, Comentario, en *REDI*, 2003, p. 432.

más aún un contrato sucesorio en riesgo de nulidad- la conclusión vaya en este sentido (hay demasiados incentivos), con la consiguiente reducción de la esfera de actuación de mecanismo de reenvío.

V. A modo de recapitulación: Una *check list* sucesoria

14. El resultado alcanzado en este litigio es razonable en cuanto a la solución (*rectius*, el hombre medio dirá que no es descabellado o sorprendente) y cómodo en el íter, pero queda la desazón de reconocer que no se ha sido escrupuloso en el análisis. Cuando no cuesta nada proceder correctamente, no deberían valer los atajos, porque la generalización de esta forma de proceder desemboca en la justicia del cadí. Además, otro resultado habría sido perfectamente posible y no menos razonable. De cara al futuro, en casos como el estudiado –que se repetirán hasta el agotamiento- resultaría necesario a mi juicio seguir un protocolo de estudio centrado en los siguientes aspectos problemáticos, para responder a las siguientes preguntas: 1. ¿Dónde tuvo su última residencia habitual el causante? Habrá que huir de la inmediatez en su determinación, y en todo caso perder el respeto a la cláusula de excepción. Si el causante pudo elegir la ley y no lo hizo, el tribunal no puede ser guardián de la previsibilidad sino garante de la proximidad. 2. Cuando resulte aplicable un ordenamiento de un Estado tercero, ¿qué dice exactamente la norma de conflicto extranjera? Cuidado con las simplificaciones: residencia habitual no es lo mismo que domicilio. 3. ¿Es un sistema escisionista? ¿Cuál era el *domicile* del difunto? ¿Cambió realmente de domicilio a lo largo de su vida? ¿Existen bienes inmuebles en el caudal relicto? De nuevo, cuidado con la calificación de los bienes como muebles o inmuebles. 4. ¿Hubo elección de ley, expresa o tácita? Previamente, habrá que conocer qué nacionalidad o nacionalidades tenía el causante, en el caso de que no se manifieste explícitamente o sea dudoso.

Seguir esos pasos no asegura el mejor resultado o la aplicación del Derecho mayormente vinculado al causante, pero al menos queda a salvo la seguridad jurídica hija del estricto imperio de la ley.