

EL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE SUCESIONES Y TESTAMENTOS: BREVES REFLEXIONES (Y ALGUNAS DIGRESIONES) DESDE UNA PERSPECTIVA ESPAÑOLA¹

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE²

RESUMEN

En este artículo el autor no pretende presentar un comentario exhaustivo como tal, sino formular únicamente unas reflexiones sobre los aspectos más destacables del texto del Reglamento (UE) número 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 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, partiendo de sus antecedentes, que será aplicable en España a partir del 17 de agosto de 2015, y con cuyo motivo quedarán modificadas ciertas reglas de fuente interna española que hasta ahora vienen regulando la competencia judicial internacional en materia de sucesiones, así como la regla conflictual del artículo 9.8 del Código civil, en su versión de 1974, que con el Reglamento verá introducida la regla de conflicto con la problemática «cláusula de excepción». Estas modificaciones, desde la perspectiva española, no son las únicas incidencias a tener en consideración, pues también el Reglamento referido afecta a determinados problemas de Dere-

1 Este artículo recoge las líneas generales, con los pertinentes ajustes y adición de notas, del contenido de la conferencia pronunciada por su autor bajo el título *El nuevo Derecho internacional privado de sucesiones*, el jueves 13 de junio de 2013, en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, en el marco de las actividades de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia.

2 Antiguo profesor numerario de Derecho internacional público y privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ex secretario general de dicha Universidad. Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Académico de Número (electo) de la Real Academia de Doctores de España. Miembro de Número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

cho internacional privado como son la calificación, el reenvío, el orden público internacional, o la aplicación de la ley extranjera, todo lo cual constituye la motivación de las reflexiones que contiene el artículo. También la estructura normativa de la eficacia en España de decisiones en materia sucesoria dictadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, sugiere determinadas consideraciones. En resumen, se presenta una panorámica global de la nueva normativa que se incorporará al ordenamiento jurídico español en tanto que España, como miembro de la Unión Europea, participa en esa tendencia de unificación o uniformidad del Derecho comunitario, que ya en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se contempla, en su artículo 100, como una «aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros...».

1. ANTECEDENTES

De conformidad con su art. 84, párrafo segundo, el 17 de agosto de 2015 comenzará a aplicarse en España, y en otros veintitrés Estados miembros de la Unión Europea, el *Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 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*, que modifica sustancialmente, en ese ámbito, el sistema español de Derecho internacional privado de fuente interna. Este sector de Derecho civil comprensivo de las sucesiones y testamentos, hasta ahora estuvo excluido en Convenios y Reglamentos reguladores de la competencia judicial civil internacional y del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, así el ya histórico Convenio de Bruselas de 1968, que quedaban excluidos de su ámbito de aplicación «los testamentos y las sucesiones»,³ al igual que lo hacía el Convenio de Lugano de 1988.⁴ Después lo mismo hicieron los instrumentos que sustituyeron a estos, así el Reglamento 44/2001⁵

3 Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su protocolo anejo, hechos en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (*D.O.C.E.*, núm. C 189/3, de 28 de julio de 1990), art. 1.1.

4 Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (*D.O.C.E.*, núm. L. 319/9, de 25 de noviembre de 1988), art. 1.1.

5 Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 012, de 16 de enero de 2001, con corrección de errores y siete

siguió excluyendo «los testamentos y las sucesiones», y el Convenio de Lugano de 2007.⁶ Igualmente el Convenio de Roma de 1980⁷ determinaba que sus disposiciones no eran aplicables «a las obligaciones contractuales relativas a: los testamentos y sucesiones», y lo mismo ocurre en el Reglamento 593/2008 (Roma I)⁸ donde se dice que no se aplicará a «las obligaciones que se deriven... «de testamentos y sucesiones», y en el Reglamento 864/2007 (Roma II)⁹ que excluye igualmente «las obligaciones extracontractuales que se deriven de... testamentos y sucesiones». Como ya no podría ser de otro modo, la misma exclusión se mantiene en el Reglamento 1215/2012, que sustituye al Reglamento 44/2001, y que será de aplicación a partir del 10 de enero de 2015, salvo los arts. 75 y 76 que serán aplicables desde el 10 de enero de 2014. Por consiguiente, el Reglamento 650/2012 regula por vez primera este ámbito desde la «concepción amplia» del Derecho internacional privado (competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras) que formulara en Francia, con el aditamento de algunos otros sectores jurídicos como el Derecho de la nacionalidad, el Derecho de extranjería, etc., el profesor Antoine Pillet, a fines del siglo XIX, como básica del contenido del Derecho internacional privado,¹⁰ cuando en la Facultad de Derecho de la Universidad Sorbona, en la parisina plaza del Panteón, se encarga el ilustre maestro de Chambéry de explicar por vez primera la mencionada disciplina que por entonces se impuso, como obligatoria, en los estudios de la licenciatura en Derecho, concepción que, por cierto, es la que consideramos más acertada y que al cabo de los años, como se ve, se ha impuesto por pura lógica, como lo revelan las normativas no solo elaboradas por los órganos legislativos de la Unión Europea, sino también por

modificaciones posteriores entre 2002 y 2012), art. 1.2 a).

- 6 Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (*DO* núm. L 339, de 21 de diciembre de 2007), art. 1.2 a).
- 7 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, y protocolos de interpretación (*BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993, con corrección de errores en *BOE* núm. 189, de 9 de agosto de 1993), art. 1.2 b).
- 8 Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (*DO* núm. L 177, de 4 de julio de 2008), art. 1.2 c).
- 9 Reglamento (CE) número 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) (*DO* núm. L 199, de 31 de julio de 2007), art. 1.2 b).
- 10 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I. Introducción, historia doctrinal y codificación, Madrid, 1992, p. 36.

diversos ordenamientos jurídicos nacionales vigentes desde el pasado siglo, o en proyecto.¹¹

La adopción de un instrumento europeo sobre sucesiones ya figuró entre las prioridades del Plan de Acción de Viena de 1998. A principios de la década de 2000 la Comisión encargó un estudio sobre la materia al *Deutsche Notar-institut* (Instituto Notarial Alemán) que fue evacuado por esta institución en noviembre de 2002. Se trata de un informe que se redactó con el asesoramiento de los profesores Paul Lagarde y Dörner y que contiene un estudio de Derecho comparado sobre las reglas de conflicto de jurisdicciones y de leyes relativo a testamentos y sucesiones en los Estados miembros de la Unión Europea. El 30 de noviembre de 2002 en el Programa adoptado, común a la Comisión y al Consejo, relativo a medidas de armonización de las reglas de conflicto de leyes, medidas también destinadas a facilitar el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, se anunciaba la elaboración de un instrumento relativo a sucesiones y testamentos. El Consejo Europeo reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004 se adoptó un nuevo Programa denominado: «El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE», un programa en el que se insiste en la necesidad de contar con un instrumento en materia de sucesiones que contemplase los conflictos de jurisdicciones, los de leyes y el mutuo reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia sucesoria, al tiempo que prevé la creación de un Certificado Sucesorio Europeo. Se llevó a cabo la redacción del Libro Verde sobre «Sucesiones y Testamentos», que se publicó el 1 de marzo de 2005, recibiendo cerca de 60 respuestas, que fue seguido por una audiencia pública el 30 de noviembre de 2006. El 1 de marzo de 2006 la Comisión constituyó el grupo de expertos «PRM/III-IV» que celebró siete sesiones entre 2006 y 2008, organizando la Comisión una reunión de expertos nacionales el 30 de junio de 2008. Posteriormente el Consejo Europeo reunido en Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 2009, adoptó un nuevo Programa plurianual denominado: «Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», que insiste en que el mutuo reconocimiento de decisiones debería ampliarse a ámbitos aún no cubiertos y que

11 Por ejemplo, Código civil peruano, de 24 de julio de 1984; Ley federal suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987; Ley de 18 de diciembre de 1991 de Québec (Canadá), codificando el Derecho internacional privado en un libro décimo del nuevo Código civil; Ley rumana núm. 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado; Proyecto de ley boliviana de Derecho internacional privado, de 2004, etc.

son fundamentales en la vida diaria de los ciudadanos, citando como ejemplo de ellos los testamentos y las sucesiones.

La adopción de un instrumento sobre esta materia recibió el apoyo tanto del Parlamento Europeo como del Comité Económico y Social Europeo. A todo este proceso hay que añadir la realización de trabajos científicos como el Simposio académico de Bruselas celebrado en mayo de 2004, y las Jornadas sobre «Derecho de sucesiones y testamentos en el contexto europeo» que tuvieron lugar en el Centro de Congresos de la capital checa los días 20 y 21 de abril de 2009, en las que, entre otros, participaron con intervenciones y ponencias de miembros de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea (Claudia Hahn), del notariado checo (Lenka Leszay), del notariado francés (Pascal Chassaing), de profesores de las Universidades de Ámsterdam (Barbara Reinhartz), de Glasgow (Janeen Carruthers), y del King's Collage de Londres (Paul Matthews).¹²

Es así como, tras esta intensa actividad, nace la «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», de 14 de octubre de 2009,¹³ propuesta que no pasó desapercibida para los registradores españoles.¹⁴

Y de ahí el *Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 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*», que se publica en el *Diario Oficial de la Unión Europea* del 27 de julio de 2012.¹⁵ De conformidad con su art. 84 el Reglamento, que «será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados»,

12 Vid. María Álvarez Torné: *Jornadas sobre «derecho de sucesiones y testamentos en el contexto europeo» (Centro de Congresos de Praga, 20 y 21 de abril de 2009, en Revista Española de Derecho Internacional (REDI) vol. XLI, 1, 2009, pp. 331-335.*

13 COM (2009) 154 final. 2009/0157 (COD).

14 Vid. José Simeón Rodríguez Sánchez: *La propuesta de Reglamento de sucesiones de la Unión Europea y su proyección en el Registro de la Propiedad*, en <http://www.blogauctoritas.es>, pp. 1-10.

15 DO núm. L 201, de 27 de julio de 2012.

entró en vigor a los veinte días de su publicación en dicho Diario, si bien no es aplicable sino «a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014,¹⁶ y a los artículos 79, 80 y 81,¹⁷ que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012».

En dos de las cuestiones que regula el Reglamento cuenta con antiguos antecedentes en la codificación internacional del Derecho internacional privado. Por lo que atañe a la ley aplicable a la sucesión la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado adoptó el *Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, de 1 de agosto de 1989, firmado, al 24 de mayo de 2013, por Argentina, Luxemburgo y Suiza, y ratificado únicamente por los Países Bajos, por lo que no está vigente ya que su art. 28.1 exige tres ratificaciones para la entrada en vigor internacional.¹⁸ Y por lo que se refiere al certificado sucesorio europeo también la mencionada Conferencia de La Haya había adoptado mucho antes el *Convenio sobre la administración internacional de las sucesiones*, de 2 de octubre de 1973, firmado, a la fecha antes indicada, por Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Turquía, y que, a diferencia del anterior, al cumplirse el requisito que exige su art. 44, párrafo primero, del depósito de tres instrumentos de ratificación, sí está internacionalmente vigente entre los tres únicos Estados que lo han ratificado, miembros, por cierto, de la Unión Europea, que son Eslovaquia, Portugal y la República Checa.¹⁹

2. Ley aplicable a la sucesión

En primer lugar, el Reglamento 650/2012 establece, para los Estados miembros a los que es aplicable, una uniformidad, ahora bien tal uniformidad no es de normas materiales (p. ej. sobre personas llamadas a suceder, orden de sucesión, cuantía de los derechos sucesorios, etc.), sino de normas de Derecho internacional privado, concretamente en cuanto a la determinación de qué ordenamiento jurídico es aplicable a la sucesión, de reglas o normas de conflicto de leyes.

16 Se refieren a la información que los Estados miembros han de facilitar a la Comisión sobre sus legislaciones y procedimientos en materia sucesoria, nombres y datos de contacto con los tribunales, etc.

17 Se refieren al establecimiento por la Comisión de la lista de autoridades y demás profesionales del Derecho con competencia en materia sucesoria, y posteriores modificaciones a ella.

18 Vid. texto en castellano en: José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Evolución histórica y convenciones adoptadas* (2.^a ed. puesta al día), Madrid, 1993, pp. 319-329.

19 Vid. texto en castellano en: José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Conferencia..., op. cit.*, pp. 193-204.

Ello significa que las reglas del Reglamento desplazan a las de fuente interna de cada uno de esos Estados. En segundo lugar, la uniformidad que contiene el citado Reglamento no es total en toda la Unión Europea, ya que este no obliga ni al Reino Unido, ni a Irlanda, ni a Dinamarca, dada su posición de acuerdo a los arts. 1 y 2 de los Protocolos núms. 21 y 22, respectivamente, sobre estos Estados, anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y por lo tanto los tres Estados citados al no participar en la adopción del Reglamento nada les obliga a aplicarlo, sin perjuicio de que posteriormente puedan aceptarlo, por lo que en materia de sucesiones y testamentos seguirán aplicando sus propias reglas de fuente interna. Ello no es incompatible con que entre los Estados nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), dos de los cuales no son miembros de la Unión Europea, se aplique el Convenio de 19 de diciembre de 1934 que contiene reglas de Derecho internacional privado sobre sucesiones, testamentos y administración de herencias, en su versión vigente que responde a la revisada de 1 de junio de 2012.

Las reglas de conflicto de leyes de veinticuatro Estados miembros de la Unión Europea, pues, van a ver sustituidas las suyas nacionales por las del Reglamento 650/2012 cuya efectividad se va a hacer realidad para las sucesiones de las personas que fallezcan desde la fecha, y en adelante, en que será aplicable: el 17 de agosto de 2015.

El Reglamento en su art. 21 determina que: «1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su *residencia habitual en el momento del fallecimiento*. 2. Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un *vínculo manifiestamente más estrecho* con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado». Conforme al art. 22.1: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». Además, el art. 23.1 determina que: La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá *la totalidad de la sucesión*.²⁰

20 Las cursivas son mías.

La residencia habitual en el momento del fallecimiento (*lex residentiae*) es, pues, la conexión que se impondrá a la de la nacionalidad del causante (*lex patriae*) como reguladora de la sucesión, como una unidad, mayoritariamente mantenida hasta ahora por los Estados miembros de la Unión Europea, y al principio de escisión mantenido por algunos otros Estados según el cual la sucesión de bienes muebles se rige por la ley del domicilio (en algún caso por la ley nacional) del causante (*lex domicilii*) en tanto que la de bienes inmuebles se somete a la ley del lugar de situación de los mismos (*lex rei sitae*).

En efecto, si se repasa el panorama del Derecho comparado en la Unión Europea pueden extraerse ejemplos de Estados miembros en los que con alguna mínima variación en la terminología y, en general, precisando el momento de la conexión (el del fallecimiento) la ley nacional del causante está presente y se ha venido manteniendo en codificaciones nacionales antiguas y modernas, así por Alemania (Ley de 25 de julio de 1986, para la nueva regulación del Derecho internacional privado, art. 25), Austria (Ley federal de 15 de junio de 1978, sobre el Derecho internacional privado, art. 28.1), Grecia (Código Civil de 15 de marzo de 1940, art. 28), Hungría (Decreto-ley n.º 13/1979, del Presidium de la República Popular Húngara sobre el Derecho internacional privado, art. 36.1), Italia (Ley 218/1995 sobre reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, art. 46.1),²¹ República Checa (en la vieja Ley checoslovaca de 4 de diciembre de 1963 sobre el Derecho internacional privado y el procedimiento, art. 17), Portugal (Código Civil, aprobado por Decreto-Ley n.º 47 344, de 25 de noviembre de 1966, art. 62), Suecia (en la Ley de 5 de marzo de 1937, relativa a las relaciones internacionales en materia de sucesiones), Polonia (Ley sobre el Derecho internacional privado, de 4 de febrero de 2011, art. 64.2).²²

En cuanto al criterio de escisión de la sucesión este está presente tanto en sistemas de base jurisprudencial como de base legal. En efecto, en el Reino Unido la sucesión intestada de muebles «*is to be distributed according to the law of the domicil of the intestate at the time of his death*», en tanto que «*under the principle of scission, sucesión to immovables is governed, not by the*

21 Texto en: Paolo Mengozzi: *Atti normativi e giurisprudenza in materia di Diritto internazionale privato*, 4ª reimpresión de la 1.ª ed., Bologna, 1997, p. 304-322.

22 En dos ocasiones anteriores codificó Polonia su Derecho internacional privado: por Ley de 2 de agosto de 1926, y por Ley de 12 de noviembre de 1965, y en todas ellas se mantuvo como aplicable a las sucesiones la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. El texto inglés de la ley de 2011 puede verse en: *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. LXIV, 1, 2012, pp. 268-285.

law of the testator's domicile, but by the lex situs»;²³ en Francia, como señalan Loussouarn y Bourel, en materia inmobiliaria la sucesión se rige conforme al derecho consuetudinario «*par la loi de la situation du bien*», según jurisprudencia constante, y en cuanto a la sucesión mueble, tras algunas vacilaciones, la jurisprudencia se pronuncia «*en faveur du maintien de la règle soumettant les successions mobilières à la loi du domicile du de cujus*»;²⁴ y en Bélgica la distinción tradicional entre la parte inmobiliaria de la sucesión «*soumise à la lex rei sitae*», y la parte mobiliaria de la sucesión «*rattachée à la loi du dernier domicile du de cujus*»,²⁵ se mantiene en la Ley de 16 de julio de 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado, así como indica Marc Fallon: «el contenido de las nuevas reglas no cambia totalmente, en apariencia, las normas anteriores... las sucesiones –sumisión de la masa mobiliaria a la ley de la última residencia del difunto y de las masas inmobiliarias a la ley de la situación–...».²⁶ En cambio, Rumanía presenta una diferencia pese a mantener la escisión ya que en su Ley núm. 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado, el art. 66 dice: «La sucesión se somete: a) para los bienes muebles, dondequiera que se encuentren, a la ley nacional que la persona fallecida tuviese en la fecha de su muerte; b) para los bienes inmuebles y los fondos de comercio, a la ley del lugar en el que cada uno de estos bienes esté situado».²⁷

En España la conexión «nacionalidad», es decir, la ley nacional del causante aplicable a la sucesión tiene una larga historia. Por vez primera aparece en el art. 2240 del proyecto de Código Civil de 1836, en el que tras decirse que los españoles en el extranjero pueden testar acomodándose, en cuanto a la forma, a la regla *locus regit actum* o a la forma de la ley española añade «pero arreglándose en todo caso a lo que esta prescribe, respecto al modo de disponer los bienes propios para después de su muerte».²⁸ Años después el proyecto de Ley

23 Vid. Cheshire & North's: *Private international law*, 11.ª ed., London, 1987, pp. 834 y 848.

24 Vid. Yvon Loussouarn-Pierre Bourel: *Droit international privé*, París, 1978, pp. 533-535.

25 Vid. François Rigaux: *Droit international privé*, Bruxelles, 1968, p. 466.

26 Vid. Marc Fallon: *La nueva ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado*, en *Revista Española de Derecho internacional (REDI)*, vol. LVI, 2, 2004, pp. 821-835.

27 Los textos en castellano de las reglas de Derecho internacional privado sobre sucesiones citadas de Alemania, Austria, Grecia, Hungría, Checoslovaquia (antigua), Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia pueden verse en José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995.

28 Vid. VV. AA. Universidad de Madrid. Cátedra de Derecho internacional privado: *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol. I. Textos y Documentos, Madrid, 1970, p. 23.

de Bases de 12 de enero de 1885, decía que «...para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles...» el legislador debería actuar «...inspirándose hasta donde sea prácticamente posible en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos»,²⁹ lo que con ligera modificación consagró la Base segunda de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 al decir: «...inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y doctrina de la personalidad de los Estatutos». Y el Código Civil de 24 de julio de 1889 incorpora la regla de conflicto sobre sucesiones en su art. 10, regulador del «estatuto real», que tras indicar que los bienes muebles quedan sujetos a la ley nacional del propietario, y los inmuebles a la ley del país de situación añade en su párrafo segundo: «Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren».

Se parte del principio de unidad de la sucesión que reiteradamente mantienen la doctrina y la jurisprudencia, pero en realidad esa unidad no es absoluta, pues el propio precepto a renglón seguido se encarga de destruir, al menos, en el ámbito de los conflictos internos toda vez que España es un Estado plurilegislativo en cuyo seno coexisten diversos ordenamientos civiles covigentes. En efecto, el párrafo tercero del art. 10 decía: «Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título xx del Fuero de Vizcaya».

¿Se ajustó el legislador al principio y doctrina de la personalidad de los estatutos? Al defendido mayoritariamente desde luego no, pero sí al minoritario. Por poner algún ejemplo del primero en el siglo xiv Bartolo de Sassoferrato sostuvo que, en el caso de sucesión testada, si la voluntad del testador no resultaba clara debía aplicarse la ley del lugar de otorgamiento del testamento, pero si la sucesión era abintestato había de aplicarse la ley del lugar de situación de los bienes. Es la solución que mantuvieron precursores suyos como Cino da Pistoia y Cuneus, continuadores como Baldo de Ubaldis, o en siglos posteriores como Nicolás Burgundio de la escuela estatutaria flamenca. Pero ya en el siglo xiii un precursor de Bartolo que fue Pierre de Belleperche (Petrus a Bella Pertica) afirmó que la ley aplicable a los bienes legados en testamento y sitos en países distintos, debía ser una sola, es decir, parte de la unidad de la sucesión, y ella

²⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado. Legislatura de 1885. Apéndice único al núm. 54, 12 de enero de 1885.

debe ser el estatuto del país de origen del testador. Si esto se interpreta en clave moderna parece que puede sostenerse, sin temor a la crítica, que la regla se refiere a la «ley nacional» del testador.

Cuando el legislador español redacta el Código Civil en 1889 se encuentra, además, con dos antecedentes importantes. De un lado, el cambio que se produce en el Código Civil francés de 1804 que, en el estatuto personal, abandona la ley del domicilio dominante en las escuelas estatutarias a favor de la ley nacional. De otro, y más relevante, el Código Civil piamontés de 1865, cuyo art. 8 proclama la aplicación de la ley nacional del causante tanto a las sucesiones legítimas como a las testamentarias.

Con la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, ese pretendido principio de unidad se resquebrajó aún más. En efecto, la nueva regla de conflicto sobre sucesiones contenida en el art. 9.8 dice: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservará su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última». Esta es la regla, de cuya lectura resulta diáfano que habrá casos en los que el testador dispuso conforme a su ley nacional (la ley A), pero las legítimas se van a regular por su ley nacional en el momento del fallecimiento (la ley Z), por lo que su sucesión no se rige por una sola ley sino por dos. Posteriormente, por Ley 11/1990, de 15 de octubre³⁰ se añadió un tercer párrafo según el cual: «Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».³¹ Lo que, una vez, más pone de relieve la posibilidad de que los efectos económicos del matrimonio vengán siendo regulados por la ley de B, en tanto que la sucesión, con sus posibles legítimas, se regule por la ley de C, por tanto, como señala el profesor Iriarte Ángel, que más de una ley regule la totalidad de la sucesión.

30 BOE de 18 de octubre de 1990.

31 Solución que recuerda a la dada por la jurisprudencia francesa, respecto de los derechos del cónyuge superviviente, por las históricas sentencias del Tribunal de Aix, de 21 de marzo de 1883 (caso «Viuda Kassab c. hijos de Boutros Kassab»), y del Tribunal de Apelación de Argel, de 24 de diciembre de 1889 (caso «Rosa Antón c. Bartholo», conocido como «caso maltés» o «caso de la viuda maltesa») que fueron, sobre todo la segunda, la base del planteamiento del problema de las *calificaciones* por la doctrina de la época.

De otra parte no parecen justificadas las críticas contra el sistema de escisión de la sucesión, basadas en que las leyes aplicables pueden abocar a una solución contradictoria, toda vez que los muebles se regirán por una única ley, cualquiera que sea el lugar de situación de cada uno de ellos, y cada inmueble por la ley del lugar de situación. Si esto es así, respecto de la parte mueble de la sucesión esa ley aplicable señalará quiénes heredan, por qué orden y que cuantía corresponde a cada heredero, y esa misma solución será para cada uno de los bienes inmuebles. Si un inmueble se halla sito en A y otro en B es posible que sean llamados los mismos herederos pero con distinta cuota, y también es posible que para el inmueble de A sean llamadas unas personas y para el de B otras, pero ello no implicará contradicción, esta solamente se produciría si fuesen aplicadas a un mismo bien dos leyes que sean contradictorias, una atribuyendo al heredero un bien inmueble y la otra impidiéndole heredarlo, situación que no es posible. A mayor abundamiento la escisión de la sucesión España la admitió en dos tratados internacionales celebrados en el siglo XIX, el Tratado hispano-ruso de 14/26 de junio de 1876, cuyo art. 10 sujetaba la sucesión de inmuebles a la *lex rei sitae* y la de muebles a la ley nacional del causante,³² el Tratado hispano-belga de 4 de mayo de 1878,³³ que establecía la aplicación de la *lex rei sitae* para los bienes, y la sigue admitiendo en el aún vigente Tratado hispano-griego, de 6 de marzo de 1919, que mantiene la misma solución que los antes citados, pero que el 17 de agosto de 2015 dejará de tener aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 75.2 del Reglamento, al primar este sobre los convenios celebrados exclusivamente entre Estados miembros que versen sobre la misma materia regulada por el Reglamento, pero solamente, a nuestro parecer, en lo referente a competencia internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias, que son las materias contempladas en el Reglamento, y no en lo relativo a la intervención de los cónsules españoles en Grecia y griegos en España ante una sucesión (aviso de fallecimiento, colocación de sellos, contenido de edictos, apertura de testamentos hallados bajo pliego cerrado, etc.), tal como establece la modificación al citado convenio que tuvo lugar por Canje de Notas de 15 enero/3 febrero de 1953, vigente desde este último día, y que limita la actividad consular cuan-

32 Vid. Ministerio de Asuntos Exteriores: *Tratados consulares de España vigentes en 1.º de enero de 1958*, Madrid, 1958, pp. 525-529, pero advirtiendo, aunque se reproduce, que no está vigente, p. 517

33 Vid. Ministerio de Asuntos Exteriores: *Tratados consulares de España...*, *op. cit.*, pp. 143-148. Pero aunque el propio Ministerio entendía en 1958 que «debe considerarse vigente en las cuestiones de principio» (p. 129), lo cierto es que el convenio fue denunciado por España a fines siglo XIX.

do «los causahabientes del difunto sean menores, incapaces o ausentes y no haya aquel designado ejecutores testamentarios o estos no se hallaren en el país de la apertura de la sucesión».³⁴

3. INCIDENCIA DE LOS «PROBLEMAS GENERALES» DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

a) Calificación

El Reglamento procede a definir en su art. 3, es decir, a calificar, una serie de términos que figuran en su texto como «sucesión», «pacto sucesorio», «testamento mancomunado», «disposición *mortis causa*», etc. Es claro, pues, que estos únicamente podrán interpretarse en el sentido que les atribuye el Reglamento, y no por la *lex fori*, sin embargo, por esta habrá de calificarse la conexión «residencia habitual» del causante puesto que el Reglamento no establece ninguna calificación al respecto. Entre todos ellos destaca la calificación que se da al término «Tribunal» que «es todo órgano judicial y demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o bajo su control, siempre que ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad, y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan, puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia», debiendo los Estados miembros notificar cuáles son estas autoridades y profesionales a la Comisión. En España desde hace casi un lustro los notarios quedan encargados de las declaraciones de herederos cuando el domicilio del causante esté en España, y siempre que no haya bienes inmuebles en el caudal relicto pues en ese caso la competencia recae en los Juzgados de 1.^a Instancia. Desde esta perspectiva ¿cabe atribuir al notario una cierta «función jurisdiccional»?

b) Prueba de la ley extranjera

En la actualidad, antes por el art. 12.6 del Código Civil, hoy por el art. 281.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil se exige la prueba del Derecho extranjero aplicable en España, y ello por ser un mero hecho en el proceso, permi-

³⁴ Vid. Ministerio de Asuntos Exteriores: *Tratados consulares de España... op. cit.*, pp. 338-344 y 357-358.

tiendo al juez indagar su contenido, y si hay una mínima diligencia del actor en la aportación de la prueba el juez debe profundizar en la investigación, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2000. En el caso de falta de prueba de la ley extranjera ha venido prevaleciendo, en general, la aplicación de la ley material española. Esta solución lleva entonces a considerar que la regla de conflicto es una simple regla «oferente», de cuya previsión pueden libremente prescindir las partes litigantes según su propia conveniencia, pero frente a esta solución debería prevalecer la aplicación también de la *lex fori*, pero no de la material sino de la formal, esto es aplicando el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, ante la falta de prueba, ordena al juez desestimar la demanda. Y ese es el criterio que ha comenzado a seguir el Tribunal Supremo otorgando a la regla de conflicto su carácter imperativo, así en la Sala de lo Social en sentencias de 22 y 25 de mayo de 2001, desestima la demanda basada en la ley española cuando de acuerdo a la regla de conflicto es aplicable al caso una ley extranjera, línea que sigue la Sala de lo Civil en su sentencia de 4 de julio de 2006.

La prueba se rige por el art. 299 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, pero solo son medios apropiados para probar Derecho extranjero los documentos públicos y privados, debidamente legalizados, y es jurisprudencia inconcusa del Tribunal Supremo que la prueba queda limitada a la presentación del texto de la ley extranjera debidamente certificado por el funcionario consular o agente diplomático en funciones consulares del Estado cuya ley se pretende probar; el certificado con el contenido de la ley expedido por tales funcionarios, y/o un dictamen de dos juristas de la nacionalidad del Estado cuya ley se quiere probar. Pero estos medios tasados jurisprudencialmente no pueden mantenerse como únicos hoy, y ello porque como ordena el art. 3.1 del Código Civil: «Las normas se interpretarán según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Si se tiene en cuenta que España es, desde hace años, un país de inmigración y esta corriente migratoria, procedente de países iberoamericanos, del norte de África y subsaharianos, y orientales que cuenta con muy escasos recursos económicos, y ello sin contar con que algunos consulados acogiendo al art. 44.3 *in fine*, del Convenio sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963,³⁵ según el cual: «...podrán negarse a deponer como expertos respecto de las leyes del Estado que envía», resulta evidente que el juez debe admitir la prueba del Derecho extranjero sin el rigor que hasta ahora se exige. Esta posición, defendida por la profesora Alcolado Chico, que estimamos acertada, ha sido admitida concreta-

35 Vigente para España desde el 5 de marzo de 1970 (BOE n.º 56, de 6 de marzo de 1970).

mente en un proceso de divorcio de cónyuges de nacionalidad rumana, seguido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe (Madrid) en su sentencia de 9 de julio de 2010.³⁶

Existen regulaciones específicas en el art. 336 del Reglamento Hipotecario y 168.5 del Reglamento Notarial. La reciente jurisprudencia registral como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero y 1 de marzo de 2005 hacen referencia al informe diplomático y al del notario español como medios de prueba del Derecho extranjero, y en la Resolución DGRN de 22 de octubre de 2007 se sostiene que la acreditación de la ley extranjera aplicable a una sucesión no puede resultar de documento no oficial, con lo que se mantiene el criterio riguroso que, es admisible en caso de oposición de parte, pero como antes se ha visto si las partes están conformes y además la prueba, por alguno de los tres procedimientos aceptados por el Tribunal Supremo, les supusiese un coste insoportable el documento no oficial debería ser admitido por el juez o la autoridad competente, por las razones ya indicadas.

Esta es la situación actual española. Pues bien, desde el momento en que comience la aplicación en España del Reglamento (UE) n.º 650/2012, la obligación de prueba de la ley extranjera, en el ámbito a que se extiende el mismo, desaparece para las partes. Y ello en virtud del mandato que el Reglamento adopta para formular la excepción de orden público internacional, y que no es otro que el que vienen manteniendo los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

c) Orden público internacional

El art. 35 del Reglamento determina que: «*Sólo*³⁷ 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 del foro». La fórmula, como se ve, no se limita a decir que la ley extranjera señalada como aplicable no lo será cuando sean contraria al orden público, dice mucho más: que *sólo en ese caso* (y, por tanto, en ningún otro) podrá ser inaplicada. Por lo tanto, el juez o autoridad competente quedan obligados a hacer aplicación de la ley extranjera reclamada por el Reglamento

36 Vid. María Teresa Alcolado Chico: *Competencia internacional y aplicación de ley extranjera. Comentario a las cuestiones de Derecho internacional privado de la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe, de 9 de julio de 2010*, en Diario La Ley, n.º 7942, Sección Doctrina, 11 de octubre de 2012, pp. 1-15.

37 Las cursivas son mías.

de oficio, ya que no podrá alegar la falta de prueba por las partes para denegar su aplicación. Y esto ocurre igual cuando es aplicable cualquier convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado vigente para España que, como se ha dicho, contenga idéntica fórmula de orden público internacional, muy distinta de la contenida en el art. 12.3 del Código Civil que se limita a decir que: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resultare contraria al orden público», regla, por cierto, menos expresiva de la de 1889 del primitivo artículo 11 del Código Civil que, siguiendo la idea manciniana se refería a leyes, sentencias y actos de procedencia extranjera.

¿Qué cuestiones contenidas en leyes extranjeras podrían ser de orden público internacional español? Rodríguez Sánchez apunta las siguientes: 1) reglas sobre legítimas o sucesiones abintestato que discriminen por razón de sexo³⁸ o religión que afecten al principio de igualdad; 2) instituciones que impliquen sustituciones o vinculaciones por encima de los límites permitidos por la ley en contra del principio general de la libertad de la propiedad; 3) tipos de testamentos o previsiones sucesorias pactadas desconocidos por el derecho interno, no obstante, en este punto creemos que han de valorarse conforme a la calificación «amplia» que figura en el art. 3 del Reglamento, y que no toda institución desconocida en un Estado necesariamente tiene que ser contraria, por desconocida, a su orden público internacional. En España el testamento mancomunado prohibido por los arts. 669 y 733 del Código Civil, no es de orden público internacional sino de *orden público interno* toda vez que la prohibición afecta a determinados españoles, pero no a todos ya que se admite para los cónyuges aragoneses en el art. 94, de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón, en la ley 200, con la denominación de «testamento de hermandad», de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se prueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, además de en la Ley de Jóvenes Agricultores; 4) reglas sobre establecimiento de derechos reales innominados que en su caso pudieran no cumplir los requerimientos de determinación exigidos por la ley interna para los derechos reales; y, en fin, 5) figuras jurídicas

38 Recuérdese que ya e en el siglo xiv Bartolo de Sassoferrato consideraba un estatuto prohibitivo odioso el que prohibía a *las hijas* recibir bienes en la sucesión de sus padres. El término *odioso* lo extrae el jurista de Venatura del senadoconsulto macedoniano que, en opinión de Justiniano, estaba pensado *in odium qui praestat*. Por ello, hace años, escribimos que: «En estos estatutos *odiosos* se apunta en remota noción lo que andando el tiempo se llamará en el moderno Derecho internacional privado la «excepción de orden público», vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I. Introducción, historia doctrinal y codificación, Madrid, 1992, p. 308.

con proyección en derechos reales sobre bienes inmuebles con estructura desconocida en el derecho interno como es el caso del «trust», pero insistimos en que el desconocimiento *per se* no tiene por qué ser contrario al orden público internacional español, y en este punto entendemos que es fundamental la aplicación del art. 31 del Reglamento que impone la «adaptación de los derechos reales». La inexistencia de legítimas, generalmente admitidas en casi todos los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea,³⁹ entendemos que, desde luego, no cae dentro del orden público internacional español, ya que existe distinto tratamiento en las regulaciones forales; piénsese como ejemplo en la figura del «apartamento» admitida por el art. 23 de la Ley de 30 de julio de 1959 sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava. En cualquier caso habrá que esperar para tener una perspectiva temporal de cómo se desarrolla la aplicación del Reglamento lo que, por cierto, los Estados obligados por el mismo tienen la obligación de comunicar a la Comisión antes del 18 de agosto de 2025, para que esta pueda presentar, conforme al art. 82, el correspondiente informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo con, en su caso, las propuestas de modificación.

d) Reenvío

Acaso el problema más famoso del Derecho internacional privado, o «la eterna querrela» como le llamara W. Wengler, quedó contemplado, en 1974 por vez primera, en el ordenamiento jurídico español en el art. 12.2 del Código Civil en los siguientes términos: «La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto

39 Advirtiendo que la regla general de admisión de legítimas en ciertos Estados miembros está sujeta a determinadas condiciones, según los casos, puede señalarse, en cuanto a la cuota, con carácter general, que en Eslovaquia y la República Checa la legítima puede ser de hasta el 100% de la herencia; en Bulgaria puede llegar a las cinco sextas partes; en Bélgica, Chipre, Francia, Luxemburgo, Malta y Rumanía, puede contemplar las tres cuartas partes; en España a dos tercios, igual que en Polonia y Portugal; en Alemania, Austria, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos y Suecia la mitad de la herencia; Dinamarca la cuarta parte. En fin, el sistema del *Common Law* no prevé legítimas pero si el causante no ha establecido provisiones financieras adecuadas para familiares o personas que fueran dependientes de él, puede el juez establecerlas con cargo a la herencia, lo que es ley vigente en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. En Escocia la mitad de la herencia, solo para bienes muebles. Vid. el interesante artículo del director del *Deutsches Notarinstitut* Christian Hertel: *Conflicto de leyes sucesorias en la UE: hacia un certificado de herencia europeo*, en [http://redcompara.com/index.php/es/derecho-privado/derecho-internacional-privado/...](http://redcompara.com/index.php/es/derecho-privado/derecho-internacional-privado/), pp. 58-59.

puedan hacer a otra ley que no sea la española». Once años después la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque impone, si se produce el caso, respecto de la capacidad para obligarse por letra de cambio o pagaré a la orden (art. 98.1) y por cheque (art. 162.1) no solamente el reenvío en primer grado sino también en segundo, cuando este último está prohibido por el art. 12.2 del Código Civil, como se ha visto. Esa novedad no responde a ningún motivo serio y rigurosamente justificado, sino a una lamentable incuria del legislador que, sin tener en cuenta el art. 12.2 del Código Civil, se limitó a traducir literalmente del francés el art. 2, párrafo primero, de la «Convención destinada a regular ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden» (Ginebra, 7 de junio de 1930), y el art. 2, párrafo primero, de la «Convención destinada a regular ciertos conflictos de leyes en materia de cheques» (Ginebra, 19 de marzo de 1931), que fueron firmadas por España pero que nunca ratificó.⁴⁰

Ahora el art. 34 del Reglamento dice así: «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. 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».

El art. 21.2 se refiere a la aplicación, como ley rectora de la totalidad de la sucesión, de una ley que no es la de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, sino de otra con la que el causante «mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho», es decir, cuando la cláusula de excepción desplaza a la regla de conflicto, cuestión a la que más adelante nos referiremos. El art. 22 hace referencia al testamento en el que el testador designa expresamente como ley reguladora de su sucesión la correspondiente a su nacionalidad, o a una de las nacionalidades que posea, ya en el momento de la designación ya en el momento de su fallecimiento. El art. 27 regula la ley aplicable a la forma del testamento y, en consecuencia, no cabe admitir el reenvío que las normas de conflicto del ordenamiento regulador de la forma, forma que ha sido observada, puedan hacer a otra ley. Igualmente no cabe la admisión del reenvío que pudieran hacer las reglas reguladoras de la forma relativas, según el art. 28, a la declaración de aceptación, renuncia de la herencia, legado, legí-

⁴⁰ Vid. Yvon Loussouarn-Jean Denis Bredin: *Droit du commerce international*, París, 1969, pp. 891 y 910.

tima, o declaración destinada a limitar la responsabilidad de la persona que la realice, cuando la forma se acomode a la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual. Y, en fin, tampoco se admitirá el reenvío en caso de ser aplicables «disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes», cuestión prevista en el art. 30 que dice así: «Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión». En determinados supuestos, pues, impone la admisión del reenvío de segundo grado, y en otros la inadmisión del reenvío en primer grado. En efecto, obsérvese que el Reglamento guarda silencio para el caso en que la ley aplicable, por ser la de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, es la ley de otro Estado *miembro*, por lo que habrá que interpretar que la ley aplicable en ese caso será la material con independencia de que su regla de conflicto genere un reenvío de retorno (de primer grado) o a tercera ley (de segundo grado) de otro Estado *miembro*.⁴¹ Por lo demás, y resumiendo lo antes expuesto, la solución que el Reglamento da es la siguiente: *a*) cuando resulte aplicable la ley de un *tercer* Estado (es decir, no miembro) esta es la material, salvo que su regla de conflicto reenvíe a la ley de un Estado *miembro*, o a la de un *tercer* Estado (es decir, no miembro) que aplicaría al caso su propia ley, o sea, cuando este ordenamiento acepta ser aplicado; *b*) pero no se considera la regla de conflicto, en ningún caso: 1) si se aplica la ley de un Estado más estrechamente vinculado que el de la residencia habitual; 2) si la ley aplicable es resultado de una elección por el testador; 3) si se trata del ordenamiento aplicable a la forma del testamento; y 4) si se trata de la ley de la residencia habitual del declarante de aceptación o renuncia de la herencia, de legado, legítima, o declaración destinada a limitar la responsabilidad del propio declarante.

En España, como es sabido, desde 1900 hasta 1974, cuando entra en vigor el nuevo Título Preliminar del Código Civil, no se contó con una regla sobre reenvío en nuestro ordenamiento jurídico. Únicamente fue abordado el reenvío en un reducido número de decisiones, entre sentencias, autos y resoluciones de la DGRN apenas una decena, todas «pequeña jurisprudencia», ya que el Tribunal

41 Es prácticamente la fórmula que en su día propuso Christian Hertel en su art. cit., p. 55.

Supremo en ese período nunca tuvo ocasión de pronunciarse y además contrasentidas,⁴² si bien la mayoría favorables a la admisión del reenvío.⁴³

Sin duda ninguna el Reglamento incide notablemente en la fórmula general del reenvío mantenida por el Código Civil. Ahora bien, con carácter general, la admisión o inadmisión del reenvío de retorno, y su aceptación, o no, cuando es de segundo grado, son soluciones drásticas de las que suministra numerosos ejemplos el Derecho comparado. Si una gran mayoría de ordenamientos jurídicos admite el reenvío sobre todo si es de retorno, otros, antiguos y modernos, en cambio lo rechazan (p. ej. Grecia, art. 32 del Código Civil de 1940; Egipto, art. 27 del Código Civil de 1948; Irak, art. 31.1 del Código Civil de 1951; Jordania, art. 28 del Código Civil de 1976; Perú, art. 2048 del Código Civil de 1984; Holanda, art. 6 de la Propuesta de Disposiciones generales de Derecho internacional privado de 2002). En realidad las soluciones radicales no parecen acertadas, porque el reenvío, a nuestro parecer, al margen de cuestiones de soberanía legislativa «triumfante», es una técnica que sirve para, admitiéndolo en unos casos y rechazándolo en otros, llegar a soluciones razonables y justas. En esa línea se pronuncia, por ejemplo, la Ley belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004.⁴⁴ En efecto, en España admitido para regular la capacidad, para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, en el caso de un ciudadano indio aunque su ley nacional material denegaba tal capacidad y lo consideraba delito en ese momento, en tanto que la aplicación de la regla de conflicto india que regula la capacidad por la *lex domicilii*, domicilio que él tenía en España, hizo posible la celebración de tal matrimonio que ya estaba admitido en el ordenamiento español.⁴⁵ Por el contrario, rechazado (pese

42 Con razón el juez británico Wynn-Parry, encargado, en 1947, de resolver la sucesión del duque de Wellington (*Glentanar v. Wellington*), y que para aplicar la doctrina del doble reenvío tenía que considerar si en España se admitía o no esa técnica, dijo que «...sería difícil imaginar labor más complicada que la que me corresponde, puesto que se trata de determinar, por vez primera, en este país o en España, el Derecho que sería aplicado por el Tribunal Supremo de España, el cual, hasta la fecha, no se ha pronunciado sobre la cuestión...», vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado, Parte general*, vol. II. Técnica aplicativa de la regla de conflicto, 2.^a ed., Madrid, 1990, p. 142.

43 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado...*, vol. II, cit., pp. 160-169; y también: *El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español*, en *Actualidad Civil*, núm. 40, 1 al 7 de noviembre de 1999, pp. 1261-1295.

44 Vid. Marc Fallon: «La nueva ley belga conteniendo el Código de derecho internacional privado», en *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. LVI, 2, 2004, pp. 823-824.

45 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: «Nota sobre el matrimonio homosexual y su

al mandato del art. 12.2 del Código Civil) en un supuesto de sucesiones, se consiguió también una solución razonable y justa puesto que resultó respetado el testamento de un ciudadano norteamericano, del Estado de Maryland, que conforme a lo que le permitía su ley nacional en el momento de testar (que fue la misma en el momento del fallecimiento) se olvidó de sus dos hijos y declaró universales herederos a su hermano y en sustitución vulgar a los hijos de este, solución que no habría sido posible de haberse aplicado el reenvío ya que la regla de conflicto de Maryland señala aplicable para bienes muebles la ley del domicilio del causante en el momento de la muerte, y para bienes inmuebles la *lex rei sitae*, los cuales se hallaban en España.⁴⁶ Por lo tanto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 11 de noviembre de 1996, en el caso referido (*Lowenthal San José c. Lowenthal-Greenspan*), si técnicamente, dicho sea con todo respeto, fue incorrecta, en cambio, fue justa.⁴⁷

4. REFLEXIONES SOBRE LA «CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN» O «DE ESCAPE».

El Reglamento en su art. 21.1 tras señalar que la ley aplicable a la totalidad de la sucesión es la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, añade en el apartado 2: «Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado». He aquí una «cláusula de excepción» que ha generado una amplia bibliografía.⁴⁸ La «cláusula-

impacto en el orden público internacional español», en *Actualidad Civil*, n.º 20, 2005, pp. 2452-24-56.

46 En relación a otro caso de sucesiones vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *¿Anular por reenvío la voluntad del testador?*, en *La Ley*, n.º 4, pp. 1699-1708.

47 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *El reenvío ante el Tribunal Supremo...*, art. cit., pp. 1280 y ss.

48 En la que destaca especialmente como estudio más completo la monografía de C. E. Dubler: *Les clauses d'exception en droit international privé*, Ginebra, 1983. La doctrina utiliza diversas expresiones para denominar a la referida cláusula, así p. ej. «clause d'exception» (Dubler, von Overbeck, Lagarde, Patocchi), «clause échappatoire» (Kegel, Brischoff, Ferrer Correia, Knoepfler), en lengua alemana «Ausweichklausel», «Ausnahmeklausel», «Berichtigungsklausel» (la primera de las cuales fue utilizada *expressis verbis* por el Amtsgericht de Lucerna en su sentencia de 31 de octubre de 1980), «cláusula de corrección» (propuesta por Kreuzer), «cláusula de evasión» (Neuhaus), «cláusula de escape» (en la doctrina española Aguilar Benítez de Lugo, Ortiz-Arce de la Fuente, Zamora Cabot), «cláusula de excepción»

la de excepción» solamente es tal si aparece en una regla de conflicto que posee conexión (una o varias) *cierta* (ley nacional, ley de la residencia habitual, ley de la celebración del contrato, etc.), pero no obstante esto finaliza imponiendo la aplicación de la ley con la que el supuesto presente «los vínculos más estrechos». Es decir, que existiendo en la regla de conflicto conexión *cierta* se obliga, no obstante, a resolver por la ley a la que conduce una conexión *incierta* basada en consideraciones totalmente subjetivas del aplicador de la norma, produciendo a los justiciables la más clara inseguridad jurídica. Por el contrario, no son «cláusulas de excepción» las que indican que todas las conexiones de las reglas de conflicto se entienden que son con las que el supuesto respectivo presenta «el vínculo más estrecho», como el art. 1 de la Ley federal austriaca, de 15 de junio de 1978, sobre el derecho internacional privado que dice: «(1) Las situaciones que presenten vínculos con el extranjero se rigen, en materia de derecho privado, por el orden jurídico con el que exista el vínculo más fuerte. (2) Las reglas especiales sobre el orden jurídico aplicable (reglas de conexión) enunciadas en la presente ley federal deben ser consideradas como expresión de este principio», ni el art. 1003 del Código de las Personas y de la Familia, de Burkina Faso, de 16 de noviembre de 1989, que se expresa en parecidos términos. Como tampoco es «cláusula de reserva» la regla de conflicto que posee como única conexión «el vínculo más estrecho». Parece natural que la conexión que el legislador establece sea la que entiende que es la más apropiada, la que presenta mayor vínculo con el supuesto regulado, lo que es predicable respecto de cualquier norma de conflicto y en cualquier tiempo. Cuando Savigny, en su famosísimo *System des heutigen Römischen Rechts* (Berlín, 1840-1849), determina la «sede» de las distintas relaciones jurídicas en función de la naturaleza de estas, y concretamente en materia de sucesión, que concibe como una unidad, con independencia del lugar en que estén situados los bienes, señala que esta debe regularse por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento, está pensando, sin duda, en que esa «sede», esa conexión, es la más apropiada, la que se adecua mejor, la que mejor responde a la regulación de ese supuesto, la que presenta, podríamos decir, tácitamente, sin necesidad de aclaración, el vínculo más oportuno, o más estrecho, pues si hubiese estimado más apropiada otra «sede» la habría elegido en lugar de la que eligió, porque lo que carece de todo sentido es pensar que una regla de conflicto establece una conexión con el ordenamiento jurídico que no tiene ningún vínculo, o lo tiene

(McCaffrey), «cláusula general de excepción» (Marques dos Santos, Ferrer Correia), o «cláusula general» (Lima Pinheiro).

muy laxo, con su supuesto de hecho, como si, por ejemplo, la regla de conflicto española estableciese, para regir la capacidad de un español residente habitualmente en España, que es aplicable la ley japonesa porque todos los años pasa un mes de vacaciones en Japón, o porque tenga allí un apartamento arrendado, e incluso aunque sea de su propiedad.

En todo caso existiendo, pluralidad de vínculos hay que señalar que la ley con la que el supuesto tiene el «vínculo más estrecho» no significa siempre, entendemos con A. Bucher, que sea la «mejor» ley, la que con su aplicación se realice la «mejor justicia», pues como afirma acertadamente el citado autor, la «cláusula de excepción» no consagra la *better law approach*.⁴⁹ Y esa búsqueda de la «mejor» ley nos lleva a dirigir la mirada hacia las doctrinas norteamericanas y al criterio de la *most significant relationship*, dominante en el Restatement (Second) cuyo principal responsable de su elaboración fue Willis Reese.⁵⁰

Hecha esta aclaración, al referirnos en este epígrafe a la «cláusula excepción», habría que comenzar diciendo que *nihil novum sub sole*. Se puede decir que tal cláusula fue «inventada» por la jurisprudencia suiza, en la década de los años cincuenta del pasado siglo, afirmando C. Campiglio que es en el caso *Müller g. Kistler und Obergericht des Kantons Zürich*, resuelto por la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 10 de junio de 1952,⁵¹ cuando aparece por vez primera la cláusula de excepción, aunque su denominación específica no figurase expresamente hasta la sentencia del Amtsgericht de Lucerna, de 31 de octubre de 1980. En la década de los años ochenta pasó a alguna normativa comunitaria, a algún convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, y a algunas codificaciones nacionales de Derecho internacional privado, así al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho, en Roma el 19 de junio de 1980,⁵² que fue ratificado por España; al Reglamento (CE) número 593/2008, de 17 de junio de 2008 (Roma I) que sustituyó al anterior; al art. 8.3 del Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de venta inter-

49 A. Bucher: *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus Kontinentaleröpäischer Sicht)*, Basilea, 1975, p. 224.

50 Vid. todas estas doctrinas en Bernard Hanotiau: *Le droit international privé américain (Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws)*, Paris-Bruxelles, 1979.

51 C. Campiglio: *L'esperienza svizzera interna di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato*, en *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1985, p. 51.

52 *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993.

nacional de mercaderías, de 22 de diciembre de 1986; art. 15.1 de la Ley federal suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987; o art. 3082 de la Ley de Québec (Canadá), de 18 de diciembre de 1991, codificando el Derecho internacional privado en un Libro Décimo del nuevo Código Civil.

Y como toda regla de conflicto normalmente cuenta con una larga historia, esta «cláusula de excepción» tiene también antecedentes remotos: el primero, la tesis de Aristóteles que en su *Ética nicomáquea*, lib. V, cap, 10 (La equidad), párrafo 20 escribió: «Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido». El segundo, la tesis de Aldricus que en su famosa glosa al preguntarse qué ley debe aplicar el juez ante el que vienen a litigar personas sujetas a distintas leyes, responde que debe aplicar *eam quae potior et utilior videtur, debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit*, es decir, la que le parezca mejor y más útil, debe, pues, juzgar según lo que le parezca y vea mejor. Y estas palabras, que fueron objeto de interpretación por la doctrina alemana, significan para Max Gutzwiller «la ley que estuviese en más íntima relación con el objeto del litigio».

Veintitrés siglos después de lo escrito por el Estagirita, su compatriota Georges Maridakis en su «Informe provisional sobre el reenvío», de 1 de febrero de 1956, presentado al *Institut de Droit International*,⁵³ realmente se limitaba a reproducir, con lenguaje moderno, la idea aristotélica. En efecto, escribía Maridakis que: «Como las reglas de derecho en general, las reglas de derecho internacional privado se formulan en consideración de lo que sucede comúnmente. Y lo que sucede comúnmente es que una categoría de relaciones de la vida aparece conectada por un cierto elemento a un cierto Estado. La regla de derecho internacional privado designa a este Estado como aquel cuyas reglas gobernadoras de la vida en común deben ser aplicadas. No obstante no está excluido que una relación de la vida, de entre las que pertenecen a la categoría de las relaciones jurídicas atraídas por la regla de derecho internacional privado, aun conectándose con el Estado enunciado en esta regla de derecho internacional privado, se conecte también, más estrechamente, en virtud de elementos especiales, a otro Estado. La regla de derecho internacional privado habría fracasado en su

⁵³ El *Institut de Droit International* (IDI) celebró su 47º congreso, en 1956, en Granada bajo la presidencia del profesor José de Yanguas Messia.

misión de hacer justicia si fuese aplicada también a dicho caso, cuando quede demostrado que la relación de la vida se conecta más estrechamente a otro Estado. Si los vínculos generales engendrados por los elementos especiales no prevaleciesen aquí, la regla de derecho internacional privado formulada en abstracto y en consideración al término medio habría quebrado en su misión, al no discernir el derecho «exacto» (...), según la expresión de Aristóteles, apropiado a la circunstancia considerada. La relación de la vida debe ser subordinada, en cuanto al fondo, al derecho del Estado que aparezca como el más indicado por las circunstancias», y añadía: «Es deseable que las reglas de derecho internacional privado... sufran una excepción en los casos en los que las circunstancias particulares manden que estas relaciones sean reguladas según el derecho en vigor en otro país, como más apropiado».⁵⁴

Si se recuerda la reacción de sus colegas de la 23.ª Comisión del *Institut de Droit International*, si bien es verdad que tuvo ciertos reconocimientos (p. ej., y con matizaciones, Wengler, Kelsen o Alfaro), mayoritariamente no puede decirse que tuviera una acogida muy favorable, así Ago entendía que la cláusula anularía: «...la regla de derecho internacional privado»; Cheshire mantuvo que: «...esta libertad para ignorar el carácter obligatorio de las reglas para la elección del derecho podría causar una desconcertante confusión»; Makarov decía que provocaría una inestabilidad y una incertidumbre jurídicas aún mayores que las que produce el reenvío, que el profesor Maridakis condenaba; Maury veía en la cláusula una «peligrosa directiva» y se preguntaba si ella no conduciría a una arbitrariedad de los tribunales siendo totalmente imposible cualquier previsión sobre la decisión: Perassi consideraba que la adopción de tal cláusula supondría que el legislador, de manera expresa, tuviese que introducir una regla que autorizase al juez a «...derogar una regla de derecho internacional privado de su sistema jurídico»; por su parte F. de Vischer expresó su preocupación por «el alcance absolutamente general» de la cláusula; Vallindas entendió que, si bien la idea era interesante, la cláusula estaba basada en una «inestabilidad e incertidumbre del derecho», además de que podría llevar a una «excesiva aplicación de la ley del foro»; en fin, Yanguas Messía la rechazó abiertamente al ver en ella una «fórmula» que era «imprecisa» y carente de «certeza».⁵⁵ No obstante estas críticas la cláusula ha venido ganado terreno con el tiempo y se incluye, p. ej.,

54 Vid. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 47, 1957-II, pp. 47-48. La propuesta definitiva *in eod. loc. cit.*, p. 1 y ss.

55 Vid. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 47, cit., pp. 57 y ss. La traducción de los textos al castellano es nuestra.

siguiendo el ejemplo de la ley suiza de 1987, en el art. 19 de la citada Ley belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004, pero con matizaciones. Sorprende un tanto la afirmación de Fallon,⁵⁶ en el sentido de que algunas legislaciones nacionales, en cuanto a incorporar «cláusulas de excepción» como «las leyes alemana e italiana... han renunciado a ello», porque por lo que atañe a esas dos legislaciones no es exacta.⁵⁷

Sin duda ninguna, desde la perspectiva de la filosofía del Derecho internacional privado, la cláusula presenta un grandísimo interés. Nuestro legislador nunca la ha incluido en el sistema español de Derecho internacional privado. La cláusula nos viene impuesta por tratados y Reglamentos; diríamos que llega de fuera, y naturalmente el juez español queda obligado por ella. Esto nos sugiere algunas preguntas, entre las que podríamos destacar dos como básicas y fundamentales: ¿tiene encaje, la «cláusula de excepción» en el procedimiento civil español?, y ¿es compatible con la Constitución Española?

Para examinar estas cuestiones nada mejor que partir de un supuesto de hecho, por ejemplo, perteneciente al Derecho de contratos. Supongamos que S. de nacionalidad alemana, domiciliado en Berlín, y R. de igual nacionalidad, domiciliado en Sevilla (España) celebran, en enero de 2010, un contrato en Tokio, acomodándose a la regla *locus regit actum* en cuanto a su forma, por el que S. vende a R. cincuenta pianos gran cola de concierto marca «Yamaha», fabricados en Japón y en el momento de la celebración del contrato allí almacenados, por un valor total de cuatro millones de euros pagaderos en una cuenta abierta en la sede de un banco español sita en Madrid, en ocho plazos, a lo largo de cuatro años y cuyas fechas se especifican con exactitud, de medio millón de euros cada plazo, el primero de los cuales finaliza el 1 de junio de 2011, obligándose el vendedor a poner a disposición del comprador la totalidad de la mercadería una vez

56 Vid. Marc Fallon: *La nueva ley belga...*, art. cit., pp. 824-825.

57 En efecto, la Ley alemana, de 25 de julio de 1986, para la nueva regulación del Derecho internacional privado, si ha incorporado «cláusula de excepción» en su art. 30 *in fine*, ya que tras señalar la ley aplicable a los contratos y relaciones individuales de trabajo dice: «a menos que, del conjunto de las circunstancias resulte que el contrato, o las relaciones individuales de trabajo, presentan vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará el Derecho de este otro Estado», vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Legislaciones nacionales...*, op. cit., p. 26. Y si la Ley italiana n.º 218, de 31 de mayo de 1995, de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, es verdad que no la establece directamente, si la incorpora en el ámbito de las obligaciones contractuales, al determinar su art. 57, que estas se regulan por la Convención de Roma, de 19 de junio de 1980 (hoy Reglamento Roma I), vid. *Gaceta Ufficiale*, sabato, 3 giugno 1995 (Suplemento ordinario a la *Gaceta Ufficiale*, n. 128 del 3 giugno 1995. Serie generale, pp. 14-15.

ingresado el primer plazo, lo que efectivamente hace. Pero al vencer el tiempo correspondiente al segundo plazo, el 2 de enero de 2012, este no es ingresado por el comprador. Ante esto S. decide entonces, tras varias gestiones que resultaron infructuosas, interponer demanda contra R. reclamando el cumplimiento de las obligaciones por este contraídas en el contrato.

En el contrato las partes no designan ninguna ley aplicable al mismo, ni nada se establece en cuanto a sumisión, al arbitraje o a un tribunal concreto, ante cualquier posible divergencia que surja entre ellas. S. consulta a un estudio jurídico de Madrid sobre la posibilidad de interponer la demanda en España. La respuesta es que ello es perfectamente posible, ya que la competencia judicial civil internacional para el caso viene determinada por el artículo 2.1 del Reglamento 44/2001,⁵⁸ cuyo artículo 1.º no excluye el tipo de contrato en litigio, y el referido artículo 2.1 dice que: «Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Y en cuanto a qué tribunal español tiene jurisdicción y competencia internas, es el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, ya que el repetido artículo 2 del Reglamento añade en su párrafo 2 que: «A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales», siendo así que La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 45 señala la competencia objetiva para este asunto civil a favor los Juzgados de Primera Instancia, y en cuanto a la competencia territorial el artículo 50, señala la competencia a favor del «tribunal del domicilio del demandado».

Tanto el demandante como en demandado basan sus argumentos, buscando la respectiva satisfacción de sus pretensiones, como diría el profesor Jaime Guasp, en el ordenamiento jurídico, absolutamente *cierto*, que señala la norma aplicable a ese tipo de contrato, en defecto de elección por las partes, que no es otra que el artículo 4.º 1 a) del Reglamento Roma I,⁵⁹ según el cual, a falta de elección realizada por las partes, conforme al Reglamento, la ley aplicable al contrato se determina así: «a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual».

58 Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento que sustituyó al Convenio de Bruselas de 1968,

59 Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Es decir, la ley alemana. Ahora bien, el párrafo 3 del referido artículo añade, con carácter general que: «Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos *manifiestamente más estrechos con otro país* distinto del indicado en los apartados 1 o 2, *se aplicará la ley de este otro país*». ⁶⁰ Ley extranjera que, recuérdese, el juez español, en este caso, tiene que aplicar *de oficio* según el artículo 21 del Reglamento Roma I (idéntico al artículo 35 del Reglamento de sucesiones). No se olvide, por otra parte, que en España el principio *da mihi factum dabo tibi ius* no es aplicable en su estado puro, sino que la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en sus artículos 399 y 405 obliga a las partes litigantes a exponer no solamente los hechos sino «los fundamentos de Derecho... que se refieran al asunto de fondo planteado...», como ordena el citado artículo 399.4; y eso es precisamente lo que hacen demandante y demandado ante el Juzgado e Primera Instancia de Sevilla.

¿Quién decide si existen esos «vínculos manifiestamente más estrechos» con otra ley que no sea la alemana? Tal como se ha planteado este supuesto, que evidentemente no es único pues caben muchas variantes, todo parece indicar que es el juez. Y sigamos suponiendo: que el juez, teniendo como directriz el teorema de Brainard Currie,⁶¹ o la sentencia norteamericana del caso *Babcock v. Jackson* (Court of Appeals del Estado de Nueva York, de 9 de mayo de 1963) busca, según su criterio, puesto que esa vinculación manifiestamente más estrecha es de una valoración puramente subjetiva, cuántas veces se conecta el caso con cada uno de los ordenamientos jurídicos en presencia, llegando a la conclusión de que existen más vínculos con Japón que con Alemania y España, y decidiendo dictar sentencia basada en la ley japonesa. Ciertamente ello se ajusta a lo ordenado por el Reglamento que incorpore la «cláusula de excepción», pero ello ¿se ajusta al principio y derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución? Y ¿se ajusta, muy especialmente, al principio y derecho a la seguridad jurídica proclamado y garantizado en el Título Preliminar de la Constitución en su artículo 9.3?

5. RECONOCIMIENTO DE DECISIONES Y FUERZA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS Y TRANSACCIONES.

Limitándonos al procedimiento del reconocimiento en España de una decisión dictada en otro Estado miembro de la Unión Europea, este queda regulado

⁶⁰ Las cursivas son mías.

⁶¹ Vid. Bernard Hanotiau: *Le droit international privé américain (Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws)*, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 79-118.

en el capítulo cuarto del Reglamento, concretamente en los artículos 39 a 58. La estructura no difiere de la adoptada en otros Reglamentos, y aparentemente no presenta ninguna particularidad, sin embargo sí pueden formularse algunas reflexiones en cuanto a la eficacia de la resolución partiendo del texto del artículo 39 según el cual, en su párrafo primero: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros *sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno*».⁶² Esta fórmula ha venido siendo mantenida a lo largo de los años, e incluso puede decirse que, con el transcurso del tiempo, se ha desarrollado en el sentido de prescindir de *cualquier* procedimiento de control por las autoridades del Estado donde se pretende que produzca efectos. Podría decirse que, con relación a nuestro país, adquiere carta de naturaleza con el artículo 10 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn, el 14 de noviembre de 1983 (con canje de instrumentos de ratificación el 19 de enero de 1988, *BOE* del 16 de febrero siguiente), según el cual, en su párrafo 1 de dice: «Las resoluciones dictadas en uno de los Estados contratantes serán reconocidas en el otro *sin necesidad de procedimiento especial*,⁶³ sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes». El texto transcrito motivó una reunión de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por aquel entonces con competencia para el procedimiento de *exequatur*, para intentar desentrañar el sentido de esa exclusión procedimental que del mismo se desprende, llegándose a la conclusión de que efectivamente en España no se exigía ningún procedimiento *especial*, solo el *ordinario* por lo que las sentencias y decisiones procedentes de Alemania debían obtener el correspondiente *exequatur*, para su reconocimiento, y eventual ejecución, en nuestro país. Si se compara la fórmula de este convenio bilateral con la del Reglamento se observará que en este se ha dado un paso más: no es que no se requiera procedimiento especial, es que no se requiere ninguno. La idea de un efecto automático de la decisión dictada en un Estado miembro, en el territorio de otro Estado miembro con ser encomiable no pasa de ser una utopía, pues el artículo 40 del Reglamento añade a renglón seguido, como no podría ser de otra manera, que: «Las resoluciones no se reconocerán...», señalándose cuatro supuestos: orden público, rebeldía del demandado, incompatibilidad con otra decisión dictada en el Estado requerido, e incompatibilidad con otra resolución dictada con anterioridad en otro Estado

62 Las cursivas son mías.

63 Las cursivas son mías.

miembro, o Estado tercero, entre las mismas partes y mismo objeto cuando esta reúna las necesarias condiciones para ser reconocida en el Estado miembro requerido.

Limitándonos al orden público internacional, cabe recordar que en el marco de los Estados europeos, y dado que hoy España pertenece a la Unión Europea, inicialmente «Comunidad» o «Comunidades», el término «comunidad» fue utilizado, con distinto significado, en el siglo XIX por Savigny (que basaba el orden público en la fractura de la «Comunidad de Derecho», idea que confiesa Pillet que nunca entendió muy bien a qué se refería el maestro alemán), y en el siglo XX por W. Hallstein como expresión paralela a la de «Estado de Derecho» a efectos de subrayar que la «Comunidad Europea» es tributaria del principio de legalidad en igual o superior medida que los Estados europeos que la componen.

Si las decisiones se reconocerán «sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno», eso significa que adquieren efecto automático desde su firmeza. Entonces ¿cuándo se produce ese «no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido...»? La respuesta obviamente puede ser que cuando haya oposición de parte; ahora bien, cuando no la haya, el Estado miembro entonces parece que ha de soportar la eficacia en su territorio de una decisión proveniente de órganos pertenecientes a otra soberanía cuyo contenido ataca las bases fundamentales de su ordenamiento jurídico, y por tanto, de su Constitución. Es decir, que el orden público será defendido cuando haya oposición a la decisión afectada del mismo, y, en cambio, no lo será cuando no exista oposición de parte, lo cual carece de todo sentido, pues no se trata de un supuesto en el que las partes, sin decisión judicial alguna, deciden acordar algo contrario al orden público internacional español y a la Constitución, acuerdo que no trasciende de su círculo privado y del que el Estado no tiene conocimiento; en caso de existencia de una decisión judicial extranjera hay efectivamente un mandato de órganos sujetos a otra soberanía y, por tanto, se produciría un efecto «soterrado» en el territorio español, lo cual el Estado no debería, en absoluto, tolerar.

Actualmente entre los Estados miembros de la Unión Europea posiblemente sea difícil señalar causas de orden público internacional en el ámbito sucesorio, lo que no ocurría hace medio siglo, así el profesor Aguilar Navarro, escribía en 1960 que aunque teóricamente no es el Derecho sucesorio de los más propicios a la invocación del orden público, prácticamente sucede todo lo contrario,⁶⁴ señalando causas hoy propias figurar en el museo jurídico (muerte civil, pacto

64 Mariano Aguilar Navarro: *Derecho civil internacional*, Madrid, 1960, p. 447.

sucesorio, sucesión a favor de hijos adulterinos, plazo dado al albacea...), pero, con todo, podría en algún punto concreto producirse esa ruptura de la «Comunidad de Derecho» savignyana.

En fin, el Reglamento en el capítulo sexto, artículos 62 a 73, se ocupa del Certificado Sucesorio Europeo de forma muy detallada (creación, finalidad, competencia para expedición, solicitud y examen de la misma, expedición, contenido, efectos, copias auténticas, rectificación, modificación y anulación del certificado, recursos y suspensión de efectos), y habrá que esperar a la vigencia del Reglamento y desarrollo de sus aspectos para poder plantear las seguramente múltiples cuestiones que se suscitarán al respecto. Por último, debe destacarse la exención de cualquier tipo de legalización para los documentos que sean expedidos en un Estado miembro en el marco del Reglamento.

Madrid, 8 de enero de 2014.

