

## HACIA UN NUEVO MODELO DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA NOTARIAL: LA *PROFESSIO IURIS*

Antonio Ripoll Soler  
Notario de Alicante

---

TITLE: *Towards a new model of notarial planning inheritance: professio iuris*

RESUMEN: El 17 de agosto de 2015 supone el punto de partida de una nueva forma de aproximarse a la sucesión hereditaria en el ámbito de la Unión Europea. La posibilidad de que el causante opte por la ley aplicable a la sucesión es una de las novedades de mayor calado del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. La *professio iuris* sucesoria es el objeto de estudio de este trabajo. Se hace imprescindible una nueva sensibilidad y rigor por parte de los operadores jurídicos al abordar los problemas que plantea la elección de ley, su modificación y su revocación.

ABSTRACT: *The 17th August, 2015 marks the deadline of a new way of approaching the inheritance in the European Union. The possibility of testator opt for the law applicable to the succession is one of the innovations of greater significance to Regulation (EU) 650/2012 of the European Parliament and of the Council Regulation 650/2012, on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. The professio iuris succession is the object of study of this work. It is essential a new sensibility and rigor to solve practical problems presented by the choice of law, its modification and revocation.*

PALABRAS CLAVE: Sucesiones internacionales, ley aplicable, *professio iuris*, Reglamento 650/2012.

KEY WORDS: *International successions, applicable law, professio iuris, Regulation no 650/2012.*

SUMARIO. 1. PLANTEAMIENTO. 2. AUTONOMÍA CONFLICTUAL VS. AUTONOMÍA MATERIAL. 3. LA *PROFESSIO IURIS* EN EL R(UE) 650/2012. 3.1. *La situación internacional como presupuesto de aplicación: alcance.* 3.2. *Ley aplicable a la sucesión: exposición preliminar.* 3.3. *El elenco de leyes elegibles: exposición crítica.* 3.4. *Ejercicio de la professio iuris: algunos problemas previsibles.* 3.4.1. Problemas de elección relativos a la selección de una ley nacional. 3.4.1.1. Caso de pluralidad de nacionalidades. 3.4.1.2. Opción por la ley indeterminada de la nacionalidad al tiempo del fallecimiento. 3.4.1.3. Estados plurilegislativos. 3.4.1.4. Práctica notarial: la concreción de la nacionalidad. 3.4.2. Problemas relativos a la configuración y extensión de la *professio iuris*. 3.4.2.1. *Professio iuris* alternativa. 3.4.2.2. *Professio iuris* y testamentos parciales. 3.4.3. Supuestos dudosos de *professio iuris*. 3.4.3.1. Opción en aquellos supuestos en los que no hay elemento internacional. 3.4.3.2. *Professio iuris* a favor de la ley de la residencia habitual. 4. LA PLASMACIÓN DOCUMENTAL DE LA ELECCIÓN DE LEY. 4.1. *El concepto de disposición mortis causa.* 4.2. *La admisión de la professio iuris tácita.* 5. LA MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA *PROFESSIO IURIS*: PATOLOGÍAS. 6. CONCLUSIONES.

---

### 1. PLANTEAMIENTO

El nuevo Reglamento Europeo de Sucesiones convierte la figura de la *professio iuris* sucesoria en pieza angular del sistema sucesorio europeo. En este trabajo se pretende

poner de relieve las dificultades a las que se enfrenta el ciudadano al ejercitar la *optio legis*, para planificar su sucesión; así como las pautas que debe tener en cuenta el profesional o autoridad, normalmente el notario, que recoge e informa la voluntad sucesoria. El funcionamiento del Reglamento requerirá la existencia de un elemento internacional.

La institución tiene repercusiones tanto para los potencialmente llamados a la herencia como, especialmente, para la persona que se enfrenta al reto de organizar la transmisión hereditaria de sus bienes. En este estudio nos vamos a centrar en la perspectiva del disponente, aquella persona a la que el nuevo instrumento normativo de la Unión brinda la posibilidad de elegir la ley aplicable a su sucesión. La práctica revela la importancia de una actuación rigurosa a la hora de informar el consentimiento del eventual causante en el momento de expresar su última voluntad. Una adecuada elección de la *lex successionis* facilitará la planificación hereditaria con arreglo a la auténtica voluntad del disponente. La cláusula de elección de ley mal planteada generará problemas, en cambio, en el momento de la apertura de la sucesión. Para ello es importante analizar los posibles problemas con los que se puede encontrar el operador jurídico, normalmente el Notario, al recibir la voluntad sucesoria y al dar redacción a las cláusulas de *optio legis*, a fin de asegurar que se cumple la auténtica última voluntad de la persona que se enfrenta al reto de ordenar su sucesión. La *professio iuris* en el Reglamento, además de dar flexibilidad al de cuius para planificar su sucesión, forma parte de una batería de medidas que el instrumento normativo arbitra para conseguir el alineamiento entre dos de los sectores del Derecho Internacional Privado: la ley aplicable a la sucesión y la competencia judicial internacional. Si bien, el Reglamento es omnicompreensivo y afecta a los tres sectores del Derecho Internacional Privado, al regular también los aspectos relativos al reconocimiento de resoluciones judiciales y decisiones y su ejecución, destacando como instrumento al servicio de los intereses de la Unión la creación del Certificado Sucesorio Europeo. Esa toma de razón de los tres sectores del Derecho Internacional Privado moderno propicia certeza legal al disponente, así como a los implicados en el proceso hereditario; en este sentido, la actuación notarial, como órgano de seguridad jurídica preventiva será decisiva en el desarrollo de los objetivos del Reglamento.

Un correcto asesoramiento requerirá conocer no solo los problemas que se pueden encontrar al formular la elección de ley sino, con carácter preliminar, conocer los márgenes de libertad que brinda la institución que ahora estudiamos, así como los aspectos más importantes de su modificación y revocación en el marco de lo que, con arreglo a la nueva normativa europea, se debe entender por disposición *mortis causa*, y todo ello, sin olvidar que para que la cláusula de elección de ley entre en juego se requiere que el rasgo de internacionalidad esté presente en la planificación sucesoria, que no deja de ser un proceso *in itinere*.

En este contexto resultan esclarecedoras las palabras de la Comisaria Europea de Justicia, Doña Vera Jourová, que, el mismo día de la entrada en vigor del Reglamento se refiere al mismo señalando:

«Today we are making it cheaper and quicker to deal with international successions and wills. Citizens preparing a will can now choose to have the law of the country of their nationality applied to their estate, even if they live in a different Member State and have assets located in different countries. This will give peace of mind and legal certainty to roughly 450,000 European families each year, who are involved in cross-border cases. The result will be faster and cheaper procedures, saving EU citizens time and money in legal fees.»

Antes de comenzar con el desarrollo del estudio, propiamente dicho, se considera conveniente apuntar una justificación del plan de exposición.

Así, tras este planteamiento inicial, se aborda, en primer lugar, la exposición de la distinción entre autonomía conflictual y autonomía material. La *professio iuris* tiene un carácter transversal, por lo que al lector que pudiera no estar familiarizado con la disciplina del Derecho Internacional Privado le puede resultar interesante centrar el punto de partida para una mejor comprensión de los aspectos prácticos del resto de la exposición.

A continuación se aborda el estudio propiamente dicho de la *professio iuris* y las soluciones que aporta, en relación a la misma, el R(UE) 650/2012. Se intenta ofrecer un enfoque práctico sin renunciar a la fundamentación científica.

Como primera cuestión se analiza la necesaria concurrencia de situación internacional como presupuesto de aplicación. En este punto se presenta un enfoque distinto al habitual para discriminar los supuestos de sucesiones internas frente a aquellas que tienen repercusión transfronteriza. Determinado el presupuesto de aplicación del Reglamento se hace una breve exposición meramente descriptiva de las soluciones de ley aplicable que brinda la nueva normativa conflictual. De esta manera, poco a poco, habiendo fijado los presupuestos y marco normativo, se va introduciendo el análisis de distintos problemas vinculados a la elección de ley sucesoria.

Procede, entonces, relacionar el elenco de leyes elegibles, bajo el régimen del Reglamento. Se trata de una exposición crítica y valorativa del camino seguido por el legislador de la Unión.

Las delimitaciones anteriores permiten traer a colación una selección de problemas usuales que se presentan, de forma cotidiana en los despachos notariales, en el momento en el que el disponente, al planificar su sucesión, pretende hacer uso de la *professio iuris*. No son, sin duda, todos los problemas, pero sí los que se ha considerado más importantes. Una adecuada precisión de los mismos redundará en una mayor facilidad y agilidad en la ejecución de la disposición sucesoria.

Tomando como guía ese criterio se exponen y ofrecen soluciones relativas a los supuestos en los que existe pluralidad de nacionalidades. En consideración a los dos momentos críticos que tensionan la facultad de elegir la ley —el momento de la elección y el momento del fallecimiento—, se analiza la elección a favor de la ley de la nacionalidad al tiempo del fallecimiento. Se hace una llamada de atención sobre la

problemática que se presenta cuando se opta por la ley de un Estado plurilegislativo. Los problemas tratados hasta ese momento giran en torno a la selección de una concreta ley determinada por la nacionalidad del causante, por lo que se juzga conveniente tomar en consideración determinados aspectos prácticos vinculados a la concreción de la nacionalidad en la disposición *mortis causa*.

Los problemas que se puede encontrar el profesional que asesora al disponente no serán solo los relativos a la decisión de optar por una u otra nacionalidad sino a como se estructura la opción en aquellos supuestos en los que el disponente quiere establecer limitaciones o delimitaciones a la ley seleccionada; por lo que, seguidamente, se estudia la viabilidad de una *professio iuris* alternativa y el funcionamiento de la elección en el caso de testamentos parciales.

Un tercer grupo en este elenco de problemas sería el relativo a supuestos dudosos de *professio iuris*. El primero que se analiza es el de la elección de ley en el caso de que no exista elemento internacional actual, el cual es un auténtico supuesto de *optio legis* y tiene cobijo en el régimen legal vigente. Se ha preferido, para mejor claridad expositiva, estudiar esta cuestión independientemente de la más general relativa a la existencia de situación internacional como presupuesto de aplicación del Reglamento. El segundo será el relativo a la *professio iuris* a favor de la ley de la residencia habitual del disponente; en este caso, se anticipa, estamos ante una falsa *professio iuris* lo cual no quiere decir que no tenga transcendencia y sirva para solucionar determinados problemas; se propondrá, no obstante, la forma adecuada en la que debería desarrollarse la finalidad que con esa forma de optar se persigue.

La correcta resolución de los problemas expuestos facilita que el ciudadano disponente seleccione, en su caso, la ley aplicable a su sucesión, esa elección debe plasmarse en un documento sucesorio, una disposición *mortis causa*. Por eso se expone el concepto de disposición *mortis causa* a estos efectos en el Reglamento y, seguidamente, la exteriorización de la elección de ley, con especial referencia a la problemática que presenta la *professio iuris* tácita.

Por último, antes de formular unas conclusiones y consideraciones finales, se tratarán las patologías que pueden presentarse al modificar o revocar la *professio iuris*.

Se ha prescindido deliberadamente de analizar la institución cuando se pretende planificar la sucesión mediante un pacto sucesorio. No se desconoce por ello la importancia de la sucesión contractual, no solo a nivel europeo sino, especialmente, en los distintos Derechos forales que coexisten en España; si bien, concurren dos circunstancias, por un lado, la práctica en el litoral mediterráneo español, que es donde mayor número de problemas pueden plantearse, por la fuerte presencia de extranjeros, residentes y no residentes, es ajena a la institución contractual. Por otro lado, los perfiles específicos que la elección de ley tiene cuando interactúa con un pacto sucesorio, ya sea con uno o varios disponentes, exceden del ámbito de la estricta *professio iuris*. En efecto, no solo se deberá estudiar en estos casos la *optio legis* realizada por el disponente o disponentes del pacto; sino también, y entre otras

cuestiones, las interacciones con los firmantes del pacto no disponentes, la frustración de las expectativas generadas como consecuencia del cambio de ley sucesoria aplicable potencialmente, así como las repercusiones que tiene en esta sede la elección de la ley sucesoria anticipada, a que se refiere el artículo 25 del Reglamento y sus relaciones con los pactos *de lege utenda*.

## 2. AUTONOMÍA CONFLICTUAL VS. AUTONOMÍA MATERIAL

El 17 de agosto de 2015 supone el inicio del viaje hacia un nuevo Derecho Sucesorio Europeo. Es entonces cuando despliega plenamente sus efectos el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Bajo esa rúbrica tan larga se da cobertura a una serie de medidas tendentes, a la postre, a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea. Esa libre circulación debe cumplirse también en lo relativo a la transmisión hereditaria de los bienes. Ese planteamiento se robustece por el legislador de la Unión dando entrada a un mayor margen de libertad a la hora de abordar la sucesión, pues los deseos de conseguir la realización plena de la voluntad del *de cuius* siempre ha sido una de las máximas aspiraciones de las personas en relación al patrimonio generado durante su vida. La práctica notarial pone de relieve como, contrariado, recibe el testador la noticia de que existen ciertos límites a la hora de planificar su herencia. El Legislador de la Unión, con este Reglamento, eleva a la categoría de principio la planificación sucesoria y ese principio clama para sí una serie de medidas que garanticen la estabilidad de esa planificación. Sin garantizar la estabilidad de las decisiones *mortis causa* adoptadas por un ciudadano no hay planificación sucesoria. Cuestión distinta es si las medidas adoptadas facilitan la consecución de ese objetivo, o si son suficientes a tal fin.

La creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el que se propicia la libre circulación de personas, más allá de la primigenia aspiración de conseguir la libre circulación de mercancías y capitales, hace imprescindible facilitar esos movimientos dentro de la Unión Europea que generan un semillero de herencias transfronterizas. El Derecho Sucesorio del siglo XXI, en el seno de la Unión Europea, se enfrenta al reto de dar una respuesta adecuada a esos ciudadanos que adquieren una segunda residencia en un país distinto al de su procedencia, que generan riqueza en distintos países o que deciden que el decurso de su vida les lleve allende las fronteras del Estado de su nacionalidad originaria o de aquel que ha constituido su residencia en la primera parte de su existencia. Pues es una realidad cada vez más presente, en definitiva, la presencia de elementos extranjeros en aquellas sucesiones que tradicionalmente se presentaban como meramente internas.

En este contexto se aprueba el 4 de julio de 2012, el Reglamento Sucesorio Europeo. El texto legislativo fundamenta su competencia en el artículo 81, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La adopción de un Reglamento de mercado

carácter conflictual en el ámbito de la disciplina internacionalprivatista se presenta como la medida idónea para facilitar esa libre circulación de personas en lo relativo a la planificación sucesoria y al servicio de dicho objetivo se introduce la *professio iuris* sucesoria (art. 22 RES) y los principios de universalidad (art. 20 RES) y unidad de la sucesión (arts. 21 y 23 RES).

La técnica conflictual adoptada da primacía a la autonomía de la voluntad para determinar cual será la ley aplicable a una sucesión de la que conozca cualquier autoridad de un Estado miembro de la Unión. Para ello, el disponente de la sucesión deberá haber optado por que le sea aplicable la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento (art. 22.1, primer inciso RES). Lo cual implica para todos los Estados miembros de la Unión presentar a la *professio iuris* sucesoria como pieza angular del sistema hereditario sobre cuyo ámbito territorial despliega sus efectos el Reglamento que ahora empieza a aplicarse. La norma europea garantiza que todas las autoridades de la Unión resuelvan una sucesión hereditaria transfronteriza en un mismo sentido, lo cual, se supone, abaratará los costes conflictuales y, consiguientemente, económicos y emocionales de la sucesión *mortis causa* acaecida dentro de las fronteras de la misma.

La *professio iuris* sucesoria, es definida por Fontanellas Morell como aquella facultad conferida al causante para que, en una disposición por causa de muerte, designe, dentro de ciertos límites, la ley que debe regir, en todo o en parte, su sucesión.

Algunos autores parecen contraponer la *professio iuris* como acto de planificación sucesoria a la *professio iuris* autónoma. En el primer caso se elegiría la ley aplicable con ocasión de un acto *mortis causa* de disposición patrimonial en el que se ordenase la sucesión del eventual *de cuius*. En el segundo caso, en cambio, se elegiría la ley aplicable a la sucesión pero sin hacer más disposiciones. Pese a lo anterior, me parece, no solo es perfectamente posible estructurar la elección de ley aplicable a la sucesión de cualquiera de las dos formas referidas, sino también considerar, en todo caso, a la *professio iuris* como acto de planificación sucesoria aunque no se hagan más disposiciones. Las motivaciones del optante podrán ser diversas, bien desplazar unos llamamientos intestados en beneficio de otros o bien asegurarse la aplicación de una determinada ley sucesoria en detrimento de otra.

El Reglamento 650/2012 da carta de naturaleza a la *professio iuris* sucesoria y la admite en el marco de una autonomía conflictual limitada y marcadamente dirigida. Para ello debe emitirse una declaración de voluntad en el marco de una disposición de última voluntad abogando por la ley de cualquiera de las nacionalidades permitidas por el referido artículo 22 RES. Así, no se permite optar libérrimamente por cualquier ley, se da margen a la autonomía de la voluntad, como ley suprema de la sucesión, pero dentro de determinados límites, cerrándose las opciones posibles.

El modelo del Reglamento, sin embargo, es más amplio de lo que puede parecer inicialmente y las opciones son muchas, al tiempo que fundamentadas, con

independencia de la valoración que la doctrina y los operadores jurídicos den al elenco de posibilidades elegibles.

Es tradicional en el ámbito del Derecho Internacional Privado distinguir la autonomía conflictual de la autonomía material. Así, la primera, la autonomía conflictual, permite optar entre todo un bloque normativo para que rija la sucesión del, entonces, ordenante o planificador de la sucesión. La segunda, la autonomía material, sin embargo, dentro de un sistema jurídico, da un cierto margen de libertad que, sin afectar a la Ley aplicable a la sucesión, permite modelar la transmisión hereditaria de los bienes. Se deben descartar soluciones apriorísticas que lleven a afirmar que la autonomía conflictual necesariamente es más amplia que la material, pues habrá que estar al caso concreto. Solo sucederá esto cuando se pretenda inaplicar un sistema legitimario regulado por una determinada legislación estatal, en aquellos casos en los que, en uso de dicha autonomía conflictual, el disponente pueda optar por un sistema que deje libertad absoluta para ordenar la sucesión al margen de toda protección de otros intereses de parientes y allegados del eventual causante. Por ello, es muy importante analizar el supuesto concreto a fin de encontrar la solución que más se ajusta al mismo, en Derecho las cosas no funcionan como una regla de todo o nada, sino que existen matices que se deberán tener en cuenta.

Si, por un momento, nos ponemos en la óptica del ciudadano que acude a una notaría a ordenar su sucesión, nos encontraremos fácilmente con que los límites a la libre facultad de disposición *mortis causa* en la mayoría de los casos, en la práctica, sorprenden al disponente. El otorgante de un testamento, por ejemplo, desde mi experiencia al abordar la plasmación testamentaria de la última voluntad de una persona, lo que usualmente quiere es decidir libremente sobre sus bienes, al margen de que sus principios morales, la configuración de su familia, sus circunstancias personales... le fueren hacia un determinado tipo de disposición. No entiende, en cambio, que sea la Ley la que le impela a realizar el testamento de una determinada manera. Así las cosas ¿dónde se reconoce mayor ámbito de libertad en la autonomía conflictual o en la material? No parece errarse si se predica que, si las conexiones son adecuadas y, en cierta medida, flexibles, esa mayor libertad se alcanza desde la óptica del Derecho Internacional Privado puro, en el seno de la autonomía conflictual, es en ella donde el disponente encontrará más fácilmente realizable su voluntad, aunque, como se dijo, deberá estarse al caso concreto. Al mismo tiempo, si consideramos, como se debería, la última voluntad de la persona como la plasmación de sus convicciones más íntimas en orden a la transmisión hereditaria de su patrimonio mediante una adecuada planificación en la que se reflejan sus propios valores, aunque teleológicamente el resultado pueda ser similar, utilizando las opciones que se permiten por la autonomía material, desde una perspectiva valorativa la autonomía conflictual se presenta más respetuosa con los valores del disponente. Esa concepción de la persona que hace uso de su libertad al planificar la sucesión será más fácil plasmar si el *de cuius* puede optar por uno u otro sistema jurídico con toda la batería de valores y principios generales del Derecho que los informan y respaldan.

El Reglamento 650/2012 adopta una autonomía limitada, cuando no dirigida, y permite desplazar la ley de la residencia habitual por la de cualquiera de las nacionalidades que ostente el causante bien al tiempo de hacer la opción, aunque la pierda luego, bien al tiempo de su sucesión. El sistema es lógico, pues, con buen criterio el Reglamento adopta la óptica de que será en el lugar de la residencia habitual donde el causante se encuentre integrado y quiera ser tratado como aquellos a los que considera sus iguales; sin embargo, en aquellos casos en los que existe un componente internacional, el Reglamento permite al testador optar por conservar sus leyes, como aquellas a las que se siente más vinculado, que son las de su comunidad jurídica de procedencia. En el fondo, no deja de ser un trasunto del concepto romano de *ius civile* el cual se definía en las fuentes como *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile*.

Así, la *professio iuris* es admisible, incluso, aunque en el sistema de Derecho Internacional Privado del Estado de la ley nacional o de la residencia habitual del causante no se admita la posibilidad de optar por la ley aplicable, como sucede, por ejemplo, en el artículo 9.8 C.c. español, frente al panorama que brindan otros países miembros de la Unión Europea, que sí la reconocen con distinta intensidad y límites, tales como Alemania, Bélgica, Italia o Países Bajos.

El nuevo sistema, además, se alinea en la órbita de los sistemas que buscan la unidad de la sucesión, lo cual se supone, reporta menos costes de litigación y conflictuales y hace más fácil la planificación sucesoria, a diferencia de lo que sucede en las legislaciones de sistemas escisionistas.

La moderna regulación de la Unión Europea que parte del Reglamento Europeo de Sucesiones, a la vista de lo anterior, se convierte en un arma de doble filo. Las posibilidades que abre en punto a la culminación del principio de la voluntad del causante como ley de la sucesión son muchas. Pero no son menos los problemas que se pueden generar al causante perezoso que no llega a expresar su última voluntad en tiempo y forma. La falta de plasmación de voluntad sucesoria por inacción del ciudadano medio, lo que sucede muchas veces por desconocimiento de la normativa aplicable –realidad que el Legislador no parece haber tenido en cuenta– catapultará a sus familiares y allegados a una ley sucesoria que, en muchas ocasiones distará mucho de lo realmente querido por el *de cuius*.

En este punto es interesante, por consiguiente, hacer una llamada de atención sobre la importancia de planificar la sucesión y de fijar las reglas de juego que permitan, a la postre, determinar la ley aplicable a la sucesión de la herencia transfronteriza. La *professio iuris* se presenta así como un instrumento para dar seguridad jurídica al futuro causante en el momento de planificar su sucesión; especialmente si se tienen en cuenta los problemas que pueden surgir a la hora de determinar la residencia habitual a falta de *optio legis*.

Así pues, la declaración de optar por la ley que permite el artículo 22 debe ser informada previamente de forma que permita al testador colocarse plenamente ante



todos los escenarios posibles que se abren como consecuencia de la aplicación de una u otra ley de las que se pueden elegir.

### 3. LA *PROFESSIO IURIS* EN EL R(UE) 650/2012

#### 3.1. *La situación internacional como presupuesto de aplicación: alcance*

El R(UE) 650/2012, como ha quedado dicho anteriormente, afecta a los tres sectores del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, presupuesto ineludible de su aplicación, es la existencia de una situación internacional. El elemento internacional, como ya es lugar común en la doctrina, se presentará con mayor o menor intensidad en función del sector de la disciplina al que afecte. Así, la propia circulación de documentos justificará por sí sola la normativa en este punto; sin embargo, en los aspectos sobre los que incide el trabajo que ahora se presenta, se requerirá el oportuno anclaje riguroso de la internacionalidad de la situación, de la herencia, sobre la que se pretende que opere el Reglamento en detrimento de la ley material interna potencialmente aplicable y desplazada por la normativa de la Unión.

Llama la atención, sin embargo, que pese a ser presupuesto de todo discurso, cualquiera que sea su alcance, que tenga por objeto el R(UE) 650/2012, en la mayoría de los comentarios y monografías que ya se han ocupado, de forma amplia, de su estudio, se obvie el análisis del elemento internacional. Normalmente los autores han pasado directamente a estudiar el ámbito de aplicación *rationae materiae* y analizan, en primer término, las materias excluidas en el artículo 1. La internacionalidad es un presupuesto de la validez de la *professio iuris*. Debería ser objeto de un estudio previo y común a todo aquello que esté conectado con el propio Reglamento. Se considera oportuno apuntar algunas consideraciones previas sobre esta cuestión para un mejor enfoque de los problemas conexos con el ejercicio de la *optio legis*, que es el verdadero objeto de estudio de este trabajo.

La doctrina que ha analizado el Reglamento, desde el primer momento, pone de relieve la falta de referencia a la situación de internacionalidad en el texto de la Unión, en él se presupone pero en ningún caso de explícita.

Los estudios sobre el Reglamento, que se han ocupado preliminarmente de la situación internacional como presupuesto de su aplicación, normalmente lo han hecho descomponiendo, básicamente, los ya tradicionales elementos personales (causante y herederos), reales (composición del patrimonio hereditario) y formales (lugar del otorgamiento de la disposición de última voluntad). La localización de dichos elementos en lugares distintos, bajo el ámbito de distintas leyes potencialmente aplicables, sería la que conllevaría o no la aplicación de la norma que se comenta. Uno de los principales problemas, desde esa óptica, es el de analizar si concurre la internacionalidad en cada uno de esos elementos a los fines de determinar o no la aplicación del Reglamento.

El enfoque apuntado, que, tal vez, pueda ser óptimo para determinados sectores de la realidad sobre la que opera el Derecho, sin embargo, se complica en el ámbito de las sucesiones internacionales. El cambio de circunstancias entre el momento del

otorgamiento de la disposición sucesoria y la apertura de la sucesión inciden en gran medida en ese planteamiento. De ahí que deba tenerse en cuenta el momento temporal en el que penetra el elemento de internacionalidad; pues pueden darse ocasiones en que el devenir de la vida pueda transformar una sucesión interna en internacional por el hecho del cambio de residencia. Todos estos factores deben ser cuidadosamente analizados a la luz de las circunstancias del caso concreto

### 3.2. *Ley aplicable a la sucesión: exposición preliminar*

El R(UE) 650/2012, como su propia rúbrica indica, se ocupa, entre otros, de uno de los tres sectores del Derecho Internacional Privado moderno, que es el relativo a la ley aplicable, en este caso, en materia de sucesiones.

La técnica normativa aborda la determinación de la ley aplicable a la sucesión en su capítulo III, básicamente, en los artículos 21 y 22. El Reglamento, con carácter general, establece, en el primero de ellos, una llamada a la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de fallecimiento, como ley rectora de la sucesión. La ley de la residencia habitual puede verse desplazada por la ley que ofrezca con una vinculación más estrecha con el causante, la cual no tiene que coincidir, necesariamente con la de la residencia habitual (arg. cons. 25).

La ley de la residencia habitual y la de la vinculación más estrecha con el causante, sin embargo, ceden en favor de aquella ley que haya sido elegida por el causante de entre el elenco de leyes elegibles a que se refiere el artículo 22 del Reglamento. Este último precepto consagra la figura de la *professio iuris* a cuyo estudio se consagra, especialmente, este trabajo. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, frente a lo que sucede en el caso de que la ley aplicable sea la determinada por la residencia habitual, en el caso de que se haya producido la elección de ley se producen notables consecuencias tanto en lo relativo a la competencia de tribunales y autoridades (art. 7), como en relación al reenvío (art. 34).

El legislador de la Unión Europea, además, en el mismo capítulo delimita el contenido de la *lex successionis* (art. 23) y lo yuxtapone a la ley que regula la validez material del acto de disposición *mortis causa*, bien sea un testamento (art. 24), bien sea un pacto sucesorio (art. 25), introduciendo la regulación de la ley sucesoria anticipada e, incluso, la posibilidad de elegir la misma, en los mismos términos que la ley sucesoria.

No quedan exentos de regulación los aspectos relativos a la forma de las disposiciones *mortis causa* (art. 27); o de la aceptación o renuncia hereditaria (art. 28); nombramiento y facultades de los administradores de herencia en ciertas situaciones (art. 29); sucesiones especiales por los bienes a que se refieran (art. 30); adaptación de los derechos reales (art. 31); conmorienca (art. 32); sucesión vacante (art. 33); reenvío (art. 34); orden público (art. 35); y, Estados plurilegislativos (art. 36-38).

Se trata, en fin, de regular el completo fenómeno sucesorio, en los términos que se perfila en los artículos 1 y siguientes del Reglamento.

No es faltar a la verdad, afirmar que estamos ante un reglamento complejo en su aplicación y que avoca al ciudadano a una planificación sucesoria asesorada. Disponer, sin más, de los bienes, al margen del consejo profesional, no deja de ser una temeridad, lo cual resulta especialmente arriesgado en el caso de que estemos ante una sucesión con elemento internacional.

En este trabajo, nos vamos a ocupar de la figura de la *professio iuris* como novedad introducida por el Reglamento, para determinar la ley aplicable a una sucesión internacional. Se hará especial referencia a los aspectos que deben ser tomados en consideración a fin de ofrecer una buena praxis profesional; para lo cual será fundamental estudiar, desde una perspectiva crítica, los principios que inspiran la *optio legis* en la nueva reglamentación.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la elección de la *lex successionis*, a cuyo estudio se dedica este trabajo, tiene su contrapunto en la ley sucesoria anticipada, que será la que se aplique a la validez material de las disposiciones *mortis causa* en los términos que se determinan en el artículo 26 del Reglamento. Como con acierto pone de relieve Álvarez González, la ley sucesoria anticipada sustrae determinados aspectos de la sucesión a la *lex successionis*. Cabe también la elección de dicha ley, lo cual no quiere decir que estemos ante una auténtica *professio iuris*, en relación a la misma, en el ámbito del Reglamento; si bien, actualmente, en la práctica forense, se trata de un campo inexplorado. No están bien resueltos los problemas que se producen, cuando no se ha elegido ley y se produce un cambio de ley sucesoria entre el otorgamiento de la disposición y la apertura de la sucesión, resultando sumamente conveniente, advertir al disponente, por lo que se propone introducir en dichos actos una cláusula, a modo de advertencia, de contenido similar al siguiente: «Informo al [testador] sobre los posibles efectos de un cambio de residencia habitual, así como de las consecuencias del cambio de la nacionalidad o de la adquisición de otra nacionalidad distinta de la actual».

Problemas como el que se acaba de apuntar, ponen de relieve, como viene a ser una constante en la nueva regulación, la complejidad de la planificación sucesoria y la actitud necesariamente proactiva que debe tener el profesional que asesore al disponente.

### 3.3. *El elenco de leyes elegibles: exposición crítica*

Admitida en el Reglamento la posibilidad de elegir la *lex successionis*, procede ahora analizar el marco normativo que determina las opciones del *de cuius* al elegir la ley aplicable a su sucesión.

El artículo 22 RES llama como primera ley aplicable a la sucesión a la elegida por el causante de entre las de aquellas de las nacionalidades que posea al tiempo de la elección o al tiempo del fallecimiento. No se ha admitido la posibilidad de optar por la ley de la residencia habitual del disponente.

Se trata de un sistema de autonomía limitada y dirigida. La autonomía es limitada porque la persona no puede elegir libremente, ni siquiera dentro de los límites de los principios generales del ordenamiento jurídico, la ley que mejor le parezca. Al mismo tiempo, se trata de una autonomía de la voluntad dirigida, pues el testador o disponente sólo puede optar por el elenco de leyes que el Reglamento le suministra, consiguientemente se trata de una autonomía conflictual de opción.

Así, el Reglamento Europeo de Sucesiones entre permitir elegir cualquier ley como *lex successionis* o cercenar las opciones del testador se prefiere esto último. La orientación cautelosa del Reglamento no es absurda, pues admitir una opción libérrima, permitiría desplegar al máximo los efectos de la libre voluntad del testador. Llevar la libertad de optar hasta sus últimos extremos conllevaría una falta absoluta de previsibilidad para la comunidad en la que desarrolla su vida y se encuentran sus bienes, lo cual debe incrementar los costes de litigación y más si se opta por una ley con la que el testador no tiene la más mínima conexión. Ahora bien, ello no quiere decir que el criterio adoptado por el legislador de la Unión pretenda a ultranza una vinculación con el disponente, pues esa conexión puede no existir en determinados casos en los que se opte por la ley de una nacionalidad que ostente el optante pero con la que carezca del más mínimo vínculo actual.

Con ser cierto lo anterior, paradójicamente, como consecuencia de la toma de posición del Reglamento sólo a favor de la opción por la ley nacional del disponente, el principio fundamental al que se subordina la regulación de la Unión quiebra. En efecto, si se toma en consideración que la planificación sucesoria es el principio que inspira el Reglamento, cuanto más nos alejamos del esquema del disponente asocial y desvinculado de toda familia, más difícil es cohonestar ese principio con los márgenes de libertad que permite la norma legal. La práctica cotidiana pone de manifiesto que, normalmente, es infrecuente el supuesto del potencial *de cuius* aislado que ordena su sucesión. La realidad de los despachos notariales es que, lo normal, un matrimonio o pareja comparece para ordenar la completa transmisión del patrimonio familiar a favor de los miembros de la unidad familiar. Con independencia de que en el ordenamiento en cuestión se admitan formas plurales de disposición *mortis causa* tales como el testamento mancomunado o los pactos sucesorios, la voluntad habitual se orienta hacia una ordenación conjunta de la sucesión en el patrimonio familiar. La imposibilidad de optar por una ley, como sería la reguladora del régimen económico matrimonial, frustra las expectativas de los miembros productivos de la familia, los cónyuges, padres o miembros de la pareja, para planificar realmente la transmisión del patrimonio familiar, ante la falta de un régimen legal unitario para ambos miembros de la pareja. En el Reglamento se ha perdido una oportunidad de oro para, realmente, conseguir una auténtica solución unívoca y ofrecer a los disponentes de la Unión, lo que realmente reclaman: un régimen unitario para ambos miembros de la pareja.

La cuestión se aprecia, si cabe, más nítidamente, en el caso de los pactos sucesorios y testamentos mancomunados. La aparente flexibilidad introducida por el Reglamento al permitir que los distintos sujetos del pacto sucesorio o del testamento mancomunado,

en su caso, tomen parte en él pese al distinto régimen legal a que se pudiera prima facie sujetar la validez material del pacto o testamento mancomunado; quiebra cuando opera la ley sucesoria que corresponde a cada uno de los firmantes, pues ésta, a diferencia de lo que sucede respecto de la ley sucesoria anticipada, que se puede concordar (art. 25), es individual para cada potencial *de cuius*, por lo que puede que la finalidad perseguida con el negocio dispositivo se frustre cuando entren en conflicto las leyes sucesorias correspondientes a cada uno de los firmantes, cuando no sean las mismas o estén inspiradas en principios distintos. Se podrá decir que, en estos casos familiares, la planificación podría conseguirse si se dejase ésta al albur de la ley de la residencia habitual, normalmente común, caso de matrimonio, no tanto caso de pacto sucesorio familiar. Sin embargo, la misma crítica que podría verterse en relación a la residencia habitual como criterio supletorio de planificación, por su mutabilidad, en el caso de las disposiciones *mortis causa* unilaterales, se podría predicar en estos supuestos de negocios sucesorios plurales.

Con lo que, tal vez, se pone al intérprete sobre el tapete una de las grandes falacias del Reglamento, cual es el hecho de que el principio de planificación sucesoria al que se apela de forma reiterada es meramente formal.

#### 3.4. Ejercicio de la *professio iuris*: algunos problemas previsibles

La riqueza de matices que presenta la posible situación internacional es tan amplia que son múltiples los supuestos que se pueden presentar en la práctica.

En este punto me gustaría llamar la atención sobre varias cuestiones que pueden incidir en el proceso de *optio legis* y ser determinantes a la hora de planificar la sucesión, Lo habitual no tiene que ser el caso elemental en el que hay una mera discordancia estable entre residencia habitual al tiempo del fallecimiento y una única nacionalidad de origen. Se trata aquí de ofrecer al operador jurídico, normalmente el notario, que se enfrente al reto de indagar, interpretar y adecuar la voluntad del disponente a las alternativas que le ofrecen los ordenamientos jurídicos puestos en parangón a la planificación sucesoria por él deseada. Ofrecer al intérprete unos criterios que le permitan anticiparse a algunos de los problemas que se pueden presentar al seleccionar la ley aplicable o al ejecutar la elección, al abrirse la sucesión, basándose en una elección realizada de forma deficiente, se presenta como algo sumamente conveniente.

##### 3.4.1. Problemas de elección relativos a la selección de una ley nacional

Se tratan aquí los problemas que aparecen vinculados a interpretar la elección realizada cuando esta es a favor de una nacionalidad que no se concreta de forma unívoca. Serán cuestiones vinculadas a la pluralidad de nacionalidades en el optante; a la elección de la ley nacional al tiempo del fallecimiento; a la elección de una determinada ley nacional cuando se establece remisión a un sistema plurilegislativo. Por último, se plantearán determinadas cuestiones relativas a la concreción de la

nacionalidad a los efectos de facilitar la apertura de la sucesión y ejecución de la disposición *mortis causa*.

#### 3.4.1.1. Caso de pluralidad de nacionalidades

Resulta especialmente interesante en este caso realizar un análisis pormenorizado de las opciones legales que tiene el disponente. No en vano, en el concurren las circunstancias óptimas para planificar la sucesión y adecuarla totalmente a su voluntad. Debe destacarse, una vez más, que la posibilidad de optar es el correlato del principio de planificación sucesoria que inspira al Reglamento. Declarar la opción por la nacionalidad coincidente con su residencia actual, cuando se tiene la posibilidad de valorar lo que ofrece otra nacionalidad elegible, no deja de ser un error, especialmente en aquellos casos en los que no se ha analizado suficientemente los efectos de optar por una u otra de las leyes en juego. Esto que no deja de ser obvio, no por ello, por desgracia, deja de ser habitual en la práctica forense.

La opción, a la vista del artículo 22 R(UE) 650/2012 debe ser por una sola de las distintas leyes que en su caso puedan ser elegidas, como leyes nacionales.

Se ha criticado por la doctrina el hecho de que el artículo 22 del Reglamento no haya resuelto el supuesto en el que el disponente se limita a optar por la ley de su nacionalidad y sean varias las que ostente bien en el momento de la elección, bien en el momento del fallecimiento. La crítica, siendo cierta, debe reconducirse al concreto efecto práctico. La planificación sucesoria se proyecta ejercitando la facultad de optar. En la práctica habitual no se disocia, aunque debiera, el acto de la *professio* del acto de disponer la completa planificación patrimonial hereditaria. Por ello, pese a no haberse determinado expresamente a que nacionalidad de las poseídas por el disponente se refería éste al optar, una adecuada interpretación del acto de disposición sucesoria debería permitir encontrar una *professio* tácita admitida por el propio artículo 22, en los términos que se verán. Lógicamente, si esto no fuere posible, la *optio legis*, devendría ineficaz. Ante la oscuridad de la cláusula deberá estarse a la ley supletoria designada por los artículos 24 y 25 para interpretar la validez de la opción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1.d, del Reglamento.

Consiguientemente, determinar indubitadamente la ley elegida debe ser la consecuencia de una adecuada valoración de las circunstancias del caso concreto. La *optio legis* en estos casos debería ir acompañada de una adecuada ponderación, por el profesional que asesora, de los distintos ordenamientos que claman para si la competencia de regular una determinada sucesión.

#### 3.4.1.2. Opción por la ley indeterminada de la nacionalidad al tiempo del fallecimiento

Se trata de una de las posibilidades que admite el artículo 22 RES, si bien deben ser tomados en consideración distintos supuestos; pues debe querer significar algo más que la nacionalidad actual coincidente con la que se posee al tiempo del fallecimiento.

Por eso, en el Reglamento, la nacionalidad que se ostente al tiempo del fallecimiento aparece yuxtapuesta a la nacionalidad que se ostente al tiempo de la elección.

Si se trata de una persona que está tramitando una determinada nacionalidad parece lógico que pueda realizar una adecuada planificación sucesoria en consideración a la nacionalidad en ciernes. Se opta por una ley sucesoria previsible, puede que un determinado régimen sucesorio resulte más atractivo, bien por conceder mayor libertad al disponente, bien por adecuarse más a la planificación sucesoria deseada, bien, simplemente, por el hecho de conllevar una mayor integración en la sociedad de la que se aspira a ser miembro de pleno derecho; o, bien, por criterios de vinculación y proximidad que incidan en unos menores costes de litigación para los herederos.

Si, por el contrario se trata de una declaración sin previsibilidad, como cuando se opta por la ley nacional al tiempo del fallecimiento, sin más, sin determinar esta, la opción legal puede no ser tan aconsejable, puede conllevar un salto al vacío hacia un régimen legal indeterminado.

En cualquier caso, parece conveniente que, si no se tiene la nacionalidad por la que se opta la *optio legis* se haga condicionada a la adquisición. De lo contrario la *professio* puede devenir ineficaz, como apuntan Bonomi y Wautelet. Sin embargo, entiendo, en estos supuestos lo verdaderamente importante no será que la cláusula de opción devenga ineficaz sino que con ella se irá al traste toda la planificación sucesoria realizada por el causante. Y es que, más vale una planificación real con un régimen que no satisface que la inexistencia de planificación por ampararse en un régimen inaplicable.

Está claro que optar por la ley del Estado cuya nacionalidad posea [el testador o disponente] al tiempo de su fallecimiento no deja de abrir la puerta a la admisión de que la *professio* sea condicionada. Una buena práctica notarial debería llevar a ir más allá de la mera alusión a que se opta por la ley de la nacionalidad del testador. En efecto, puede que tenga más de una nacionalidad, bien al tiempo del otorgamiento, bien al tiempo del fallecimiento. Puede que las nacionalidades sobrevengan posteriormente, me parece adecuado, en este contexto que se vaya más allá y se haga referencia a la concreta nacionalidad por cuya ley se postula el testador al profesar. La elección de la ley de la nacionalidad sin determinar cuál es esa ley puede suponer un semillero de dudas, pues no siempre se sabrá qué ley se estaba escogiendo en aquellos casos en los que el disponente tenía más de una nacionalidad u ostentaba una distinta al tiempo del fallecimiento.

Así las cosas, caben dos tipos de cláusulas, valgan como ejemplos los que siguen:

Ejemplo 1. «*Professio iuris*.- El testador declara, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 R(UE) 650/2012 que opta por la ley de la nacionalidad que posea al tiempo de su fallecimiento».

La redacción propuesta deja un margen de indeterminación, plantea conflicto interpretativo caso de que se posea más de una nacionalidad al tiempo del

fallecimiento. Refrenda, por otro lado, la idea de que si la opción se hace tempranamente y no está perfilado el decurso vital del testador será, de facto, una opción vacía de contenido y carente de toda planificación sucesoria.

Ejemplo 2. «*Professio iuris*.- El testador declara, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 R(UE) 650/2012 que opta por la ley de la nacionalidad –determinar país–, para el caso de que la posea al tiempo del fallecimiento».

La cláusula anterior, da un paso adelante, respecto de la primeramente propuesta. En efecto, implica una opción condicional. Si no se posee la concreta nacionalidad elegida al tiempo del fallecimiento, bien porque no se llegó a adquirir, bien porque se perdió, implica que la *professio* se frustra y se desplaza por el régimen de la residencia habitual, salvo que haya prevista una *optio legis* en cascada, sobre lo que volveremos al hablar de las *professio iuris* condicionadas o alternativas.

Y todo lo anterior, sin perjuicio de la necesidad de acreditar en el momento de aperturarse la sucesión la tenencia de la nacionalidad en el momento de la elección o fallecimiento, cuestión sobre la que se volverá posteriormente.

#### 3.4.1.3. Estados plurilegislativos

Existen Estados en los que coexisten distintas leyes aplicables, bien por comprender distintas unidades territoriales con capacidad normativa –como sucede en España–, bien porque se encuentran integrados por distintas comunidades de personas sujetas a distintas leyes en función de la adscripción de las mismas a una u otra comunidad. La cuestión aparece resuelta en los artículos 36 y 37 del Reglamento.

En uno y otro caso se hace una remisión a las normas de producción interna del Estado que es llamado en el caso concreto y en el que existen las diferentes unidades territoriales o comunidades interpersonales.

No obstante, ante una eventual falta de regulación se establecen unos criterios supletorios que adaptan el punto de conexión de la residencia habitual o de la nacionalidad con una determinada unidad territorial o comunidad personal. La vinculación más estrecha como guía del intérprete se toma en consideración en la nueva normativa.

En esta materia como cierre del sistema del Reglamento se establece la declaración de no obligatoriedad del instrumento normativo que se estudia para los Estados en relación a los conflictos internos, se contiene en el artículo 38 y se trata de una solución ya tradicional en el ámbito del Derecho de la Unión Europea.

Centrándonos en el caso de España, la abundante literatura que se ha escrito sobre estos preceptos se ha encontrado con el escollo de dar una respuesta plenamente satisfactoria a los múltiples problemas que se plantean y ello ha dado lugar a numerosas críticas. La normativa se ha calificado de farragosa. La doctrina pone de relieve el método de remisión indirecta que utiliza el Reglamento o, incluso,



«subsidiario», como cierre del sistema en aquellos casos en los que la remisión indirecta se muestra insuficiente. Tomando como punto de partida esa idea se producen desarrollos que acaban proponiendo no solo la reforma del Título Preliminar de nuestro Código Civil sino, también, incluso, la del propio Derecho de la Unión Europea para tener en cuenta la singularidad de la vecindad civil española como punto de conexión.

No se pretende en este trabajo hacer un estudio del tema más amplio que supone la remisión a un sistema plurilegislativo en los artículos 36 a 38 del Reglamento, si bien nos interesa llamar la atención sobre dos cuestiones que deben ser tenidas en cuenta para una adecuada práctica al elegir la ley. La primera sería relativa a la posibilidad y conveniencia de concretar la ley aplicable en aquellos casos en los que la *professio iuris* se realiza a favor de la ley nacional de un Estado plurilegislativo, como es el caso del Español, descendiendo, por consiguiente, al concreto sistema aplicable de ley material. La segunda sería relativa a los efectos de dicha *professio iuris* caso de cambio de la ley de la vecindad civil con posterioridad, así como la incidencia de la desaparición del elemento extranjero en el momento del fallecimiento.

El supuesto de hecho estaría basado en una cláusula con la siguiente redacción:

«*Professio iuris*. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 22 R(UE) 650/2012, el testador elige como ley aplicable a su sucesión la correspondiente a su nacionalidad española y, dentro del ámbito de aplicación del artículo 36 del citado Reglamento, hace constar que, actualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Código civil español, su vecindad civil es la aragonesa, por lo que elegida su ley nacional como rectora de su sucesión realiza la concreción de la misma a favor de la legislación civil aragonesa, con arreglo a la cual ordena y planifica su sucesión en este testamento».

Se toma como punto de partida la cláusula que se considera más correcta, pues en ella se es respetuoso con el sistema de remisión indirecta del Reglamento, se hace llamada en primer lugar a la ley nacional (arg. art. 22) y, en cascada, se procede a hacer la aplicación del sistema conflictual interno, como manda el artículo 36 del Reglamento. Desde un punto de vista de práctica jurídica, la redacción de la cláusula de elección de ley en tal sentido evita cualquier margen de duda sobre la voluntad del optante y disponente de la sucesión. Es lo que se considera debería ser una buena práctica notarial, en la cual, lo tácito es enemigo de lo expreso.

Una variante de la anterior sería una cláusula con el siguiente tenor:

«*Professio iuris*. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 22 R(UE) 650/2012, el testador elige como ley aplicable a su sucesión la aragonesa, con arreglo a la cual ordena y planifica su sucesión en este testamento».

En este supuesto se ha prescindido del *iter* secuencial marcado por el Reglamento en su artículo 36, si bien, teniendo en cuenta que se admite la *professio iuris* tácita, que es una concesión formal de expresión mucho mayor que la contenida en el modelo que se comenta, una cláusula de elección de ley que conduce al mismo resultado que la anterior sin explicar el proceso por el cual se apunta hacia una determinada ley sucesoria no por ello debería dejar de ser válida. Como en cualquier supuesto de

elección de ley se tratará de, en el momento de aperturarse la sucesión, contrastar si el disponente podía o no elegir dicha ley sucesoria. No estamos ante una *professio iuris* tácita, sino, simplemente, ante una elección de la ley que, en última instancia hubiese sido aplicable si el disponente se hubiese limitado a optar por la ley de su nacionalidad; todo ello bajo el presupuesto de que éste tuviese dicha vecindad civil y concurriese la situación de internacionalidad en los términos que se apuntan en este trabajo.

Si el disponente se limita a optar por la ley de su nacionalidad y ésta apunta a un Estado plurilegislativo, al ejecutar la sucesión podríamos encontrarnos con que se repitiesen los problemas que se dan en el caso de que una persona se limite a optar por la ley de su nacionalidad sin hacer referencia expresa a cuál es, cuestión que ha sido tratada ya anteriormente. Este problema no sería tal si se entiende que hasta el momento del fallecimiento no se puede concretar la ley aplicable dentro del sistema plurilegislativo; tal posición es contraria a la finalidad del Reglamento, pues la conveniencia, deseo y voluntad de planificación sucesoria es la misma, para el disponente, si su nacionalidad es la de un Estado plurilegislativo que si no lo es. Defender lo contrario implica penalizar a aquellos ciudadanos, como los españoles, que podrían ver frustrados sus deseos de planificación en caso de cambio de vecindad civil entre el momento de la disposición y del fallecimiento. El ejercicio de la facultad de opción, como se defiende en este trabajo, implica ponderar las soluciones que las distintas leyes materiales potencialmente elegibles ofrecen al disponente en el momento de optar.

Admitida la opción de ley configurada de esta manera, sin embargo, el problema se plantea, especialmente en aquellos casos en los que cambia la vecindad civil del disponente y ésta es distinta en el momento del fallecimiento por haberse producido una alteración en relación al momento en el que se configuró la opción. Preliminarmente habría que decir que la situación internacional existente al tiempo de la elección, en los términos que se explican en este trabajo, hace aplicable el Reglamento. Lo cual, se hace más evidente, si cabe, en el caso de que el optante español tuviese, además, una segunda nacionalidad y hubiese elegido la ley española concretando el sistema civil interno aplicable, respetando, siempre, los criterios conflictuales internos.

La solución del artículo 22 del Reglamento que salva el conflicto móvil al no verse afectada la elección caso de cambio de nacionalidad con posterioridad al momento de la elección debe de ser aplicable también en este caso, pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante una solución incoherente con el sistema del propio instrumento normativo.

#### 3.4.1.4. Práctica notarial: la concreción de la nacionalidad

Aunque la problemática de concretar la nacionalidad aparece en todos aquellos instrumentos normativos en los que se utiliza como punto de conexión la nacionalidad, conviene poner de manifiesto, teniendo en cuenta el carácter marcadamente práctico de este estudio, unas pautas de actuación que debe seguir la autoridad, el notario, que reciba la declaración de voluntad sucesoria que contenga una elección de ley.

Debe tenerse en cuenta que, a la vista del Considerando 41 R(UE) 650/2012:

«A efectos de la aplicación del presente Reglamento, la determinación de la nacionalidad o nacionalidades múltiples de una persona debe resolverse como una cuestión preliminar. La cuestión de considerar a una persona como nacional de un Estado queda fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento y está sujeta a la legislación nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, dentro del pleno respeto de los principios generales de la Unión Europea».

Ello nos lleva a diferenciar entre la determinación de la nacionalidad, lo que implica aplicar la normativa correspondiente al Estado de la nacionalidad que se invoca o, en su caso, de los Convenios internacionales; de la acreditación de la nacionalidad a los efectos de que sea considerada *lex successionis* en el seno del Reglamento.

La simple y mera invocación de una presumible o presunta nacionalidad extranjera del causante no prueba nada y no permitirá que la sucesión quede sujeta a la Ley del país de la nacionalidad no acreditada del causante aunque haya sido elegida por éste. Es algo que, aunque obvio, no debe dejar de recordarse.

Será, consiguientemente, de extrema utilidad e importancia facilitar la apertura de la sucesión habiendo clarificado aquellos puntos que pueden ser objeto de controversia, uno de los cuales será la nacionalidad del causante, bien al tiempo de la opción, bien al tiempo del fallecimiento, pues no olvidemos que las alternativas de opción a la vista del artículo 22 del R(UE) 650/2012 pivotan en torno a las nacionalidades.

Actualmente existen distintos documentos de identidad y no siempre tienen, todos, el mismo valor a los efectos de acreditar la nacionalidad. En este contexto, aunque acaecido el fallecimiento se pueda probar la nacionalidad del causante que optó por cualquier medio admitido en Derecho, resulta especialmente adecuado testimoniar el documento que respalda dicha nacionalidad, lo cual se hace muy conveniente en aquellos casos en los que no coinciden el documento de identidad del testador con la nacionalidad por la que se opta; por ejemplo, ciudadano con doble nacionalidad que se identifica con pasaporte de EE.UU. pero invoca nacionalidad británica. Se trata de una buena práctica que evitará problemas de prueba en el futuro. Sin embargo, si el testador fue identificado por el pasaporte de la nacionalidad por la que se opta, el testimonio será innecesario.

En tales casos, los interesados que se consideren perjudicados por la adscripción del causante a una u otra nacionalidad serán los que deban impugnar y probar la inexistencia de la nacionalidad elegida, invirtiéndose, por consiguiente, la carga de la prueba.

Lo que se propone tiene especial transcendencia en aquellos supuestos en los que se opta por la ley de la nacionalidad al tiempo de la elección y luego esta cambia. Es frecuente para el operador jurídico ver como se suceden nacionalidades, incluso

perdiendo la anterior, y se hace imprescindible, al tiempo que muy difícil conectar, la nacionalidad actual de una persona con la que dejó de tener.

Es indudable que desde el momento en el que el R(UE) 650/2012 es aplicable la forma de aperturar y documentar la sucesión hereditaria se deben tener muy en cuenta los nuevos criterios legales que impone el Reglamento Sucesorio. Por tal motivo, en la exposición de la escritura de manifestación de herencia se deberá, con carácter preliminar, proceder a determinar cuidadosamente la ley aplicable. Caso de existir *professio iuris*, puede que, si el documento en el que se contiene esta no se redactó con celo, sea necesario proceder a determinar la nacionalidad del causante, bien al tiempo de la elección, bien al tiempo del fallecimiento, en función de cómo se haya optado. Para lo cual, resulta idónea el acta de notoriedad regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, así como, muy especialmente, el acta de declaración de herederos regulada en el artículo 56 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Esta última, entre las pruebas a practicar para declarar herederos notarialmente alude a las que el notario estime oportunas a fin de acreditar la ley extranjera aplicable. La problemática puesta de manifiesto será común a aquellos supuestos en los que la ley a cuyo favor se hizo la elección fue la correspondiente a una de las muchas existentes en un Estado plurilegislativo.

#### 3.4.2. Problemas relativos a la configuración y extensión de la *professio iuris*

Es usual, al configurar la última voluntad, que el disponente quiera matizar su planificación para tomar en consideración determinadas circunstancias que pueden existir o no al tiempo de su fallecimiento. La presencia de las mismas inclinará la planificación en un sentido determinado. La elección de una determinada ley aplicable a la sucesión, como se defiende en este trabajo, debe ser una decisión meditada en la que se valoren las circunstancias del optante y se busque la ley más conforme de entre el elenco de leyes elegibles, en su caso, para que se cumpla su verdadera última voluntad.

Por otro lado, es frecuente en la práctica notarial española, con mayor o menor acierto, que se otorguen testamentos parciales, limitando los efectos de la disposición *mortis causa* a los bienes sitos en territorio español.

Procede tratar, bajo este epígrafe, los supuestos de *professio iuris* alternativa o condicionada y la que se vincula a testamentos parciales o que no agotan toda la sucesión.

##### 3.4.2.1. *Professio iuris* alternativa

En la práctica notarial es relativamente frecuente que el testador se plantee distintas circunstancias que pueden sobrevenirle o existir al tiempo de su fallecimiento. De esta manera aparecen testamentos, si este ha sido el instrumento previsto para planificar la sucesión, que contienen disposiciones alternativas en función del supuesto de hecho existente al tiempo del fallecimiento del testador. Esa forma de proceder, muchas veces se ampara en la propia incertidumbre vital del testador, otras, en cambio

obedece a motivos más terrenales como son el evitar el coste de otorgar un nuevo testamento.

Al margen de la motivación, podemos plantearnos, por un lado, la viabilidad de una *professio iuris* a favor de una u otra ley nacional de las posiblemente elegibles en función de determinadas circunstancias; por otro lado, cabe también cuestionarse si es posible una *professio iuris* que sólo produzca efectos caso de que al tiempo del fallecimiento del optante concurren determinadas circunstancias, y, caso de no producirse, fuese la ley de la residencia habitual del causante la que desplegase sus efectos.

En contra podría aducirse el hecho de que no cabe fraccionar la sucesión y someter a distinto régimen legal ésta de forma que concurren distintas leyes sucesorias. Todo ello como quedó expuesto anteriormente al hablar de la *professio iuris* a favor de la Ley al tiempo del fallecimiento. Pues conforme al artículo 23 R(UE) 650/2012: «1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión». En el mismo sentido se produce el artículo 21 R(UE) 650/2012, al decir: «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».

Siendo cierto lo anterior, no parece inviable que se realice una *professio iuris* como la que se analiza. La concreta ley aplicable a la sucesión será el correlato o consecuencia jurídica del supuesto de hecho alternativo previsto por el optante. Se trata de una facultad no excluida por el R(UE) 650/2012 y no se ven obstáculos para su admisión. Producido el supuesto de hecho previsto en la disposición de última voluntad la cláusula de opción legal desplegará toda su potencialidad y será una sola ley la que se aplique a la totalidad de la sucesión.

Está claro que optar de forma alternativa por una u otra ley será innecesario en aquellos casos en los que una de las eventuales leyes sucesorias elegibles permita un amplio margen; sin embargo será sumamente interesante cuando existiendo límites sucesorios en ambas leyes puede que unos se acomoden mejor a unas circunstancias del disponente y otros a otras.

En contra se puede aducir que en el momento de expresar la voluntad no queda totalmente determinada la ley sucesoria, lo cual podría dar lugar a problemas futuros caso de modificación o revocación del testamento; sin embargo, es el propio R(UE) 650/2012, como quedó expuesto, el que permite dejar indeterminada la concreta ley aplicable a la sucesión en tanto que permite optar por la ley de la nacionalidad al tiempo del fallecimiento, la cual puede estar indeterminada y no ser la misma que la que se posee al tiempo de la opción.

Esta forma de configurar la *optio legis* no deja de darle un carácter condicionado a la elección; la calificación jurídica del carácter condicional de la disposición tendrá escasa relevancia cuando el hecho futuro e incierto en que consista la condición sea la

adquisición o no, por parte del causante, de una determinada nacionalidad o la propia existencia o advenimiento, por ejemplo, del elemento internacional en el futuro. Sin embargo, en otras ocasiones, la cláusula de elección de ley pudiera ser que se condicionase a determinados hechos de dudoso ajuste a la legalidad. Es frecuente que los ordenamientos jurídicos regulen la eficacia de las condiciones contrarias a la ley, orden público, buenas costumbres. En estos casos la admisibilidad de tales condiciones se deberá regular por la ley elegida; sin perjuicio de las especificidades que se producen para el caso poco habitual de que se disocie la ley sucesoria anticipada de la ley sucesoria; todo ello a tenor de los artículos 22.3, 24 y 26 del Reglamento, a la hora de regular la validez material del acto que contiene la *professio*. Por todo ello, un asesoramiento adecuado, a la hora de informar la disposición sucesoria por la que se elige la ley, deberá tener en cuenta los posibles efectos claudicantes o no de la elección como consecuencia de una condición mal formulada.

#### 3.4.2.2. *Professio iuris* y testamentos parciales

El ámbito de la *professio iuris* y el testamento no tienen por qué coincidir. La *professio iuris* se aplicará a la totalidad de la sucesión, con arreglo a lo dispuesto en el art. 23.1 R(UE) 650/2012.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la problemática que ofrece la existencia de testamentos parciales. Los testamentos pueden tener un contenido delimitado. Es plenamente admisible la existencia de varios testamentos compatibles entre sí, sin perjuicio de las especialidades que surgen por la ley material aplicable en función, por ejemplo, de la necesidad de institución de heredero. En estos casos de testamentos parciales aparecerá el problema de determinar la compatibilidad entre uno y otro acto de disposición *mortis causa*. Lo que supondrá un auténtico reto para el intérprete de la disposición sucesoria será determinar la eficacia de una determinada cláusula de *optio legis* introducida en un testamento parcial. Lo cual va a ser objeto de estudio en este apartado.

Preliminarmente, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, con carácter general, el Reglamento no admite la concurrencia de distintas leyes sucesorias sobre una misma sucesión. El Reglamento Europeo de Sucesiones, ni siquiera recoge la previsión del artículo 6 del Convenio de la Haya de 1 de agosto de 1989 sobre Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, que permite determinar la ley aplicable a determinados bienes, si bien, parece que tal designación podría incardinarse antes en el ámbito de la autonomía material que de la conflictual. Conforme a la solución de la Unión, la *lex successionis* deberá ser una sola y regir todo el proceso hereditario (art. 23.1 R(UE) 650/2012). Es una solución congruente con el principio de unidad sucesoria que inspira el nuevo régimen legal.

El anterior principio debe cohererse con la situación que se produce en los despachos notariales. Así, en la práctica notarial anterior al R(UE) 650/2012, respecto de aquellos extranjeros que interactúan con nosotros, ha sido habitual hacer testamentos de eficacia limitada al territorio español. Se trata de una solución

bienintencionada, pues de esa manera se agilizaba la transmisión hereditaria de los bienes sitos en España. Los extranjeros que adquieren una vivienda en España, residentes o no, veían el otorgamiento del testamento como algo accesorio o ligado al proceso adquisitivo de la propiedad en nuestro país. Así, junto con la compraventa y, en su caso, préstamo hipotecario, coetáneamente a los mismos, era frecuente otorgar un poder a favor del letrado elegido en España, así como los correspondientes testamentos.

En esos testamentos, para evitar distorsiones, cosa que no siempre se lograba, con el tiempo, se fue, por un lado, acotando el ámbito objetivo de los mismos, a fin de limitar sus efectos a «bienes, derechos y acciones sitos en territorio español», por otro lado, se introducían cláusulas notariales de salvaguarda legitimaria, a fin de evitar la apariencia que se generaba al testador extranjero de que testando en España era libre de hacer lo que quisiese. Libertad que, en muchas ocasiones, se pretendía que pasase por alto el régimen legitimario del país de procedencia cuya ley, normalmente, al menos a los efectos del Derecho Internacional Privado español, solía ser aplicable. No era ni es inusual que el notario tenga que explicar que, en este punto, lo que no se puede hacer en el país de origen no se puede hacer en España –todo ello, sin perjuicio de los efectos de la entrada en vigor del R(UE) 650/2012–.

Así las cosas, fallecido el testador extranjero, residente o no, en función de las masas patrimoniales que había generado en vida, era frecuente la coexistencia de un testamento notarial español, para los bienes sitos en España, con un testamento otorgado en el país de procedencia, normalmente el de su nacionalidad y residencia habitual. A menor patrimonio, lógicamente, menores efectos y menores problemas de compatibilidad entre ambos testamentos. No debe olvidarse que, desde el punto de vista de los extranjeros que acuden a nuestro país, se pueden destacar dos momentos vitales. Por un lado, aquel en el que con una edad media se adquiere una segunda residencia habitual en España, en este supuesto es frecuente la coexistencia patrimonial y, consiguiente elemento internacional, no solo subjetivo, *rationae personae*, sino también objetivo, en función de esa heterogénea composición patrimonial. Frente a este supuesto, es también frecuente en el que se produce un trasvase del patrimonio del extranjero que nos visita y, finalmente, decide pasar el final de sus días entre nosotros. En estos casos, es frecuente que el patrimonio fuera de España se haya liquidado. Sin embargo, no por ello la sucesión de este causante deja de ser internacional.

Siendo cierto todo lo anterior, la introducción de la cláusula de *professio* en un testamento parcial debe ser realizada cautelosamente.

En efecto, igual que se convirtió en cláusula de estilo acotar el alcance del testamento al patrimonio sito en territorio español, con el alumbramiento del R(UE) 650/2012 se produce una floreciente práctica de optar por la ley de la nacionalidad del testador, opción que convive con la limitación territorial del ámbito de aplicación de la disposición *mortis causa*.

A lo largo de este trabajo se pone el acento, en numerosas ocasiones, en el hecho de que la *professio* debe ser informada. Pensemos en el caso del causante que tenga bienes en distintos países –miembros o no de la Unión Europea–. Si las cláusulas de opción se producen aleatoriamente, sin la suficiente información, caso de que sea posible optar por distintas leyes, se puede dar la circunstancia de que existan distintos testamentos que apelen a distintas leyes sucesorias. Ese efecto distorsionador se producirá también en los casos en los que al abordar la planificación sucesoria en una disposición de última voluntad se tenga en cuenta la ley nacional, en congruencia con una *professio* determinada y, en otros, la correspondiente a una residencia habitual coetánea al otorgamiento del acto de última voluntad, con la problemática añadida de si este último acto sucesorio lleva ligada una revocación tácita de la *professio iuris*.

Debe recordarse y hacerse hincapié en que, entiendo, no es posible una cláusula de *optio legis* parcial, por lo que, surgirán problemas interpretativos en el testamento en el que coexistan dos disposiciones del siguiente tenor:

«PRIMERA.- El presente testamento será aplicable a los bienes, derechos y acciones del testador sitos en territorios español.

»SEGUNDA.- El testador, opta, a los efectos del artículo 22 R (UE) 650/2012, como ley aplicable a su sucesión por la ley de su nacionalidad francesa que posee al tiempo de este otorgamiento.»

En este supuesto deberán compatibilizarse las dos cláusulas entre sí. Al mismo tiempo, deberá ponerse en relación la posible colisión entre la *professio iuris* contenida en este testamento con la cláusula de *optio legis* que aparezca en un testamento otorgado con posterioridad, caso de existir distintas nacionalidades o de cambio de nacionalidad entre una disposición *mortis causa* y otra.

En mi opinión, teniendo en cuenta que existe una interpretación en la que ambas cláusulas son plenamente compatibles deberá ser tenida en cuenta. Si adoptamos la óptica del Derecho interno, por ejemplo, el artículo 675 del C.c. español, en sus dos primeros incisos, establece que:

«Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de su palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Está claro que, formalmente, la llamada a una norma de Derecho material no parece muy acertada, pero, en general, sí que podemos decir que la voluntad del testador es un principio informador del Reglamento.

Voluntad del testador y literalidad son dos principios, el segundo subordinado al primero, que deben tenerse en cuenta. Así, en el testamento que se comenta, la voluntad del testador parte de acotar el ámbito objetivo del mismo, excluyendo los bienes sitos fuera de España. Si bien, al mismo tiempo, se fijan las reglas del juego de dicho testamento: se determina la *lex successionis*, a la cual se subordina el ámbito



objetivo del testamento. Y todo ello debe interpretarse en el marco del R(UE) 650/2012 que establece como uno de sus principios configuradores el de la unidad sucesoria. Así se colige del artículo 23.1 del R(UE) 650/2012, al decir:

«La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión».

Por eso, pueden plantearse conflictos entre esas cláusulas de elección de ley sucesoria cuando se van produciendo allá donde el ciudadano que circula libremente vaya testando. Debe tenerse en cuenta, además, que la revocación de la *professio* tiene su régimen específico, pues conforme al artículo 22.4 R(UE) 650/2012:

«Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*».

Si bien, en principio, parece razonable considerar que la *professio* producirá sus efectos respecto de toda la sucesión aunque el testamento se limite objetivamente a un conjunto de bienes.

La interpretación que se pone de relieve anteriormente parece la más respetuosa con la voluntad del testador y con el principio *favor testamenti*. Al mismo tiempo, es coherente con lo que se defiende en este trabajo en relación al carácter autónomo de la *professio iuris* en relación al resto de disposiciones del acto de última voluntad.

Así, admitida la autonomía de la *professio iuris* del resto de disposiciones sucesorias se podrá mantener ésta en los casos en los que el testamento sea parcial. Sin embargo, no será extraño que, en determinados supuestos, la coexistencia de opciones de ley contradictorias en distintos testamentos parciales pueda precipitar al intérprete a apreciar la existencia de vicios del consentimiento en la emisión de la declaración de voluntad que contiene la elección de ley sucesoria; riesgo que se aumenta si tenemos en cuenta que cabe la elección de ley sucesoria realizada de forma tácita (art. 22.2). Para lo cual habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 22.3 y 26.1.e) R(UE) 650/2012. Será, por consiguiente, la ley elegida la que se emplee para apreciar la existencia de vicios del consentimiento, teniendo en cuenta que la primera *professio iuris* efectuada correctamente incidirá en la resolución del problema, pues la revocación o modificación de ésta se regirá por la ley que en primer lugar se determinó (arg. art. 22. 4 y art. 26.2).

Sin perjuicio de reconocerse la viabilidad, con las matizaciones puestas de relieve anteriormente, de una *professio iuris* contenida en un testamento parcial, también puede ser aconsejable hacer una declaración expresa sobre la no existencia de opción de ley en un determinado documento *mortis causa*. En otros casos, la mayor libertad dispositiva, manifiesta, del régimen de origen invite, cuando no obligue, a hacer la *professio iuris*.

### 3.4.3. Supuestos dudosos de *professio iuris*

Con independencia de las soluciones del Reglamento y la configuración que la *professio iuris* recibe, en la práctica se aprecian dos supuestos diferenciados que es conveniente analizar a fin de determinar si estamos ante auténticos casos de elección de ley aplicable y sus efectos específicos. El primero de ellos será el de la *professio iuris* realizada en aquellos casos en los que no existe elemento internacional actual. Frente a este, que se concluirá en una auténtica *optio legis* amparada por la normativa de la Unión, se presenta la elección de ley aplicable a favor de la ley de la residencia habitual. Negada la posibilidad de elegir la ley de la residencia habitual, sin embargo, se analizarán los efectos de una cláusula que señale la ley de la residencia habitual como ley aplicable a la sucesión.

#### 3.4.3.1. Opción en aquellos supuestos en los que no hay elemento internacional

La posibilidad de optar por una determinada ley puede ser ejercitada incluso en aquellos casos en los que ley nacional y residencia habitual coinciden y no existe elemento internacional actual, siendo, por tanto, una situación interna con vocación de futura internacionalidad. La falta de elemento internacional no impide la opción, pues el disponente manifiesta su elección en previsión de que el elemento internacional exista en el futuro. Se puede aducir, en contra, que la inexistencia de elemento internacional previsible hace inservible la opción, sin embargo, se presenta muy conveniente en aquellos casos en los que se tiene un régimen muy flexible, como, por ejemplo, el del español sujeto al Fuero de Ayala y se pretende blindar. En este contexto, utilizar preventivamente las herramientas que el Derecho Internacional Privado suministra para facilitar el desarrollo de la libertad de disposición *mortis causa* en el futuro, cuando se otorgue el acto de última voluntad, puede resultar sumamente conveniente. Desde mi experiencia profesional entiendo que es mejor conservar esa facultad de libre disposición, cuando se tiene, que prescindir de ella por el no uso de la misma cuando se pudo ejercitar. Así, no es lo mismo disponer a favor de una determinada persona porque el eventual *de cuius* lo desea que porque no le queda más remedio. El resultado puede ser coincidente, pero la motivación no.

Si bien, lo anterior debe ser tratado desde dos puntos de vista. Si adoptamos la óptica del optante, la inexistencia de elemento internacional en el momento de la disposición es intranscendente, puede que ese carácter internacional sobrevenga en el futuro, antes de la muerte. El problema se planteará, más bien, en el momento en el que se aperture la sucesión. Es en tal caso cuando debe analizarse si el *iter* sucesorio tuvo matices internacionales en algún momento que hagan que dicha elección deba ser respetada y, caso contrario, plantearse el alcance de la *professio* efectuada en el seno de un sistema conflictual interno, como el español que no la reconoce.

Si se produjo cualquier cambio de nacionalidad, parece lógico que el elemento internacional está presente, pues el propio artículo 22 permite la opción. En el fondo se trata de garantizar la planificación sucesoria de ese ciudadano que circula libremente por Europa.

### 3.4.3.2. *Professio iuris* a favor de la ley de la residencia habitual

El artículo 22 RES permite optar por la ley de la nacionalidad del testador en los términos que han sido expuestos. El R(UE) 650/2012 se aparta, así, de la solución del art. 5 del Convenio de La Haya de 1 de Agosto de 1989 sobre Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Sin embargo, es frecuente observar como muchos testamentos se plantean optando por la ley de la residencia habitual, lo cual no está permitido por el RES, en la norma se alude a la residencia habitual como punto de conexión supletorio, en el artículo 21, para el caso de que no se haya ejercitado la opción. No se relaciona, en cambio, la residencia habitual en el elenco de leyes elegibles señalado en el artículo 22, como quedó expuesto anteriormente.

La admisión de la *professio iuris* a favor de la ley de la residencia habitual habría permitido minimizar los efectos de la cláusula excepcional de la vinculación más estrecha (art. 21.2), dejándola con un carácter verdaderamente residual. No obstante, el Legislador europeo prescindió de tal posibilidad. Consiguientemente, actualmente, a la vista de la solución adoptada, técnicamente la práctica de optar por la ley de la residencia habitual debe ser reprobada, pues, en sentido estricto, no constituye opción legal o *professio iuris*. Es cierto que no optar ya implica opción. Al que no opta, en el fondo, está eligiendo la ley de su residencia habitual, si bien, puede que admitir este tipo de cláusulas de lugar a sembrar dudas y a que erróneamente acabe aplicándose una ley que no es la de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento que es la que manda aplicar el artículo 21 RES. No puede dejar de recordarse que, al margen de la consideración que se tenga sobre la opción a favor de la residencia habitual, al no ser una auténtica *professio iuris* no se producen los efectos de estabilidad y de certidumbre reservados para la *optio legis* por el legislador de la Unión. Un cambio de residencia habitual acabará con la planificación sucesoria del disponente, lo que no pasaría si de una auténtica *professio iuris* se tratase.

Pese a lo anterior, teniendo en cuenta que la determinación de la residencia habitual del testador es uno de los elementos más complejos sobre los que descansa la nueva ordenación de las sucesiones transfronterizas que ahora se estudia, puede ser interesante realizar en el testamento o correspondiente disposición *mortis causa* una concreción –que no profesión legal– de la residencia habitual, una fijación de los elementos que permitan en el futuro concretar fácilmente su residencia habitual, de esa manera se evitará que por una interpretación irregular se frustre su planificación sucesoria.

La complejidad de la determinación de la residencia habitual ha dado lugar a que en el foro, con muy poco rigor, se haya planteado, por desconocimiento, convertir la cláusula de excepción relativa a la vinculación del causante manifiestamente más estrecha con otro Estado, en cláusula de salvaguarda para aliviar la determinación de la residencia habitual. Esta práctica resulta contraria al considerando 23 y 24 RES.

Así las cosas, el intérprete, no obstante, debe plantearse qué alcance se da a la cláusula en la que el testador declara que quiere que su sucesión se rija por la ley de su residencia habitual. Frente a la interpretación reduccionista de desconocer, sin más, esa cláusula y tenerla por no puesta, existen varias alternativas. Pueden plantearse múltiples supuestos, los cuales no estarán exentos de analizar el caso concreto teniendo en cuenta la adecuada interpretación de la voluntad del testador, como ley suprema de la sucesión, especial relevancia tendrá el supuesto, y sus variantes, de que el testador tenga su residencia habitual en el país de una de sus nacionalidades al tiempo de otorgar el testamento.

En este caso puede suceder que la residencia habitual haya variado al tiempo del fallecimiento del testador y se haya producido una disociación entre ley de la nacionalidad y ley de la residencia habitual.

Se trata de un supuesto sumamente complejo, pues debe interpretarse el testamento a fin de indagar si la declaración de opción en favor de la residencia habitual se trataba de una *professio iuris* mal planteada, sin más, entendiéndose en el sentido de manifestación en contra de enervar el régimen supletorio del artículo 21 R(UE) 650/2012. Con arreglo a esta posibilidad el testador querría haber dejado a la suerte del decurso de sus circunstancias vitales la concreción de la ley que en el futuro habría de regir su sucesión. Indudablemente, es un caso de mala praxis en la configuración de la disposición *mortis causa* y que atenta contra la lógica de la más mínima planificación sucesoria. Lo ideal hubiera sido no enturbiar el proceso sucesorio y haber omitido cualquier alusión a la opción de ley aplicable a la sucesión. Lo cual no está exento de realizar la correspondiente labor interpretativa.

Sin embargo, puede que el testador al optar por la ley de su residencia habitual en el caso de que ésta coincidiese con la nacionalidad tratase de vincular su sucesión a la ley de su nacionalidad —única o no— coincidente, bien al tiempo del testamento, bien al tiempo de su fallecimiento con su residencia habitual. Piénsese en el testamento en el que se contienen disposiciones relativas a instituciones propias de la legislación de la residencia habitual al tiempo del otorgamiento del testamento que coincidía, además, con la nacionalidad del testador. No parece arriesgado entender que, en tales casos, el testador estaba asumiendo la ley de su nacionalidad coincidente con su residencia habitual al tiempo del otorgamiento y dar a tal opción el carácter de *professio iuris* tácita. Se corregiría la literalidad de la cláusula testamentaria en favor de la aplicación de la ley nacional del causante al tiempo de efectuar la opción, coincidente con la residencia habitual. El apoyo de esta interpretación puede encontrarse en la admisión de la *professio iuris* tácita, cuestión sobre la que se volverá posteriormente.

Si no es posible realizar una interpretación en el sentido propuesto o en aquellos casos en los que ley nacional y residencia habitual no coincidían al tiempo de realizar esa opción impropia, será plenamente aplicable el régimen legal del artículo 21 R(UE) 650/2012 y la opción se tendrá por no hecha.

A fin de cuentas, al analizar los supuestos anteriores se pretende llamar la atención sobre el hecho de que pese, a no ser admisible la elección de la ley de la residencia habitual, puede que esa cláusula esconda bien una *professio iuris* tácita. Puede que, simplemente, concrete la residencia habitual a la fecha del otorgamiento de la disposición sucesoria, facilitando la labor en el momento de la apertura de la sucesión, sin perjuicio de comprobar que realmente en ese momento la residencia señalada seguía siendo la misma o, incluso, puede que sirva para enervar una última residencia a favor de una residencia anterior que determinó una ley más estrechamente vinculada. Por todo ello, resulta una buena praxis introducir en los documentos sucesorios de planificación global una cláusula del siguiente tenor:

«Ley sucesoria. El disponente, en este acto, hace constar que no hace uso de la facultad prevista en el artículo 22 R(UE) 650/2012 y que, por consiguiente, no opta por la ley de su nacionalidad como ley aplicable a su sucesión. No obstante lo anterior expresa que en este acto procede a planificar su sucesión con arreglo a la ley española aplicable en el lugar de su residencia habitual, Torrevieja (Alicante). Del mismo modo, indica que considera que esa ley es con la que tiene una vinculación más estrecha al llevar residiendo en dicha localidad más de cinco años y encontrarse la mayor parte de sus intereses familiares, sociales y económicos y no tener intención previsible de cambiar su lugar de residencia.»

#### 4. LA PLASMACIÓN DOCUMENTAL DE LA ELECCIÓN DE LEY

El art. 22 del Reglamento exige que la elección se haga «expresamente en forma de disposición *mortis causa*» o que resulte «de los términos de una disposición de ese tipo».

Excede del ámbito de este trabajo, por ser una cuestión general que va más allá de la elección de la ley aplicable, abordar los aspectos formales de las disposiciones *mortis causa*. Tales extremos se regulan en el artículo 27 del Reglamento. Al propósito que nos ocupa interesa destacar que la palabra «forma», en este contexto, va referida a la naturaleza del vehículo documental que contenga la *professio iuris*, sin perjuicio de que, tal declaración deberá, en su caso, soportar los requisitos formales que resulten aplicables. Por ello, en este apartado trataremos el concepto de la disposición *mortis causa* y el funcionamiento de una eventual *optio legis* realizada tácitamente.

##### 4.1. *El concepto de disposición mortis causa*

El sistema del R(UE) 650/2012 debería llevar a una tipicidad en la actuación de los operadores jurídicos. El Reglamento de ejecución (UE) 1329/2014, de 9 de diciembre contiene los distintos formularios referidos en el Reglamento Europeo de Sucesiones. La articulación de una batería de formularios de la cual es máximo exponente el Formulario V, que es el destinado a plasmar la expedición del Certificado Sucesorio Europeo, es claramente ejemplificativa de esos deseos del Legislador de la Unión Europea.

Solo mediante actos típicos se puede garantizar la libre circulación de los documentos que materialicen el proceso sucesorio y, a la postre, conseguir los objetivos que el R(UE) 650/2012 pretende.

Sin embargo, esa pretendida tipicidad de circulación debe ser compatible con el respeto a la forma de ordenar la sucesión que existe en cada una de las leyes llamadas a regular la misma.

Así, dejando de lado aquellas formas de ordenar la transmisión de un patrimonio que trascienden del propio Derecho Sucesorio y figuras híbridas en las que prima más el aspecto *inter vivos* que los matices *mortis causa*, la ley reguladora de la sucesión, tal cual es configurada por el Reglamento Europeo de Sucesiones, debe ser respetada. Ese respeto implica dar cabida a las distintas formas de ordenar el proceso sucesorio, en sentido estricto, que existen en cada país cuya legislación es llamada a regular una sucesión.

En este contexto debe juzgarse acertada la crítica que realizan BONOMI y WAUTELET a las definiciones preliminares contenidas en el artículo 3 R(UE) 650/2012. Las disposiciones *mortis causa*, cualquiera que sea su tipo y naturaleza adquieren, como es lógico, en el contexto del R(UE) 650/2012 una doble transcendencia. Por un lado, son el instrumento llamado a enervar la aplicación del régimen sucesorio supletorio previsto; caso de contener una *professio iuris*. Por otro lado, constituyen el tradicional marco regulador de la transmisión hereditaria de los bienes.

Como subrayan los citados autores las definiciones son necesarias y «su principal virtud reside probablemente en llamar la atención de los justiciables y de los operadores jurídicos sobre la necesidad de interpretar estas nociones de manera autónoma respecto de los distintos ordenamientos de los Estados miembros.»

Así, en el artículo 3.1 R(UE) 650/2012, en sus cuatro primeras letras se define lo que es: a) «sucesión»; b) «pacto sucesorio»; c) «testamento mancomunado»; y, d) «disposición *mortis causa*». Las «disposiciones *mortis causa*», se dice que son un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio.

Al margen de la deficiente técnica legislativa, aunque obvio, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que el vehículo por excelencia de manifestación de la última voluntad, que es el testamento, no es definido. Es lógico que el intérprete se plantee si se trata de un descuido o de una omisión deliberada. Y es que, bien hubiera venido que se determinase lo que es el testamento para el Legislador de la Unión Europea. Pues, en él es donde se contendrá de forma natural la *optio legis*. De esta manera, el intérprete se verá abocado a determinar en cada caso concreto si la elección de *lex successionis* realizada fuera de un testamento al uso es o no disposición *mortis causa* a los efectos del artículo 22 R(UE) 650/2012, sin perjuicio de los otros supuestos típicos que sí se aluden.

En este contexto, debe destacarse que, a la vista de la letra a) del artículo 3.1 R(UE) 650/2012 en oposición a las letras b) y c), en el testamento resalta el carácter de acto

voluntario –opuesto a los llamamientos legales–, la unilateralidad –por contraposición al testamento mancomunado y a los pactos sucesorios, y la vocación de ordenar la sucesión de cara al futuro. Si, además, tenemos en cuenta los patrones de tipicidad y previsibilidad que para el Legislador del Reglamento se espera que tengan las sucesiones por el gobernadas, debería tratarse de un acto reconocible para el emisor del certificado sucesorio, de forma que, sin ningún género de dudas se pueda concluir que la sucesión se rige por una u otra ley.

Si adoptamos la óptica, por ejemplo, del Derecho material español, la tipicidad de las «disposiciones *mortis causa*» que predicamos hace que éstas puedan acceder al Registro General de Actos de Ultima Voluntad. Así, el artículo 3 del anexo 2 del Reglamento notarial, que regula dicho Registro, establece:

«En el Registro general se tomará razón:

»a) De los testamentos abiertos, de la autorización del acta de otorgamiento y protocolización de los cerrados o sus respectivas revocaciones, de las donaciones *mortis causa* y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por el Notario de la Península e islas adyacentes, posesiones del Norte de África y demás territorios de soberanía nacional; por Cura párroco, en los puntos en que por ley, fuero o costumbre tenga esta facultad, o por Agente diplomático o consular de España en el extranjero.»

Por tal motivo, parece viable disociar los elementos que en un instrumento puede haber de disposición *mortis causa*, unilateral o no, de aquellos otros de naturaleza íter vivos. De esta manera, podrán ser considerados como disposiciones *mortis causa* a los efectos del R(UE) 650/2012, el pacto contenido en una escritura pública de donación íter vivos de inmueble en la que el donante dispensa de colación al donatario y, con carácter previo, el donante elige la ley aplicable a su sucesión; lo mismo podrá predicarse respecto de la promesa de mejorar o no mejorar hecha en escritura pública de capitulaciones matrimoniales, o la mejora realizada a través de una donación íter vivos que como cláusula previa contienen la *professio iuris*. En este sentido Bonomi y Wautelet admiten la *professio iuris* realizada en una liberalidad entre vivos si satisface las condiciones requeridas para la validez formal de una disposición por causa de muerte

#### 4.2. La admisión de la *professio iuris* tácita

Con arreglo al artículo 22, caben tanto las profesiones de ley expresas como las tácitas, para esto último será necesario que resulten de los términos de una disposición de este tipo (*sic mortis causa*). Se justifica doctrinalmente la admisión de una elección de ley realizada tácitamente por el hecho de que las disposiciones sucesorias formuladas de forma implícita se admiten en la mayoría de los sistemas nacionales, lo cual motivo el cambio de orientación en el texto definitivo del Reglamento frente a la Propuesta inicial.

En cualquier caso, de lo que se trata es de que exista una voluntad del causante dirigida a conformar la opción de ley. Esa voluntad puede que no sea expresa, pero debe existir en todo caso, pues sin voluntad dirigida a tal fin no hay *professio*.

Que una determinada declaración del disponente deba ser considerada como una *professio iuris* tácita o no, en última instancia, es una cuestión que cae dentro del ámbito de interpretación de la disposición sucesoria. Debe tenerse en cuenta que el Reglamento desplaza del ámbito de la *lex successionis* las cuestiones relativas a la interpretación del acto de última voluntad para someterlos a la ley sucesoria anticipada (art. 26), los cuales se valorarán previamente a la propia validez material de la *professio iuris* que se rige por lo dispuesto en el art. 22.3.

Pese al tenor del artículo 22.2 del Reglamento, que la admite sin excepción, la doctrina se ha enfrentado a la admisión de las elecciones de ley realizadas tácitamente de diferentes maneras.

Como ejemplo legislado de la admisión de una elección de ley realizada tácitamente, en el propio Reglamento, se puede citar el artículo 83.4. Se trata de un criterio legal, si bien, al haber sido ideado para una situación transitoria, podría cuestionarse si realmente sería generalizable a otros supuestos distintos.

En sede notarial, no debe dejar de llamarse la atención sobre la necesidad de que cualquier disposición *mortis causa* aborde preliminarmente la existencia o no de elemento internacional actual o potencial en la planificación sucesoria que se pretende. Seguidamente, deberá tomarse en consideración la cuestión de la posible elección de la ley aplicable a la sucesión. Para ello, el notario deberá asesorar sobre el valor y efectos de la declaración actual en relación a una *optio legis* anterior. Se deberá asesorar igualmente sobre la conveniencia de declarar expresamente su subsistencia.

Lo anterior nos permite concluir que, pese a los bienintencionados principios que inspiran el Reglamento de certidumbre y planificación sucesoria, se añade complejidad al proceso hereditario tanto para el ciudadano como para el profesional. Elegir la ley sucesoria es mucho más que una simple disposición *mortis causa* en sí misma considerada de forma aislada. Implica la adopción por el disponente de todo el régimen sucesorio establecido por la ley material elegida, pero no solo esto, tiene notables consecuencias, como quedó dicho en materia de competencia de tribunales y autoridades, así como en lo relativo al reenvío. Por tal motivo, no habría sido desacertado excluir la elección tácita de ley. Y ello, incluso, pese al argumento de que se admiten las disposiciones tácitas en los distintos sistemas nacionales. No puede perderse la perspectiva del notable avance en todos los ordenamientos jurídicos hacia la forma de plasmarse documentalmente determinadas cláusulas con riesgo o de suma transcendencia, al modo de lo que sucede en los países de *common law*.

##### 5. LA MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA PROFESSIO IURIS: PATOLOGÍAS

De la modificación y revocación de la *professio iuris* se ocupa el artículo 22.4 R(UE) 650/2012, al decir: «Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá



cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*». El mencionado precepto que se refiere a las cuestiones estrictamente formales y que, por consiguiente, supone una remisión al artículo 27 del Reglamento, debe ser completado por el artículo 26.4, conforme al cual: «En caso de que una persona tenga capacidad para realizar una disposición *mortis causa* de conformidad con la ley aplicable en virtud de los artículos 24 ó 25, una modificación ulterior de la ley aplicable no afectará a su capacidad para modificar o revocar dicha disposición». Por lo que es plausible entender que la modificación y revocación se rige por la ley sucesoria anticipada, sea la de la residencia habitual al tiempo del otorgamiento de la disposición *mortis causa* que se pretende revocar, sea la elegida de conformidad con los criterios que los artículos 24 ó 25 determinan, según el caso. La cuestión no es baladí, pues en determinados casos la ley material regula el valor de determinados actos a fin de determinar su eficacia revocatoria.

Conviene llamar la atención sobre las ventajas de una correcta planificación, no solo material sino también, documental de la sucesión. Una adecuada sistematización del plan sucesorio facilitará, posteriormente, modificar el mismo y, probablemente, de más opciones, de hecho, al *de cuius*. Por eso, es conveniente, no solo estudiar las patologías que surgen como consecuencia de una modificación o revocación de la voluntad sucesoria que afecte a la *optio legis*, sino anticiparse a las mismas proponiendo un modelo de ejecución documental, desde un punto de vista práctico, que haga eficiente el proceso sucesorio.

En este contexto, parece adecuado resaltar la conveniencia de que la *professio iuris* se formule de forma autónoma del resto de disposiciones sucesorias, no solo dentro de una misma, formalmente, disposición de última voluntad. Incluso, puede resultar muy interesante que la *professio iuris* constituya documentalmente un instrumento autónomo, preliminar de aquellos otros documentos que puedan contener las disposiciones de última voluntad del *de cuius*.

No obstante lo anterior, en la práctica notarial española las profesiones de Ley aparecen como una cláusula más de los testamentos. Las razones pueden ser varias. La posibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión es algo novedoso en el Derecho español, con lo que falta la suficiente experiencia forense. A lo anterior, se puede sumar el supuesto coste documental, más teórico que real, que puede suponer disociar la *professio* del resto de disposiciones de última voluntad.

La coexistencia de la cláusula de elección de ley en el mismo instrumento de planificación sucesoria –testamentario o no– puede plantear numerosos problemas en aquellos casos en los que acaece una revocación o modificación de la disposición de última voluntad, o, incluso se declaran nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. Lo que nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿La revocación de la disposición de última voluntad o su declaración de nulidad, referida a las disposiciones patrimoniales, hacen que la *professio iuris* devenga ineficaz o nula? La riqueza de situaciones que se pueden generar es mucha y presenta perfiles propios en función de que se esté ante un testamento, testamento mancomunado o pacto sucesorio,

utilizando la terminología que el art. 3.d R(UE) 650/2012 refiere a la disposición *mortis causa*.

La respuesta es compleja, pero al mismo tiempo, debe de ser universal. Al decir universal nos referimos a que debe ser la misma con independencia de la *lex successionis*, pues la profesión de ley se encuentra amparada por una norma de rango normativo superior a la concreta ley elegida, ya que es el Reglamento el que le da cobertura, por eso, tal vez, sea conveniente insistir en que el concepto de «disposición *mortis causa*» en el ámbito del artículo 22 RES es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea.

Así, la solución no puede variar, por ejemplo, en función del régimen de nulidad aplicable en cada Estado llamado a regular la sucesión, como tampoco puede ser modulada en función de que un sistema sucesorio admita o no testamentos parciales, testamentos compatibles, testamentos sin institución de heredero, etc.

Es frecuente, en la práctica notarial española cuando se otorga un testamento, como primera declaración, incluso anterior a las propias disposiciones, hacer constar la revocación expresa de cualquier testamento anterior. El sistema, personalmente, me parece adecuado, pues nunca me ha gustado y considero poco operativa la coexistencia de testamentos compatibles, es algo extraño a la práctica forense española. El otorgamiento de un nuevo testamento suele arrasar la voluntad sucesoria anterior matizándola, si es lo que se quiere o, en cualquier caso, ser global, es indudable las ventajas que genera y la claridad que se produce a la hora de abordar la partición futura. Es de reconocer que resulta mucho más cómodo abrir la sucesión sobre la base de un solo testamento que ir recopilando la voluntad sucesoria contenidos en distintos actos de última voluntad compatibles.

Sin embargo, con el nuevo Reglamento Europeo de Sucesiones se hace imprescindible tomar en consideración la posible existencia de una cláusula de *professio iuris* en un testamento anterior. La revocación sin más del testamento hace fácilmente colegible que opere sobre la totalidad de su contenido, incluida la cláusula de opción de ley o que aboque al intérprete de la voluntad testamentaria a una dura labor exegética.

Puede ser interesante traer a colación un ejemplo para ilustrar lo que se apunta, así, pensemos en el caso de que un ciudadano inglés, residente en España, otorga testamento en Jávea; en dicho testamento, opta por la Ley de su nacionalidad que, como se sabe, otorga una práctica libertad de disposición *mortis causa*, a salvo las provisiones familiares; pasado el tiempo contrae matrimonio con una ciudadana española y se nacionaliza español. Juntos, los cónyuges acuden a una notaría del interior de España, poco familiarizada con la sucesión con componente internacional, y se otorga un testamento al uso, del uno para el otro y luego para los hijos, se contiene declaración revocatoria de cualquier testamento anterior, como suele ser habitual. Si se entiende que los efectos revocatorios, plasmados de forma expresa, en ese último testamento, afectan a la *professio*, el inglés nacionalizado habrá perdido para siempre su facultad de libre disposición *mortis causa*. Si, sin embargo, se estudió por el notario

adecuadamente y se planificó la sucesión de la revocación debería salvarse la cláusula de profesión de ley, con los efectos benéficos que para el testador conlleva.

Por todo lo anterior, debe desligarse la cláusula de *professio iuris* del resto de disposiciones patrimoniales del testamento o de la disposición sucesoria. Debe, pues, proclamarse la autonomía de una respecto de las otras, incluso en aquellos casos en los que se contenga en el mismo negocio de disposición *mortis causa*.

Al plantear este tema me parece interesante recordar el artículo 741 C.C. español, al decir que «el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o este no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere». A la vista del mismo, aunque se trate de una norma de Derecho material, incluso si no se quiere considerar la autonomía de la cláusula desde la perspectiva del Reglamento sino que se quiere descender al concreto Derecho interno, parece, al menos, desde la perspectiva del Derecho civil común, que la *professio iuris* debe subsistir caso de anulación de disposiciones patrimoniales distintas de la misma; sin embargo, el mismo precepto no sirve para justificar una eventual no revocación por el testamento posterior perfecto. Pues la realidad es que la propia *professio iuris* tiene unas claras connotaciones patrimoniales.

En efecto, elegir la ley aplicable conlleva, como poco, optar por uno u otro régimen de sucesión intestada, lo cual ya es mucho. En este sentido debe considerarse equivocada la posición que sostienen algunos autores negando el carácter de testamento a aquellos negocios dispositivos *mortis causa* que, concurriendo el resto de caracteres de un testamento, contienen por única disposición la relativa a la opción legal.

Y es que, el testamento, según Rivas Martínez, puede ser definido como «aquel negocio jurídico unilateral, personalísimo y solemne, esencialmente revocable, en virtud del cual una persona física con capacidad suficiente, según su arbitrio y las normas legales, dicta disposiciones (patrimoniales o no) para después de su muerte», lo cual puede ser interesante traer a colación, con las debidas cautelas, por la autonomía conceptual que existe en el Derecho Internacional Privado.

No obstante lo anterior, la opinión contraria a la consideración de testamento de tales documentos, puede matizarse y buscarse la finalidad en el sentido de que sin desconocer la naturaleza testamentaria del documento que, reuniendo los requisitos de tal tipo de declaraciones de voluntad, sólo contiene la *professio iuris* a fin de evitar que se considere tácitamente revocado por el simple otorgamiento de un testamento posterior.

A la vista de lo anterior, resulta muy conveniente analizar el caso concreto en función de cómo se haya redactado la cláusula revocatoria a fin de estudiar el alcance de la misma. El carácter autónomo de la cláusula de *optio legis* y la auténtica voluntad indagada del testador deben ser tenidos muy en cuenta a fin de encontrar la solución adecuada. Por todo ello, nos interesa incidir tanto en la importancia de la adecuada redacción y planificación documental de la cláusula en la que se elija la *lex successionis*

y los efectos que puede producir sobre ella la ineficacia, por cualquier causa, del acto de última voluntad que la contenga.

Deberá analizarse en cada caso, además, como opera la ineficacia legal que se predica en determinados ordenamientos ante determinadas situaciones derivadas de la separación o el divorcio o, por ejemplo, de un matrimonio subsiguiente tras una extinción del anterior. Parece que en estos supuestos, sobre la base de la autonomía de la *professio* respecto de la ordenación material de la sucesión, se puede entender que la ineficacia de la disposición de última voluntad no debería afectar a la *optio legis* en ella contenida.

Por todo ello, una buena práctica notarial debería llevar a tomar en consideración, antes de insertar una cláusula de estilo revocatoria en un testamento, los actos de disposición *mortis causa* realizados anteriormente por el actual testador. Igualmente, no siempre se podrá prescindir, sin más, cuando se abra una sucesión de comprobar el contenido de testamentos anteriores o de, en su caso, hacer una valoración, plasmada documentalmente, sobre la eficacia revocatoria o no de un testamento posterior respecto del anterior. Omisiones, relativamente habituales en la práctica, que deberán corregirse en aquellos supuestos en los que exista un elemento internacional en la sucesión.

## 6. CONCLUSIONES

El estudio de la *professio iuris*, institución que se analiza en este trabajo, implementada por el R(UE) 650/2012 de Sucesiones, para todos los Estados miembros de la Unión Europea permite afirmar que ha cambiado la forma en la que los ciudadanos de la Unión deben enfrentarse a un proceso sucesorio en el que resulte aplicable el citado Reglamento, en los casos en los que exista elemento internacional.

El 17 de agosto de 2015, fecha de plena entrada en vigor del Reglamento, adquiere, y nunca mejor dicho, el carácter de *deadline*, existiendo un antes y un después de dicha fecha en la forma de aproximarse a la planificación y transmisión de la herencia con repercusiones dentro de la Unión existiendo elemento internacional.

El Reglamento, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de la exposición, introduce, por primera vez, de forma uniforme, para todos los países de la Unión Europea, la figura de la *professio iuris* sucesoria, como se ha expuesto en este trabajo, sobre esta figura se basa el principio de planificación sucesoria que es el auténtico eje de la norma objeto de análisis. Sin embargo, no está claro si realmente se consigue esa finalidad. El *de cuius*, si no ha previsto minuciosamente su sucesión, de forma compleja, podría llegar a verse sorprendido porque su voluntad suplida por el ordenamiento jurídico aplicable estuviese totalmente desvinculada de su auténtica voluntad.

Una correcta administración de la *professio iuris* hace imprescindible delimitar cuando existe una situación internacional, actual o potencial, a los efectos de la misma. Sin duda, apreciar la existencia del elemento internacional en el ámbito sucesorio reviste

una gran complejidad como consecuencia de la variabilidad de las circunstancias del *de cuius* a lo largo de su vida.

El Reglamento, como se ha puesto de relieve con la exposición de los problemas con que puede verse sorprendido tanto el disponente como el operador jurídico o autoridad que informa su voluntad es complejo en su aplicación. Aboca al ciudadano a una planificación sucesoria asesorada. Disponer, sin más, de los bienes, al margen del consejo profesional, no deja de ser una temeridad, lo cual se hace evidente en el caso de que estemos ante una sucesión con elemento internacional.

El elenco de leyes elegibles es de marcado carácter individualista y no toma en consideración la voluntad de hacer una planificación del patrimonio familiar cuando se trata de ordenar la sucesión en un mismo sentido por los distintos miembros de la pareja, matrimonial o no, o de la familia. Por ello debe criticarse el hecho de no haber sabido encontrar el punto medio entre la libertad individual de la persona y la solidaridad familiar en que se basan muchos Estados de la Unión Europea.

Siendo un acierto el margen de libertad que se concede al disponente que ostenta varias nacionalidades de poder optar por cualquiera de ellas, o de poder traer a colación la ley de la nacionalidad en ciernes, no debe dejar de llamarse la atención sobre la necesidad de determinar indubitadamente la nacionalidad elegida como criterio de imputación de la *lex successionis*. Esa determinación debe ser la consecuencia de una adecuada valoración de las circunstancias del caso concreto. La *optio legis* en estos casos debería ir acompañada de una ponderación equilibrada, por el profesional que asesora, de los distintos ordenamientos que claman para sí la competencia de regular una determinada sucesión. Lo cual, por desgracia, en la práctica no sucede, con lo que se corre el riesgo que la *professio iuris* sea víctima de su propio éxito cuando pase a ser la protagonista de las previsibles controversias judiciales.

Aunque admitir como ley elegible la ley de la nacionalidad al tiempo del fallecimiento puede ser interesante en supuestos concretos, se pone de relieve que, si de planificar se trata, es absurdo tenerla en cuenta si no se tiene claro la ley que, a la postre, realmente regulará una determinada sucesión.

Una de las cuestiones que más polémica ha suscitado en la doctrina ha sido la regulación de la ley aplicable en el caso de Estados plurilegislativos. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que cuando el Reglamento apela al sistema interno de resolución de conflictos no convierte la sucesión en interna, por lo que debe mantenerse la validez de la *professio iuris* a favor de la ley válidamente elegida al ejercer la facultad de optar, siempre y cuando se den los presupuestos de internacionalidad, no en cambio, cuando estemos ante una sucesión estrictamente interna, en los términos que se han expuesto, y el ordenamiento en cuestión no admita la *professio iuris*.

Si bien el problema de concretar la nacionalidad aparece en todos aquellos supuestos en los que el punto de conexión es la nacionalidad; una buena práctica, al plasmar la voluntad sucesoria que materialice la *professio* a favor de otra ley, hace conveniente que se recojan aquellos extremos que faciliten posteriormente que la nacionalidad a favor de la cual se optó era tenida por el disponente al tiempo de hacer la elección.

Se pone de manifiesto la viabilidad de admitir la *professio iuris* alternativa o condicionada. Elegir una ley para que sea tenida en cuenta solo si se adquiere una nacionalidad, desplazando al sistema jurídico de otra nacionalidad del disponente o a la propia residencia habitual es posible. También será posible tomar en consideración, para condicionar la *professio iuris*, determinadas circunstancias, más allá de la tenencia de una determinada nacionalidad, que interesen al disponente, si bien en estos casos hay que ser cauteloso a fin de que no quede sin efecto bien la condición, bien la elección de ley por no ajustarse la determinación accesoria de la voluntad a la ley que regula la validez material del acto de última voluntad o de la elección.

Es admisible la existencia de una *professio iuris* en un testamento parcial, limitado a los bienes existentes en un determinado país, pero, como no puede ser de otro modo, la elección de ley sucesoria producirá sus efectos respecto de todo el patrimonio hereditario, cualquiera que sea el lugar donde se encuentran los bienes. Sin embargo, es conveniente ser cauteloso para evitar que se produzcan situaciones inconciliables como consecuencia de la concurrencia de múltiples nacionalidades y testamentos parciales relativos a distintos Estados. También, en determinadas circunstancias, se juzga conveniente, en ese tipo de documentos sucesorios, declarar expresamente la inexistencia de *professio* para que no se repute una determinada declaración como una eventual *professio* tácita.

En el régimen del Reglamento, no es posible elegir la ley de la residencia habitual. Una elección así configurada resta estabilidad a la planificación sucesoria, pues no da los efectos de certidumbre que corresponden a la auténtica *professio iuris*. Sin embargo, no se puede negar, sin más, efectos a la elección de ley así planteada. Cuantos mayores y más claros sean los elementos que se brinden al intérprete para ejecutar la disposición *mortis causa* más fácil será determinar la ley aplicable. Una cláusula en la que se elija la ley de la residencia habitual no será una *professio iuris*, no aportará los efectos de certidumbre a la planificación y será claudicante por un eventual cambio de residencia habitual. Sin embargo puede que sirva para, tras una interpretación adecuada, determinar la residencia habitual del disponente o, a falta de ésta, coadyuve a determinar la ley más estrechamente vinculada, o, incluso, sirva como *professio iuris* tácita caso de existencia de varias nacionalidades en el disponente. Será algo que deba analizarse en función del caso concreto.

Ante la parquedad de las definiciones sobre lo que deba entenderse por disposición *mortis causa* se hace imprescindible llamar la atención sobre la conveniencia de procurar, al plasmar la voluntad sucesoria, la tipicidad de vehículos documentales, a fin de una mayor facilidad en la expedición del certificado sucesorio, en el futuro. Al

mismo tiempo, la amplitud de las definiciones llevará a analizar cada caso concreto a fin de deslindar las disposiciones *mortis causa* de las inter vivos.

Pese a que en el Reglamento se admite la *professio iuris* tácita, los bienintencionados principios que inspiran el Reglamento de certidumbre y planificación sucesoria quiebran. La elección tácita de ley supone un exponencial incremento de la complejidad en el proceso de la planificación y apertura de la sucesión.

Es conveniente que la planificación sucesoria sea adecuada no solo materialmente sino también documentalmente, por ello se destaca la autonomía de la *professio iuris* y se propone, incluso, la disociación del acto de elección de ley y del que contenga la concreta planificación sucesoria. La admisión de esa autonomía posibilita defender que la ineficacia de la disposición sucesoria, en determinados supuestos, no afecte a la subsistencia de la elección de ley aplicable a la sucesión.

La incidencia que la ley sucesoria anticipada puede tener respecto de la modificación y, especialmente, respecto de la revocación lleva a la necesidad de valorar la misma especialmente en el momento de la apertura de la sucesión caso de que hubiese varios documentos que contuviesen disposiciones *mortis causa*, lo que sin duda supone un aumento considerable de la complejidad del proceso de ejecución de la voluntad sucesoria. Con lo que, una vez más, se puede preguntar el intérprete si se pondera de forma equilibrada el principio de planificación con la regulación puesta a su servicio y los costes procedimentales que conlleva.

Las conclusiones que se han expuesto nos llevan a afirmar, sin ningún género de dudas, que el proceso sucesorio debe ser algo vivo y en concreta evolución. Un cambio de circunstancias en la vida de la persona debería discurrir paralelo a una reformulación de su planificación sucesoria. Por ello, ahora más que nunca, debe desterrarse la idea de que se hace un solo testamento o se dispone una sola vez de la sucesión. Se hace imprescindible revisar los instrumentos de planificación cuando el *de cuius* cambia de residencia habitual o adquiere una nueva nacionalidad. Todo ello se puede predicar mucho más allá de los tradicionales supuestos en los que, desde la perspectiva del Derecho material, se otorgaba una nueva disposición sucesoria por haber variado las circunstancias vitales del disponente. La *professio iuris* abre la puerta a una riqueza de supuestos que facilitan la vida a los implicados en la sucesión pero que obligan, necesariamente, a alcanzar un mayor nivel técnico en los profesionales del Derecho, entre los cuales destacan los notarios, que asesoran a la persona que se enfrenta a su propia sucesión. La pregunta obligada es si el sistema y los operadores jurídicos están a la altura de los instrumentos que pone en juego la norma.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALVÁREZ GONZÁLEZ, S., «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XI, pp. 369-406.

ALVÁREZ GONZÁLEZ, S., «La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados», en CALVO VIDAL, I.A. (ed.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid 2014, pp. 43-73.

ALVÁREZ GONZÁLEZ, S., «Adjudicación de la herencia de nacionalidad británica. Reenvío», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2014/2015, pp. 1233 y ss.

ALVÁREZ GONZÁLEZ, S. «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones y la remisión a un sistema plurilegislativo: Algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre, 2015), pp. 7-28.

ARENAS GARCÍA, R., «El Reglamento 650/2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu», *Revista Catalana de Dret Privat* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 15-2 (2015), p. 11-65, <<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP/>.

BERGQUIST, U. et al., *EU Regulation on Succession and Wills*, ed. Otto Schimdt, Colonia 2015.

BONOMI, A. Y WAUTELET, P., et. al., *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015.

CALATAYUD SIERRA, A., «Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje», en CALVO VIDAL, I.A. (ed.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid 2014, pp. 123-150.

CALVO VIDAL, I., *El certificado sucesorio europeo*, LA LEY, Las Rozas (Madrid) 2015.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada 2014.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Reglamento Sucesorio Europeo y actividad Notarial». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2014), vol. 6, Nº 1, pp. 5-44.

DAVI, A. Y ZANOBETTI, A., *Il nuovo diritto internazionle privato europeo delle successioni*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino 2014.

DEUTSCHES NOTARIARINSTITUT, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne*, disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf).

DEUTSCHES NOTARIARINSTITUT, *Les successions internationals dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004.



DIAGO DIAGO, M.P., «El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual», en *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, vol. LXXVI/2/2014, Marcial Pons, pp. 49 a 79.

DIAGO DIAGO, M.P. «El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar», en *REEI* 2-2015, p. 1 a 29, disponible en <http://www.reei.org>.

DÖRNER, H., «Il Certificato successorio europeo da un punto di vista Tedesco. Disposizioni attuative e questioni aperte», *Contrato e Impresa/Europa 2-2015*, ed. Wolters Kluwer, Milán 2015, pp. 424-433.

FONT I SEGURA, A. «La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», en CALVO VIDAL, I.A. (ed.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid 2014, pp. 75-122.

FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2010.

GARAU JUANEDA, L., «La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español», en *Bitácora Millennium DIPr*, 2015, nº 2, [www.bitacoradipr.com](http://www.bitacoradipr.com).

GARCIA CUETO, E., «Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): la *professio iuris*», *La Notaría*, 2/2014, pp. 104-116.

IGLESIAS BUIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G., *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

JIMENEZ GALLEGO, C., *El Reglamento Sucesorio Europeo. Un comentario notarial*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid 2106.

KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M., «Drouet Européen des Successions Internationales. Le Règlement du 4 Julliet 2012», *Defrénois*, Lextenso éditions, Paris 2013.

LAGARDE, P., «Le certificate successoral européen dans l'ordre juridique français», *Contrato e Impresa/Europa 2-2015*, ed. Wolters Kluwer, Milán 2015, pp. 405-423.

LLEDO YAGÜE, F. Y VICANDI MARTÍNEZ, A., «Il certificato successorio europeo e la sua applicazione in Spagna: L'ordinamento giuridico spagnolo è pronto?», *Contrato e Impresa/Europa 2-2015*, ed. Wolters Kluwer, Milán 2015, pp. 449-465.

PATTI, S., «Il certificate successorio europeo nell'ordinamento italiano», *Contrato e Impresa/Europa 2-2015*, ed. Wolters Kluwer, Milán 2015, pp. 466-478.

POPESCU, D.-A., *Guide de droit international privé des successions*, ed. Magic Print 2014.

QUINZÁ REDONDO, P. Y CHRISTANDL, G, «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español»; *Indret*, 2013-3, julio 2013, pp. 1-27, [www.indret.com](http://www.indret.com).

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común y foral*, Dykinson, Madrid 1997.

RIPOLL SOLER, A. «La reserva vidual en Derecho Internacional Privado. A propósito de la RDGRN de 13 de agosto de 2014», *La Notaría*, 3-2015, pp. 72-79.

RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, junio-2014.

RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *Indret* 2/2013.

RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I., *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Servizo de Publicacions da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2014.

WATERS, D.W.M., *Explanatory Report sixteenth session*, La Haya 1988.

WAUTELET, P. y GOOSSENS, E., «Le certificate successoral européen. Perspective Belgue», *Contrato e Impresa/Europa* 2-2015, ed. Wolters Kluwer, Milán 2015, pp. 434-448.

WILKE, F.M., «Das international Esbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, num 9, pp. 601-609.

WYSOCKA, A., «How can e valid profession iuris be mader under the UE Succession Regulation?», *Nederlands international privaatrechet*, 2012, pp. 569-575.

YBARRA BORES, A., «La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: Problemas y nuevas perspectivas», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2015), Vol. 7, Nº 1, pp. 226-254.

ZABALO ESCUDERO, M. E. «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millennium DIPr*, pre-edición, número 3; en <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1459759995.pdf>.

Fecha de recepción: 02.02.2016

Fecha de aceptación: 08.06.2016