

LAS LLAMADAS SUCESIONES VACANTES EN EL REGLAMENTO (UE) 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 4 DE JULIO DE 2012

Santiago Hidalgo García

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN: El presente trabajo trata de presentar los problemas que en relación con las llamadas sucesiones vacantes plantea el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*. El cambio de criterio de la nacionalidad por el de la residencia habitual a los efectos de determinar la ley aplicable a la sucesión, la referencia a la vinculación más estrecha, la *professio iuris* o elección de la ley aplicable a la sucesión por el propio causante y los problemas de derecho interregional que son particularmente intensos en el caso español sobre todo si se tiene en cuenta que en las legislaciones territoriales se sustituye el llamamiento al Estado por la correspondiente Comunidad autónoma, plantean nuevas situaciones a las que no siempre da adecuada respuesta la nueva normativa europea.

ABSTRACT: *The problem of the Estates without a claimant in the REGULATION (EU) No 650/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 July 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. This Regulation should provide that the general connecting factor for the purposes of determining both jurisdiction and the applicable law should be the habitual residence of the deceased at the time of death or the manifestly more closely connection with a State and the professio iuris (choice of law) and not the traditional nationality rule. Also the problem of the States with more than one legal system and the territorial conflicts of laws, especially in Spain, where the autonomous community will be the heir and not the spanish State. The new regulation don't resolve appropriately all of those cases.*

PALABRAS CLAVE: Reglamento UE, sucesión vacante, heredero, conflicto de leyes, Derecho internacional privado, Derecho interregional.

KEY WORDS: *Regulation UE, Estates without a claimant, Heir, International private law, territorial Law conflicts*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN DE UNA PERSONA. 2.1. *Determinación del Estado cuya ley se va a aplicar, con referencia especial a la cuestión de las herencias vacantes.* 2.2 *El problema del derecho interregional: determinación de la «unidad territorial» cuya normativa resulta aplicable dentro de cada Estado.* 2.3 *La determinación voluntaria de la Ley aplicable.* 3. INCIDENCIA DEL CRITERIO UNITARIO EN RELACIÓN CON LAS HERENCIAS VACANTES. 4. Conclusión y especial referencia al Derecho interregional español en relación con las herencias vacantes. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las*

resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que se aplicará a la sucesión de las personas que fallezcan del 17 de agosto de 2015 en adelante, con arreglo a su Disposición transitoria 1ª, constituye una regulación que si de propósito, al menos en lo que se puede inferir de su título, se refiere a cuestiones relativas al derecho internacional privado, amén de otros aspectos formales o procesales como ejecución de resoluciones y documentos sucesorios, y la creación del certificado sucesorio europeo, lo cierto es que la regulación en él contenida va más allá, e introduce normas que modifican de una manera directa y específica la normativa sucesorio interna de los Estados miembros en aspectos sustanciales: se cambia el criterio de la nacionalidad por el de la residencia habitual para determinar la ley aplicable, se regula la conmorienca, se regulan aspectos de la aceptación y renuncia de la herencia y a las facultades de los administradores de la herencias en ciertos casos y en fin, y es la cuestión que anima la realización de este trabajo, se regula, ciertos aspectos de lo que denomina *la sucesión vacante*.

En efecto, el artículo 33 (Sucesión vacante) establece:

«En la medida en que, conforme a la ley aplicable a la sucesión determinada por el presente Reglamento, no hubiera heredero ni legatario de ningún bien en virtud de una disposición mortis causa, ni ninguna persona física llamada por esa ley a la sucesión del causante, la aplicación de dicha ley no será obstáculo para que un Estado miembro o una entidad designada por dicho Estado miembro pueda tener el derecho de apropiarse, en virtud de su propia ley, de los bienes hereditarios que se encuentren situados en su territorio, siempre y cuando los acreedores puedan obtener satisfacción de sus créditos con cargo a los bienes de la totalidad de la herencia.»

Como es sabido a la hora de determinar la Ley aplicable las herencias vacantes caben dos posibilidades fundamentalmente, aunque con posibles variantes en cada uno de los casos, bien que la herencia se defiera en su conjunto con arreglo a la legislación estatal que sea, fundamentalmente la nacional del causante (artículo 9.8 CC), porque en materia hereditaria tal suele ser el criterio, si bien el Reglamento en su artículo 21 lo cifra en el lugar de residencia habitual como se va a ver; bien que se distingan los bienes hereditarios, generalmente sobre la base de aplicar la legislación territorial (*ius soli*) a los bienes inmuebles y la personal, la nacional del causante, al resto del patrimonio hereditario (bienes muebles).

En el caso de las sucesiones vacantes, normalmente, cuando se opta por la primera solución el fundamento de la adquisición del Estado es puramente sucesorio, mientras que en el segundo caso, de no existir herederos, la adquisición de los bienes de la herencia por parte del Estado tiene el mismo fundamento que la de los bienes vacantes y sin dueño conocido, en otros términos, la adquisición se fundamenta en el viejo principio del dominio eminente, es decir, como una manifestación de la soberanía nacional sobre el territorio cuando este no es objeto de apropiación individual.

Antes de analizar el mencionado artículo 33 y la motivación que en el número 56 de las consideraciones previas al Reglamento se da sobre éste, parece precisa alguna valoración acerca de las normas y ley aplicable a la sucesión de una persona con arreglo a las disposiciones contenidas en el Reglamento y qué consecuencias tiene todo ello en relación a las herencias o, como las denomina el Reglamento sucesiones vacantes.

Ha de tenerse en cuenta que tal situación viene dada en todo caso por la ausencia de herederos que acepten la herencia, en el caso de la testamentaria porque los llamados en el instrumento no aceptan y en ambos casos porque, sentado lo anterior, no existen o no aceptan ninguno de los parientes con derecho a suceder de acuerdo con la legislación aplicable. Es decir, en última instancia el fundamento de la vacancia es la ausencia de herederos (legitimarios o no) y de parientes con derecho a suceder (inexistencia o, de existir, repudiación por parte de todos ellos).

Por otra parte no debe olvidarse que la vacancia es la descripción de una situación que responde a una habitual convención lingüística pero que no es exacta en cuanto la realidad de la institución: cuando en los distintos ordenamientos se hace referencia a la herencia vacante o a la sucesión vacante, como lo hace el Reglamento, lo que se quiere decir es que no existen herederos testamentarios (ni legatarios), ni parientes con derecho a suceder que acepten la herencia, como se ha indicado, pero tal fenómeno no determina la «vacancia» de la herencia, porque tal herencia la adquiere el Estado sea por el título que sea. De hecho en los sistemas en los que el Estado adquiere en virtud de un derecho sucesorio no se suele utilizar este término, es el caso del Derecho español: en el Código civil no se habla de herencia vacante, ni de sucesión vacante, sino de falta de parientes con derecho a suceder («personas que tengan derecho a heredar conforme a las precedentes secciones» dice el artículo 956 CC), puesto que la herencia no puede ser vacante desde el momento en que en última instancia heredero va a ser el Estado (el artículo 20.6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas habla de «sucesión legítima de la Administración general del Estado y se remite al Código civil) y si cualquier heredero adquiere desde el momento mismo del fallecimiento del causante la herencia una vez la acepta, con más razón en el caso del Estado que no es preciso acepte, sino que adquiere de manera automática.

Tal expresión cobra más sentido en aquellos lugares donde el Estado adquiere la herencia como un *ius ad bona vacantia*, como puede ser el caso francés (*deshérence*) o inglés, precisamente por eso. De ahí también que el Reglamento hable de que no exista ninguna «persona física» llamada a la sucesión de esa persona, expresión que tampoco es muy precisa porque evidentemente personas físicas «llamadas» siempre hay, otra cosa será que tales llamados existan o caso de existir, repudien la herencia.

Sea como fuere es preciso determinar con arreglo al Reglamento qué ley resulta aplicable a una sucesión y como incide esto en la regulación de las denominadas sucesiones vacantes.

2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN DE UNA PERSONA

2.1. *Determinación del Estado cuya ley se va a aplicar, con referencia especial a la cuestión de las herencias vacantes*

Se ha indicado anteriormente que el Reglamento opta por un tratamiento unitario de las sucesiones en cuanto a la ley aplicable, fundamentándolo, frente al tradicional criterio de la nacionalidad del causante en el de su residencia habitual, de manera que no se asume el criterio imperante en varios ordenamientos jurídicos europeos de distinguir entre los bienes muebles e inmuebles, de acuerdo con el cual a la sucesión de una persona se aplicaría la ley personal para los bienes muebles, mientras que a los bienes inmuebles les sería de aplicación la ley territorial donde se hallan (*lex situs*). Como ha señalado DIAZ FRAILE «el Reglamento parte en la regulación de la ley aplicable a la sucesión del criterio de unidad frente al de escisión o fragmentación, criterio de unidad que es igualmente el que inspira la regulación vigente en la materia en Derecho español, sin embargo» —añade— «el sistema adoptado por el Reglamento, dado el amplio conjunto de normas excluidas de su ámbito de aplicación, debe calificarse más bien como de unidad atenuada» («El reglamento...», pp. 76 y 77; también sobre esta cuestión: «Procedimiento sucesorio internacional: reflexiones sobre la ley aplicable y el paradigma concursal» DC, LXI. F. III, julio/septiembre 2008, p. 1261 y ss.). Se podría añadir a tal aseveración que no solo por las materias excluidas, porque entre las incluidas también se va a producir tal atenuación o corrección, como es precisamente el caso de las llamadas sucesiones vacantes que principalmente ocupan estas líneas.

Así el artículo 23 (Ámbito de la ley aplicable) establece: «1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá *la totalidad* de la sucesión».

Si bien es cierto que tanto el Libro verde (2005) como el Reglamento, e igualmente el dictamen del Consejo económico y social, asumen tal criterio firmemente, contrasta sin embargo con la expresión del número 56 de las consideraciones previas al Reglamento, así como con el propio *dictum* del artículo 33, cuestión a la que haré referencia más adelante. En efecto se asume que la última residencia habitual y no la ley nacional (como hace el artículo 9.8 CC) del causante rija el conjunto de su sucesión.

El considerando 23 del Reglamento señala lo siguiente:

«Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo,

tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento.»

Tal criterio pretende atender a razones de justicia material, o a vincular la herencia a la realidad personal del causante en vida, frente a la objetivación, en ocasiones no razonable, que supone el deferir la herencia con arreglo al tradicional criterio de la ley nacional, por ejemplo en aquellos casos no infrecuentes, de personas que residen habitualmente en otro país, trabajan en él, incluso sus vínculos familiares son los de ese país y sin embargo nunca han cambiado su nacionalidad de origen, por las causas que sea. En tales casos el que se aplique la ley de residencia habitual entra dentro de lo razonable en tanto la nacionalidad se manifiesta como un criterio meramente formal que se halla bastante alejado de la realidad del causante en el momento de su fallecimiento, e incluso de la realidad de quienes le rodean y pueden tener derecho a su herencia (cónyuge, hijos y descendientes que probablemente tienen además la nacionalidad de esa residencia y pocos vínculos con la nacionalidad de origen del causante).

Sin embargo se trata de un criterio que con intentar responder a motivos de «razonabilidad» plantea dificultades que ni siquiera es preciso especular doctrinalmente al respecto, porque el propio reglamento en los considerandos siguientes se hace eco de ellas, así el considerando 24 dice:

«En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.»

Incluso el 25 plantea una situación concreta:

«Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la sucesión, en casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al

Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquel tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho. No obstante, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja.»

En realidad, aquí se están planteando unas cuestiones de las que ya se hacía eco el Libro Verde sobre Sucesiones y testamentos SEC (2005) 270. En efecto, en el Libro Verde parece asumirse como conveniente que una misma Ley sea aplicable al conjunto de la sucesión, frente al criterio escisionista: *Podría ser la nacionalidad, privilegiada durante largo tiempo, o la residencia habitual, más «de moda»*. Sin embargo reconoce la existencia de problemas cualquiera que sea el criterio que se adopte:

«En el ámbito de las sucesiones, ningún criterio carece de inconvenientes. El último domicilio del difunto, utilizado como criterio de vinculación, podría implicar la aplicación de una ley que tenga muy pocos vínculos con la sucesión: por ejemplo, cuando el *de cuius* no tenga la nacionalidad del país de fallecimiento y la mayoría de sus bienes se encuentren en otro país. Siendo así, ¿es necesario empeñarse en encontrar un criterio de vinculación único? ¿Es preferible aceptar una cierta flexibilidad e incluso tener en cuenta la preferencia de las partes?

«En efecto, cualquiera que sea el criterio de vinculación elegido por la futura norma comunitaria para determinar la ley aplicable, no se puede excluir que este criterio sea, en algunas situaciones, poco adaptado a las legítimas expectativas de los implicados en la sucesión. Estas expectativas constituyen un parámetro que hay que tener en cuenta en el contexto de un mercado único que garantiza a las personas la libre circulación. Así, una persona puede residir algún tiempo en un país sin adquirir en él patrimonio alguno porque prevé acabar regresando a su país de origen, donde, por otra parte, sigue residiendo su familia y donde se encuentran sus bienes. Si esta persona fallece en el país donde residía, podría estar justificado que su sucesión se regulara por la ley de su nacionalidad. En cambio, la vinculación a la ley de nacionalidad carece de legitimidad si hace tiempo que el *de cuius* había dejado su país de origen y si residía en un Estado miembro donde radican todos sus lazos familiares y patrimoniales.»

A mi modo de ver se está planteando como novedosa una cuestión que seguramente no lo es. No parece probable que tales problemas no se los hayan planteado los legisladores de toda época antes de llegar a la conclusión de que la nacionalidad es, sin perjuicio de los inconvenientes a que pueda dar lugar en ciertos casos, el criterio más

adecuado, objetivo y que en términos de economía procesal tiene más ventajas. Nadie desconoce la litigiosidad que genera la determinación del destino de la herencia de una persona en cuanto a designación de herederos y reparto de la herencia, asumir el criterio de la última residencia habitual, matizado en cuanto a qué se entienda por ésta y matizado en cuanto a que el propio causante en vida puede voluntariamente disponer otra cosa, inevitablemente generará un ámbito más de litigiosidad antes de entrar en el fondo del asunto.

Sin embargo la nacionalidad es un criterio estable y objetivo y que tampoco escapa a la voluntad del causante, puesto que si lo que quería era que sus relaciones jurídicas y en definitiva, su sucesión se rigiese por la ley del país con el que tiene una mayor vinculación por residir en él habitualmente y tener en él el centro de sus actividades patrimoniales e incluso personales, lo lógico es que en vida haya adquirido la nacionalidad de ese país, en lugar de documentar de cualquier otra forma que lo que quiere para después de su muerte es que se le aplique tal Ley, máxime si se tiene en cuenta los conflictos a que puede esto dar lugar y de los que me ocuparé en el siguiente apartado.

Esta mutación del criterio de la nacionalidad al de la residencia habitual se valora de manera insistente como algo aconsejado por el signo de los tiempos y se repite como un mantra que aquel es un criterio decimonónico, que la creciente movilidad de los ciudadanos aconseja tal solución (considerando 23 del Reglamento), etc., como resume BALDÚS: «El modelo concurrente, la nacionalidad tiene solo una ventaja fuerte: está más claro. Pero es un modelo decimonónico, proveniente de un derecho internacional privado muy nacional, no concebido para las grandes migraciones de hoy. Y en tales migraciones se produce cada vez más la situación en la cual el criterio de la nacionalidad no funciona: la doble nacionalidad» (BALDÚS, 420, 2009).

No voy a entrar aquí en recopilar la argumentación a favor o en contra de una u otra opción (ver FUGARDO ESTEVILL, J.M., pp. 86 y ss.) por más que sigo creyendo más adecuado el criterio de la nacionalidad entre otras, por las mismas razones que se esgrimen para defender el de la residencia habitual: es cierto que la movilidad de la población es creciente y el cambio de país de residencia, pero no lo es menos que, paralelamente, también es más fácil que en el siglo XIX adquirir la nacionalidad del país donde se reside, en especial en el ámbito de los Estados miembros.

El dato estadístico resulta poco relevante a estos efectos: el hecho de que haya más personas que cambien de residencia no hace más deseable, necesariamente, este criterio, máxime si se tiene en cuenta que en buena parte de las ocasiones tal cambio se produce obligado por las circunstancias laborales y no voluntariamente, de buen grado (de tener trabajo en el país de origen, no se produciría el cambio de residencia en la mayor parte de los casos). Que cada vez haya más supuestos de doble nacionalidad es cierto, pero no lo es menos que cada vez los haya más de personas que puedan tener varias residencias que puedan ser consideradas como habituales, solapadamente o de forma sucesiva.

En cualquier caso, como se ha indicado, voy únicamente a destacar las dificultades e inconvenientes que el texto del Reglamento plantea en relación con este criterio:

1º ¿Qué debe entenderse por residencia habitual?

2º ¿Que debe entenderse por «vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya Ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1»?

A la primera cuestión da una respuesta el considerando 23 sobre la base de una de unos criterios que, desglosados, son:

- La evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo.
- La toma en consideración de todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate
- Las condiciones y los motivos de dicha presencia

Realizadas tales *operaciones* «la residencia habitual debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». No creo que sea preciso recalcar la indeterminación de tales criterios: evaluación de las circunstancias de la vida del causante: ¿qué circunstancias?; los hechos pertinentes: ¿qué hechos?; ¿cuáles son pertinentes y cuáles no?; duración y regularidad: ¿qué duración?; ¿qué se entiende por regularidad?; condiciones y motivos de dicha presencia; ¿qué condiciones y qué motivos son favorables o contrarios a una u otra solución? Si se hubiera dicho que los tribunales o la autoridad competente resolverá cual sea la residencia habitual según su libre arbitrio, el resultado no sería distinto.

Así pues, como se desprende de tal texto, todo lleva a una gran impredecibilidad del resultado en cuanto a la ley aplicable o lo que es lo mismo a un alto grado de inseguridad jurídica, como se ha señalado (REVEILLARD, FUGARDO, 2010 p. 93) este criterio conduce a la aplicación de una ley apropiada pero impredecible, por no hablar de las dificultades que puede plantear la prueba en la práctica, como señala DÍAZ FRAILE: «No puede dejar de señalarse la dificultad de prueba que en ocasiones no infrecuentes se pueden (sic) llegar a plantear en la práctica (repárese por ejemplo en el caso de los extranjeros que llegados a la jubilación pasan una parte amplia, pero variable del año en España, donde adquieren bienes raíces pero no llegan a desconectarse de sus receptivos países de origen)», «El reglamento sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la ley *sittae*. Especial referencia al certificado sucesorio», (DÍAZ FRAILE, 2014. pp. 77 y 78) y añade que «las definiciones proporcionadas por la jurisprudencia comunitaria del concepto de residencia habitual (como el lugar donde se ha fijado de forma permanente o habitual el centro de intereses) no llegan a superar las dificultades de la indefinición.» Nótese

por otra parte que el concepto de residencia habitual no es uniforme según la legislación de los distintos Estados, e incluso dentro de cada uno se acogen una diversidad de conceptos, no todos los cuales pueden considerarse residencia habitual. Centrándonos en el caso español, baste recordar las distintas nociones de domicilio (legal, efectivo, real) o de residencia a la luz por ejemplo de la legislación de extranjería.

En cuanto al vínculo manifiestamente más estrecho es un criterio de lo más llamativo a la luz de las anteriores consideraciones: «el concepto de vínculo más estrecho con otro estado tropieza con la misma dificultad (de prueba) y condice a la necesidad de una apreciación del caso concreto en caso de controversia (por estar en juego dos leyes distintas basadas en criterios materiales diferentes, por ejemplo, el de libertad de testar frente al de legítima fuerte) aboca a la judicialización de la sucesión, (DÍAZ FRAILE, 2014, p. 78). En efecto, el apartado primero parece realizar todo tipo de advertencias en el sentido de dar con el criterio más apropiado, fundamentándolo en un concepto de residencia habitual y vinculación efectiva del sujeto con la legislación que se va a aplicar, es decir, y como se ha indicado, es un sistema inseguro o imprevisible en cuanto a la ley aplicable pero lleva a conclusiones apropiadas a tal efecto. La determinación de la residencia habitual con arreglo a tales criterios es un mecanismo que, de propósito, lo que pretende es precisamente hallar con qué ordenamiento jurídico se tiene precisamente el vínculo más estrecho.

A la luz de tales consideraciones el segundo apartado parece poner en cuestión todo lo anterior: desechada la nacionalidad como un vínculo seguro, por no ser necesariamente «estrecho» y tras hacer múltiples consideraciones acerca de la justicia y adecuación material del concepto de residencia, el segundo apartado reconoce la posible existencia de vínculos más estrechos que ésta. La pregunta es ¿cuáles pueden ser esos vínculos?, naturalmente no se refiere a la nacionalidad puesto que la residencia es preferida a esta y se considera un criterio seguro pero inapropiado, tampoco cualquier mecanismo de *professio iuris*, puesto que éste se contempla de manera expresa en otro momento. Por otra parte la residencia habitual, una vez determinada, siguiendo el proceso brevemente expuesto, debería conducir precisamente a aplicar el ordenamiento con el que el causante tiene el vínculo más estrecho, de hecho el propio considerando 23 del Reglamento lo dice con tales palabras: «La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate». Es decir, si todo el proceso tendente a determinar la residencia habitual se realiza precisamente para determinar cuál es el Estado con el que el causante tiene el vínculo más estrecho, ¿por qué a continuación se establece que tal vínculo puede en realidad ser otro?

Tal cuestión parece pretender aclararla el considerando 25:

«en casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquel tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede

llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho. No obstante, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja.»

La aseveración realizada en primer lugar por este considerando no deja de resultar llamativa ya que parece desconocer un aspecto en el que recurrentemente se ha insistido no solo en este texto y en la Propuesta y otros textos e informes antedichos, cual es que la residencia habitual no es la residencia que tuviera el causante en el momento de su fallecimiento o al menos no lo es necesariamente. De hecho el considerando 24 se refiere a esta cuestión, precisamente para aclarar que la residencia habitual lo que pretende es determinar cuál sea el vínculo más estrecho del causante, que puede ser incluso el de la nacionalidad, porque, y siempre según tal considerando, la residencia habitual no se debe considerar a la luz de un criterio exclusivamente temporal, sino de vinculación, es decir, de lo que tradicionalmente se ha denominado el *animus*. El único ejemplo que utiliza este considerando no parece que venga demasiado al caso sentado todo lo anterior: es obvio que la residencia habitual no tiene por qué ser la última del *de cuius*, lo esencial es cuál será la «residencia habitual» en el momento del fallecimiento, es lo que determina el artículo 21, no la «residencia» o domicilio en el momento del fallecimiento. Si como dice el considerando 24 «el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento» difícilmente puede considerarse que esa sea su residencia «habitual» porque más allá del *animus* (la intención del causante en cuanto a vincular su existencia a ese lugar) faltaría el *corpus*, es decir, un tiempo más o menos prolongado y estable de residencia.

El que la vinculación manifiestamente más estrecha no pueda emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento resulte compleja, es una expresión que se antoja del todo arcana, si es que no es decididamente contradictoria con todo lo que se dice en este y el anterior considerando y desde luego con lo que se establece en el artículo 21 del Reglamento: en todo caso la determinación de la residencia habitual, habida cuenta de la diversidad de situaciones que pueden darse va a ser compleja, lo que se pretende es precisamente hallar el lugar con el que se tiene la vinculación más estrecha, con lo que lejos de utilizarse como criterio subsidiario parece que lo que se pretende es que sea el principal.

Por no extenderme más en estas consideraciones críticas y a modo de conclusión de este apartado, creo que habría sido más apropiado y también más coherente con los ordenamientos nacionales, por no hablar de suponer una mayor economía procesal, mantener el criterio de la nacionalidad como principal si bien estableciendo la salvedad de que la residencia habitual del causante u otras circunstancias pongan de manifiesto que éste tiene un vínculo más estrecho con otro ordenamiento jurídico nacional, de

parecido modo al que lo hacen para determinados supuestos los párrafos 9 y 10 del artículo 9 del CC español.

Por otra parte no es descabellado pensar que normalmente una persona que mantiene su nacionalidad de origen pese a residir habitualmente en otro país es precisamente porque quiere mantener una cierta vinculación con aquel del que procede, a efectos no solo sentimentales, sino de asunción de determinados aspectos culturales, políticos, legales, entre los que sin duda se hallará la organización de su sucesión. Resulta un tanto sorprendente que a un nacional, pongamos por caso, inglés que resida en territorio español habitual y establemente, se le aplique el sistema de legítimas del Código civil (caso de residir en un territorio de Derecho común) que, por más que su residencia haya sido prolongada en el tiempo, tenga su familia y su vinculación sea muy estrecha con España, difícilmente conocerá y desde luego le resultará totalmente ajeno a su cultura jurídica (esta impresión se basa en una experiencia personal de casos conocidos por mí, y al parecer no es solo mía. Leo lo siguiente en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2009. p. 23, en relación con la *professio iuris*: «estoy casi seguro que un inglés residente habitual en las Alpujarras con más de veinte años residiendo en España, plenamente integrado en nuestra sociedad y con la mayor parte de su patrimonio en España si hace testamento y tiene la posibilidad de elegir entre la ley nacional y la ley de su residencia habitual, elegirá la primera»).

Se dirá que para evitar esto tiene el remedio del artículo 22, no obstante tal declaración parece obligar al causante a «reafirmarse» en su nacionalidad a efectos de la normativa aplicable a su sucesión, cosa un tanto absurda, puesto que el hecho de no haber adquirido la nacionalidad española pudiendo haberlo hecho, en el caso del ejemplo, ya parece indicar suficientemente esa voluntad. De lo relativo a la determinación voluntaria de la Ley aplicable me ocuparé más adelante.

2.2 El problema del derecho interregional: determinación de la «unidad territorial» cuya normativa resulta aplicable dentro de cada Estado

Queda por tratar aquí el problema que, obviamente se da en el caso español con particular intensidad, de la coexistencia dentro de un mismo Estado de una diversidad de regímenes en materia de sucesiones. De la cuestión que en España se ha denominado Derecho interregional se ocupan los artículos 36 y 37 del Reglamento.

Puesto que el objeto de estas líneas se refiere fundamentalmente al caso de las sucesiones vacantes, no parece oportuno detenerse demasiado en este punto, no obstante si me gustaría destacar algunos aspectos (ver ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2012, 153 y ss.): como es sabido el criterio determinante para resolver los conflictos de Leyes en el Derecho interregional español es la vecindad civil (artículo 16.1.1º que, a los efectos que aquí interesan, se remitiría a la regulación del 9.8, de manera que, donde dice *nacionalidad*, habría que «leer» *vecindad civil*). Aquí resulta llamativa la diferencia entre la redacción de la Propuesta (artículo 28.1) y la que definitivamente recibe en el Reglamento, artículo 36.1:

Artículo 28.1 Propuesta: «en el caso de que un Estado comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesión por causa de muerte, cada unidad territorial se considerará un Estado a efectos de la determinación de la Ley aplicable en virtud del presente reglamento».

Sin embargo el artículo 36.1 del Reglamento, en su redacción definitiva, se remite a las normas internas sobre conflicto de leyes, es decir, al derecho interregional de cada Estado, y a falta de tales normas (lo que no sería el caso, en principio) habría que estar a lo establecido en las letras a), b) y c) del segundo apartado, que se refieren a los criterios residencia habitual, nacionalidad y otros elementos que sean factores de vinculación, equiparándolos a la unidad territorial correspondiente. Así el artículo 36:

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

Esto quiere decir, en el caso del ordenamiento español que la vecindad civil seguiría siendo el criterio a tener en cuenta con arreglo al artículo 16.1 1º. No obstante, de acuerdo con lo anterior, y según el Reglamento (de hecho esa es precisamente una de las ventajas que se atribuye al criterio de la residencia habitual), si no hubiese normas de conflicto internas, el criterio de determinación nuevamente tendría que ser la residencia habitual del causante.

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

- a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;
- b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;
- c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

O, en su defecto, el apartado 3 hace referencia nuevamente a la vinculación «más estrecha».

Pues bien, a mi modo de ver se plantea aquí una presuposición normativa que constituye prácticamente una ficción ya que el presupuesto de aplicación del apartado segundo o en su caso el tercero, no parece posible que se dé en ningún sistema: resulta difícil pensar que en tales sistemas no existan normas de conflicto internas. Quizá es más plausible la solución que aportan QUINZÁ/CHRISTIANDL. p. 19: «A falta de tales normas» debería entenderse no sólo la ausencia de normas internas sobre conflicto de leyes del Estado cuya ley resulta de aplicación, sino la falta de adecuación de las mismas para resolver todos los supuestos posibles.

En cualquier caso el artículo 38 establece la no obligatoriedad de aplicación del Reglamento en los casos de sistemas plurilegislativos, cosa que resulta más bien ociosa dado el contenido del artículo 36.1. Como señalan QUINZÁ REDONDO/CHRISTIANDL, «Precisamente la inadecuación entre esta cláusula y el empleo del método de referencia «subsidiario» produce una incoherencia estructural. Así, un precepto sobre la inaplicación del Reglamento a los conflictos internos tendría sentido sólo en un Reglamento con un modelo de remisión «directa» donde Estados y unidades territoriales están equiparados y donde, por lo tanto, el ámbito de aplicación del Reglamento está, *ex ante*, abierto también respecto a tales conflictos de leyes. La primacía de las normas conflictuales del Estado cuya ley resulta de aplicación, característica propia del sistema «subsidiario», deja sin sentido la cláusula de no obligatoriedad» (p. 16). Las causas que se han apuntado para la inclusión de tal precepto son variadas, pero la del error del legislador parece la más evidente: tal precepto es coherente con el texto del mencionado artículo 28 de la Propuesta, pero no con la redacción definitiva que recibe tal norma en el artículo 36. En cuanto a la presencia de este artículo en el Reglamento, dos podrían ser principalmente las razones de su errónea inclusión. La primera de ellas haría referencia a un olvido del legislador, que pese a cambiar el sistema de referencia adoptado —de un sistema «directo» a uno «subsidiario»—, pasó por alto eliminar una cláusula que sí resultaba necesaria en el modelo de la Propuesta de Reglamento, pero no en el texto final. La segunda explicación está fundamentada en la extensión de un error ya presente en el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, cuyo texto pudo haber inspirado al legislador de la Unión Europea. En este Convenio, tras exponer un modelo de referencia «subsidiario» (art. 19.2), se encontraba un precepto sobre la inaplicación a los conflictos de leyes internos (art. 21). Sea cual sea la razón, esta incoherencia estructural de los arts. 36 y 38 del texto final del Reglamento resulta negativa y poco aceptable en un texto con un proceso de elaboración tan longevo (QUINZÁ. p. 17).

Determinar esto tiene bastante importancia puesto que se puede dar lugar a situaciones cuando menos curiosas, ÁLVAREZ GONZÁLEZ se hace eco de alguna de ellas a efectos de su transcendencia en cuanto a las legítimas (ÁLVAREZ, 2012, 157) también QUINZÁ/CHRISTIANDL, que refieren el siguiente ejemplo: «pensemos en una persona con

vecindad civil común, residencia habitual en Cataluña, y que posee bienes en distintos Estados Miembros. Con el Reglamento en mano, y si consideramos el sistema de remisión «directa» de la Propuesta, se aplicaría el Código Civil catalán. En cambio, si los bienes estuvieran situados en España (situación no internacional), se aplicaría el Código Civil. ¿Está justificada esta diferenciación de soluciones?» (QUINZÁ/CHRISTIANDL 2013, 13)

Pero que en lo que aquí interesa, la tiene también cuanto al eventual destino de las herencia vacantes, puesto que la determinación de la ley aplicable implica la adquisición de la herencia bien por el Estado, bien por alguna Comunidad autónoma, aquellas precisamente que tienen derecho civil propio, es más, precisamente en esta cuestión se va más allá de tales comunidades y normas sucesorias propias, por ejemplo el caso de Valencia, que, en principio carece de derecho de sucesiones propio (el anteproyecto de 2009 quedó en eso, por el momento, ya que en varios lugares se previene no solo la elaboración de normativa sucesoria propia, sino incluso de un Código del derecho civil valenciano) pero sí que contiene normas para el caso de las sucesiones vacantes. Por cierto que en este caso concreto refieren los autores anteriormente mencionados otro ejemplo: «En el mismo ejemplo de la persona con vecindad civil valenciana y residencia habitual en Cataluña, tanto si ésta poseyera bienes en España como si los tuviera en cualquier otro Estado Miembro, sería de aplicación el art. 14.1 CC que determina la sujeción al derecho común o al derecho foral en virtud de la vecindad civil. La remisión efectuada por un sistema «indirecto» o «subsidiario» a las normas que el propio Estado posee para la resolución de los conflictos internos conllevaría una identidad de soluciones que despejaría los problemas planteados» (QUINZÁ, 2013, 14).

Sea como sea, lo cierto es que para el caso del ordenamiento jurídico español se produce la curiosa circunstancia de que se sustituye el criterio de la nacionalidad por el de la residencia habitual para el derecho común, mientras que sigue vigente el de la vecindad civil a nivel interno: recuérdese que se abogaba por tal sustitución arguyendo que se trata de un modelo decimonónico y que, además, «la facilidad en la determinación del domicilio y la residencia que habilita, además, la aplicación de la ley del lugar del lugar de residencia en los países plurilegislativos» (FUGARDO, 2010, 86)

Es evidente que si la nacionalidad se considera un modelo obsoleto, no cabría decir cosa distinta de la vecindad civil. Puede darse la circunstancia de un extranjero que tenga vecindad civil catalana y resida en Madrid, por ejemplo y en virtud de la confluencia de la norma del Reglamento y las internas a tal efecto, se aplique la Ley española, por tener aquí su residencia habitual, pero se le apliquen las normas sucesorias catalanas, pese a tener su residencia habitual en territorio de Derecho común.

Es más, dentro del Código civil de Cataluña a tales efectos incluso se introduciría otra posibilidad cual es la de la aplicación de las normas catalanas incluso cuando no se tiene ni la residencia, ni la vecindad civil catalanas, sino simplemente la vecindad

administrativa, transcribo aquí los preceptos de referencia en relación con las sucesiones vacantes y resalto en **negrita** este aspecto:

Artículo 442-12. Sucesión a falta de parientes dentro del cuarto grado

1. Si faltan las personas indicadas por el presente capítulo, sucede la Generalidad de Cataluña.
2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la herencia es aceptada a beneficio de inventario previa declaración judicial de heredero.

Artículo 442-13. Destino de los bienes

1. La Generalidad de Cataluña debe destinar los bienes heredados o su producto o valor a establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura, preferentemente del municipio de la última residencia habitual del causante en Cataluña. Si no los hay en dicho municipio, deben destinarse a los establecimientos o instituciones de la comarca o, si tampoco los hay en la comarca, a los de carácter general a cargo de la Generalidad.
2. Si en el caudal relicto existen fincas urbanas, la Generalidad de Cataluña debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas de vivienda social, ya sea directamente o reinvertiendo el producto obtenido al enajenarlas, según sus características.

Por su parte:

Artículo 111-3. Territorialidad

1. El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.
2. Lo establecido por el apartado 1 se aplica también al derecho local, escrito o consuetudinario, propio de algunos territorios o poblaciones, en la medida en que la ley remita al mismo.
3. Las personas extranjeras que adquieran la nacionalidad española quedan sometidas al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra.
4. La vecindad local es determinada por las normas que rigen la vecindad civil.

Por otra parte, esto genera otro efecto que no es extraño al resto del ordenamiento jurídico español y no solo civil, evidentemente, cual es el que mientras las normas Estatales se internacionalizan, las autonómicas se «nacionalizan», mientras el Estado cede parcelas de soberanía a la Unión europea, algunas autonomías toman tales parcelas. En realidad no veo ninguna razón para no asumir el criterio de la residencia

habitual también a nivel interno, ya sea para aplicar el régimen del Código civil o cualquier otro, al menos no veo razones distintas a las que cuestionan la aplicación de tal criterio en lugar del tradicional de la nacionalidad, aunque sea con correcciones o matizaciones. Bien es verdad que la expresión del artículo 28 de la propuesta no era muy afortunada, porque su transcendencia iba más allá de su objeto de regulación: equiparar, aunque fuera a estos efectos y por vía de ficción, a las unidades territoriales a Estados, podía tener un efecto indeseado por sus implicaciones políticas.

Naturalmente todo esto presupuesto que no se modifique el 9.8 y de manera coherente el artículo 16.1 del CC, cosa que parece poco probable, al menos lo segundo, máxime si se tiene en cuenta que lejos de soslayarse el concepto de vecindad civil, en la actualidad se ha incorporado una «nueva»: la vecindad civil valenciana. Otra posibilidad es que la remisión de las referencias al título preliminar se entienda hecha a las normas de Derecho internacional privado aplicables, es decir, a las contenidas en el Reglamento, lo que tampoco parece probable (Este tipo de cláusulas parecen poner punto y final a la polémica sobre si la remisión del art. 16.1 CC a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar se entiende realizada incluso a aquellas normas de DIPr —las recogidas en Convenios y Reglamento de la UE— que no estuvieren expresamente reguladas en el citado título preliminar, QUINZÁ/CHRISTIANDL, p. 8.)

Esto contrasta con la situación en otros países donde también existen varias «unidades territoriales» como sería, por citar tan solo uno, pero significativo, no solo por su importancia, sino por tratarse de un Estado Federal, el caso del Derecho alemán. En efecto, en caso de no existir parientes con derecho a suceder con arreglo al § 1964.1, el Estado, el Fisco, es el heredero legal, en concreto el Land en el que el causante tuviera su domicilio, no de manera temporal y esporádica, sino efectivo, concretamente el precepto, tras la reforma de 24 de septiembre de 2004 que entró en vigor el 1 de enero de 2010, se establece «Si, en el momento de la muerte del causante, no hay ningún pariente, ni cónyuge ni pareja de hecho, es heredero legal el Fisco del Estado federado en el que el causante había tenido su último domicilio en el momento de su muerte o, si este no puede ser determinado, su residencia habitual. En los otros casos, sucede el Estado federal» § 1936 (ARROYO AMAYUELAS, 2010, p. 12 y 36 y 37). Como señala ROTHEL A. «En la práctica hereda el Fisco cuando a pesar de existir herederos legales estos renuncian a la herencia, por ejemplo, porque está sobreendeudada». El Fisco no dispone de esa posibilidad. Téngase en cuenta que en Derecho alemán la adquisición de la herencia se opera automáticamente, no obstante aunque se haya realizado una aceptación expresa, esta puede impugnarse si se ha incurrido en error acerca de las cargas que pesasen sobre ella, es decir, si se desconocía el estado de sobreendeudamiento, lo cual quiere decir, que incluso cuando ha existido coyunturalmente un heredero, es posible que la herencia recaiga en el Estado si prospera la impugnación por la causa antedicha y éste carece en Derecho alemán, a mi modo de ver de la misma manera en el caso del español, de la facultad de repudiar. En el apartado final realizaré algunas consideraciones más acerca de los problemas de derecho interregional español.

2.3. La determinación voluntaria de la Ley aplicable: la *professio iuris*

Tal posibilidad (de ella trata con cierta extensión ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2009, p. 17 y ss.) ya se planteaba abiertamente en el Libro verde con varias posibilidades, entre ellas la que finalmente y de manera exclusiva se acoge (ver FONTANELLAS, 2010 Y 2011)

El Libro Verde en su apartado 2.4 relativo a la *elección de la legislación aplicable a la sucesión*, destaca los aspectos que a continuación transcribo:

Aunque la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea no permiten al futuro *de cuius* ni a sus herederos elegir la ley sucesoria, la cuestión sigue siendo pertinente. Cualquiera que sea el criterio de vinculación elegido, no puede excluirse que, en algunas situaciones, no se adapte a las legítimas expectativas de los protagonistas de una sucesión. Por ello, cabría prever cierta flexibilidad.

Cuestión 5: ¿Hay que admitir la posibilidad de que el futuro *de cuius* (en una sucesión testamentaria o ab intestato) elija la ley aplicable a su sucesión, con o sin el acuerdo de sus presuntos herederos? ¿Es necesario extenderla a los herederos tras la apertura de la sucesión?

Cuestión 6: Si se admite la elección de la ley sucesoria, ¿hay que limitar las posibilidades de elección y determinar sus modalidades? Siempre que no se hayan designado como vinculación objetiva, ¿hay que admitir los siguientes criterios: nacionalidad, domicilio, residencia habitual u otros?

Cuestión 7: ¿En qué momento deben estar presentes estos vínculos? ¿Hay que combinarlos con condiciones particulares (duración, persistencia en la fecha del fallecimiento, etc.)?

Cuestión 8: ¿Hay que admitir la elección de la ley aplicable para los testamentos mancomunados y los contratos de herencia? ¿Hay que regular esta elección? En caso afirmativo, ¿cómo?

Cuestión 9: ¿Se debe permitir a un cónyuge elegir la ley aplicable a su régimen matrimonial para regular su sucesión?

Así, efectivamente, el Reglamento establece en su artículo 22 sobre elección de la ley aplicable:

1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

2. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

3. La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.

4. 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.

Este mecanismo, la *professio iuris*, se articula como medio que tiene el causante de evitar que se aplique a su sucesión la Ley del Estado en el que resida habitualmente o con el que tenga supuestamente la vinculación más estrecha, para que le sea aplicada su Ley nacional o, mejor dicho, alguna de las leyes correspondientes a una nacionalidad que ostente o que vaya a ostentar. El Estado español en respuesta al Libro Verde en concreto a la cuestión 6ª, sopesaba la posibilidad, como ésta, de que la *professio iuris* se vinculase bien a la nacionalidad, bien a la residencia o al domicilio, considerando discutible la remisión a la ley del lugar de situación de los inmuebles (FUGARDO ESTIVILL, 2010, 81), no obstante tales opciones (residencia habitual, domicilio, FONTANELLAS, 2010, 233; 2011, 93 y ss.) no se manejan en el transcrito artículo 22, insiste, eso sí, el Estado español en que la *professio iuris* no debe admitirse si produce un fraccionamiento de ley aplicable. Sea como sea, lo cierto es que si en estos textos la *professio iuris* venía a ser un mecanismo de elección de ley aplicable por parte del causante para que determinase él mismo con qué legislación tenía el vínculo más estrecho, o determinase él mismo cuál era su residencia habitual, el resultado final de la regulada en el artículo 22 es prácticamente el contrario, puesto que no contempla las otras posibles leyes personales elegibles (domicilio, o residencia habitual).

Desde el primer apartado y de un «golpe de vista» surgen varias dudas:

- Se admite la *professio iuris* de la nacionalidad que se ostente en el momento de realizar la declaración, aunque después se cambie tal nacionalidad
- Se admite así mismo la ley sucesoria aplicable anticipada, puesto que se puede optar por una la ley de un Estado cuya nacionalidad no se tenga en ese momento, con tal de que se adquiriera antes de producirse el fallecimiento
- No se admite la elección de una ley que no se corresponda con alguna nacionalidad del causante (real o virtual, podría decirse, al momento de hacerse la declaración), o sea, que no puede elegirse la de residencia habitual o la del domicilio, como postulaba el Libro Verde. De hecho la *professio iuris* parece más bien un mecanismo para excluir que se apliquen tales leyes.
- Por fin, en cuanto al problema de la forma: la valoración de la validez del medio o instrumento que se utilice depende de la ley aplicable, pero la ley aplicable depende de ese instrumento. Por otra parte ¿qué expresión debe utilizarse?

Todo esto puede llevar a resultados cuando menos sorprendentes: En el primer caso lo que se está haciendo es requerir una declaración para que se aplique lo que hasta ahora se venía aplicando, es decir, el criterio de la nacionalidad. El Reglamento atribuye a la *professio iuris* del artículo 22 preeminencia sobre el establecido en el artículo precedente, que expresamente dice que salvo disposición contraria del presente reglamento se aplica a toda la herencia la ley de residencia habitual. Pues bien, la

elección de ley aplicable, con arreglo a los criterios que el artículo 22 establece, impide entrar a considerar otros vínculos, los que determina el artículo precedente. Esto quiere decir que si ulteriormente el declarante cambia de nacionalidad y no revoca expresamente tal declaración la ley que sigue siendo aplicable es la elegida y no la de residencia habitual aunque esta sea, por ejemplo, la de la nacionalidad adquirida ulteriormente. En otros términos, sería válida la elección de una ley con la que el causante ya no tiene ningún vínculo en el momento de su muerte.

Otra posibilidad es que el causante elija una ley que entiende va a ser la correspondiente a la nacionalidad que todavía no tiene pero presume que va a tener en un momento ulterior, más concretamente cuando muera. Sin entrar aquí en hasta que extremos se presume que llega la autonomía de la voluntad a la que se atribuye la virtud no solamente de saber que nacionalidad se va a tener en un futuro sino incluso la de predecir el momento de la propia muerte, lo cierto es que aquí la *professio iuris* tiene una característica planificadora evidente y permite elegir una ley que no es la nacional del que la elige aunque previsiblemente lo será. Naturalmente cabe la posibilidad de que la clarividencia del causante no sea del todo precisa y muera antes de adquirir esa nacionalidad. En tales casos habrá que entender que la elección de ley aplicable no tiene eficacia y se aplicaría el artículo 21.

Estas opciones que en apariencia ofrecen varias posibilidades al causante no están exentas de rigidez, por cuanto no se permite elegir sino con fundamento en la nacionalidad, es decir, no se puede elegir que sea aplicable la ley de residencia habitual o la del domicilio o la del lugar donde se tengan la mayor parte de los bienes, por ejemplo, o la de la nacionalidad de los herederos, rigidez que contrasta con la flexibilización que en este punto parecía postular el Libro Verde. De esta manera se está impidiendo que la *professio iuris* sirva precisamente para despejar las dudas que puedan surgir a la hora de determinar la vinculación más estrecha del causante con un lugar, a la que tantas veces hace referencia el Reglamento, por lo que esas posibilidades planificadoras que parecen ofrecerse quedan, permítaseme la expresión, castradas, por cuanto al causante no se le permite manifestar con qué legislación tiene ese vínculo más estrecho desvinculándose de su ley nacional: dicho de otra manera, se establece por el legislador que la aplicación de la ley nacional debe ceder ante la residencia habitual o los vínculos más estrechos del causante, pero al propio causante no se le permite anteponer tales criterios al tradicional de su nacionalidad, o todavía en otros términos, se trata de averiguar mediante indicios o presunciones más o menos firmes o concluyentes, con qué legislación tiene tales vínculos cuando el *de cuius* no ha manifestado nada en vida, pero si realiza tal manifestación, no se tiene ésta en consideración si no lo vincula a una ley que corresponda a su nacionalidad. De este modo se permite a los tribunales deducir qué legislación habría querido que se aplicase a su sucesión el causante, desligándose del criterio de la nacionalidad, pero tal posibilidad no se le permite al propio causante: los tribunales pueden presumir cual es la residencia habitual y el vínculo más estrecho del causante, pero si éste lo manifiesta,

tal declaración no tiene virtualidad salvo que se trate de una ley correspondiente a su nacionalidad.

Por fin pueden plantearse problemas en relación con la forma en que se haga la declaración y en este punto, de los más controvertidos de la cuestión (FONTANELLAS, 2011, p. 102) me refiero a dos aspectos distintos:

Por un lado el instrumento que se utilice y la legislación que debe aplicarse a su validez. Como se ha visto según el artículo 22.3 a la validez del acto se aplicará la ley elegida y el precedente apartado señala que deberá hacerse en disposición mortis causa o deberá «resultar de los términos de una disposición de este tipo», así si se elige la ley española, parece inferirse que deberá contenerse en un testamento, ¿pero cabría hacerla en unas capitulaciones matrimoniales? O en el caso español, ¿en otras disposiciones mortis causa que no admite el Código civil pero sí algunos Derechos civiles territoriales? Y por fin ¿un extranjero que adquiere la nacionalidad española puede elegir qué ordenamiento quiere que se aplique a su sucesión? Es decir, pensemos el supuesto de un nacional alemán que adquiere la nacionalidad española con vecindad civil catalana, ¿podría elegir tal legislación para que se aplique a su sucesión? Y si es así, ¿tienen la misma posibilidad los españoles? Cuando no interviene un elemento internacional en la sucesión, ¿podría un navarro elegir se le aplique a su sucesión el derecho común, que en definitiva es la ley de su nacionalidad, en lugar del Fuero nuevo aunque tenga vecindad civil navarra? (hace especial referencia a esto ÁLVAREZ, 2009, 44 y 45). A todas estas cuestiones no da respuesta el Reglamento, ni se puede inferir razonablemente de su contenido.

Por otro está el problema de expresión que se emplee, es decir, se debe decir expresamente que se quiere que se aplique una determinada ley o basta con dar por supuesto que tal ley es la aplicable por corresponder las disposiciones contenidas en el testamento a esa ley: por ejemplo, el testador español con residencia habitual en un país extranjero, no hace una especial profesión de ley aplicable, pero parte de la base que su herencia la reparte con arreglo al sistema de legítimas del CC español. Yo creo que tal expresión sería admisible como *professio iuris*, sin necesidad de decir «quiero que se aplique tal o cual ley» de una manera explícita y lo creo porque a este punto sí parece dar respuesta el apartado 2º del artículo 22 que no solo se ha de interpretar en cuanto al tipo de disposición que deba contener la *professio iuris*, sino también a los términos que se empleen y dice que puede hacerse «expresamente» o bien «resultar de los términos de una disposición de este tipo», es decir, puede tratarse de una declaración implícita o tácita: un nacional español residente en el extranjero, reparte los dos tercios de su herencia entre sus hijos o mejora a alguno de ellos con arreglo a las disposiciones del Código civil, aunque en ninguna parte diga expresamente que quiere que le sea aplicada la ley española, así FONTANELLAS, destaca que «el siguiente paso a dar sea el de decidir si es —o no— conveniente franquear la entrada a la elección tácita de la legislación sucesoria, lo que, para nosotros, sería deseable por poco que los tribunales se hagan a la autonomía conflictual en la esfera hereditaria» (2011, 114).

Para concluir este apartado, no debe olvidarse que en materia de sucesiones vacantes el criterio de determinación voluntaria tiene, necesariamente, poco alcance en términos prácticos, porque lo cierto es que la mayor parte de los supuestos en los que la sucesión queda vacante es porque el *de cuius* no realizó testamento, no obstante esta no es, evidentemente la única posibilidad, enumerados sucintamente los supuestos pueden ser los siguientes:

- Que no existiendo testamento no deje el causante parientes ni cónyuge o persona en situación homologable (en los casos en que tal homologación proceda) con derecho a suceder, o que existiendo tales parientes, todos ellos repudien la herencia
- Que existiendo testamento, los llamados a la herencia la repudien, sean estos o no herederos forzosos
- Otros supuestos pueden ser más anecdóticos, pero no imposibles, como puede ser el caso del el testamento que no contiene institución de heredero y se distribuye buena parte de la herencia en legados, sin que existan parientes con derecho a suceder o repudien todos ellos la herencia (GARCÍA RUBIO, 1988)

3. INCIDENCIA DEL CRITERIO UNITARIO EN RELACIÓN CON LAS HERENCIAS VACANTES

Ha de tenerse en cuenta que a los problemas anteriormente expuestos se añade otro en caso de quedar la herencia vacante y es que el fundamento de la adquisición del Estado de los bienes hereditarios es distinto dependiendo de los ordenamientos jurídicos, porque como se ha indicado al principio, mientras en unos constituye un heredero más, en otros su adquisición se produce *ex iure publicum* o con el mismo fundamento que la adquisición de inmuebles vacantes y sin dueño conocido o como manifestación del dominio eminente del Estado.

El Reglamento, pone de manifiesto esta cuestión tanto en el considerando 56 como en su artículo 33. Dice el considerando 56:

En algunos casos, puede ocurrir que ninguna persona reclame una herencia. Los distintos ordenamientos jurídicos tienen disposiciones distintas para esas situaciones. En algunos sistemas jurídicos, por ejemplo, el Estado puede reclamar la herencia vacante como si fuera un heredero con independencia de la ubicación de los bienes. En otros ordenamientos jurídicos, el Estado puede apropiarse solo de los bienes ubicados en su territorio. Por consiguiente, el presente Reglamento debe establecer una norma que disponga que la ley aplicable a la sucesión no debe obstar para que un Estado miembro pueda apropiarse en virtud de su propia legislación de los bienes ubicados en su territorio. No obstante, para garantizar que esta norma no perjudique a los acreedores de la herencia, se ha de añadir la condición de que los acreedores de la herencia deben poder procurar la satisfacción de sus reclamaciones con cargo

a los bienes y derechos de la herencia con independencia de la ubicación de estos. El artículo 33 ya ha sido anteriormente transcrito.

Esta es cuestión añeja (HIDALGO GARCÍA, 1995, 2010, 2011; NAVAS NAVARRO, 1996, 2002, POZO SIERRA, 2013) se trata del clásico problema que se cifra, con carácter general en si a la sucesión se ha de aplicar una única ley, criterio unitario o monista, o se debe distinguir entre los bienes de la herencia, de manera que a los inmuebles se aplique la *lex sitiae*, mientras que a los muebles se aplica la ley personal (*mobilia sequuntur persona*), generalmente la de la última nacionalidad del causante; con carácter particular, es decir, en concreto en lo que a la sucesión del Estado se refiere, en si éste adquiere los bienes como un heredero cualquiera, es decir, a título sucesorio, como *ultimo heres*, o adquiere *ex iure publicum*, *ex imperium* o como una manifestación del dominio eminente. Ciertamente es que el 33 se refiere genéricamente a «bienes de la herencia que se encuentren situados en su territorio», pero tal atribución independiente o diferenciada de bienes de la herencia, para los que se produce y cuando se produce, fundamentalmente, en la mayor parte de los ordenamientos es para el caso de los bienes inmuebles, aunque no necesariamente solo para éstos para el caso en que deba ser el Estado (un Estado) el que los adquiera finalmente.

En efecto en tales preceptos, como se ve, se reconoce la posibilidad de que frente al criterio unitario en el tratamiento de la sucesión, cuando no hay *personas físicas* con derecho a suceder con arreglo a la ley aplicable y por tanto deba ser llamado el Estado, tal llamamiento tiene distinto carácter según las legislaciones de modo que en algunas no solo hay un criterio escisionista en cuanto a los bienes de la herencia, sino que además tal escisión afecta al fundamento mismo de la causa de adquirir: aplicación de la ley personal para los bienes muebles, que generalmente se destinarán al Estado que sea *ex iure* sucesorio, y aplicación de la *lex situs* a los bienes inmuebles, por cuanto, cuando estos carecen de dueño conocido, tengan la procedencia que tengan, pertenecen al Estado donde se hallen *ex iure publicum*.

En realidad contrasta con el bien definido propósito de la unidad de ley aplicable para este caso, máxime si se tiene en cuenta que a la cuestión se dio una solución adecuada, al menos para un buen número de casos en una célebre sentencia (célebre al menos entre quienes hemos dedicado alguna atención a este tema) dada en Inglaterra, me refiero al caso *Maldonado State of Spain vs. Treasury Solicitor*, de la que más adelante daré breve cuenta.

Lo cierto es que, como regla general, se puede decir que mientras en unos ordenamientos se atribuye la herencia en defecto de parientes con Derecho a suceder al Estado como último heredero, en otros su derecho tiene el mismo fundamento que el de la adquisición de bienes vacantes, ya sea aplicando la ley personal a los muebles y la del lugar donde radiquen a los inmuebles, bien aplicando la *lex sitiae* a todos ellos indiferenciadamente.

El problema se plantea en estos casos cuando concurre un elemento internacional, es decir, cuando el causante nacional de un país deja bienes en otro país distinto. En tales casos el título en virtud del cual reclame para sí tales bienes el Estado en cuestión, no es desde luego indiferente a los efectos del Estado donde radiquen los bienes y es ahí donde reside el acierto de la vieja sentencia del Tribunal inglés. En efecto, respecto de los bienes muebles el problema en principio no se plantea (es verdad que por ejemplo en el caso de los depósitos bancarios vacantes también corresponden al estado del país donde se hallen en virtud de un derecho público, pero esto ahora poco importa puesto que se trata de bienes que integran un caudal hereditario definido) sin embargo respecto de los bienes inmuebles la cosa cambia. Respecto de los muebles debo remarcar la expresión en principio, porque si bien es cierto que en los sistemas escisionistas se aplicaría le *lex rei sitiae* a los inmuebles y la ley personal a los muebles, para el caso de las herencias vacantes esto puede no ser así, cuando el Estado reclamante de ellos lo haga, no ex iure hereditario, sino, como sería el caso de Francia o el Reino Unido, o como sería también el caso de Austria o Turquía (menciono estos dos Estados por ser objeto de sendas resoluciones judiciales precisamente en el Reino Unido, referidas a bienes muebles y que citaré más adelante) en virtud de un *ius ad bona vacantia*, , o sea, como ejercicio de su derecho de soberanía, en cuyo caso lo normal será que el Estado donde se hallen sitios los bienes, sean inmuebles o muebles, aplique la ley de situación de los bienes y no la personal, como se va a ver enseguida. Como ha señalado ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «sería naif pensar que la dualidad entre los sistemas monistas y los dualistas apareja correlativamente la unidad o fraccionamiento de las sucesiones internacionales. La práctica es más cruda. El fraccionamiento de las sucesiones internacionales es una realidad en la que la opción de cada sistema por la unidad o escisión de la ley aplicable es un dato entre otros varios. Es cierto que un sistema que a priori opta por establecer una ley para la sucesión mobiliaria y otra o varias, para la inmobiliaria está admitiendo claramente un fraccionamiento sucesorio: mas el sistema que opta inequívocamente por la unidad... no garantiza ni puede garantizar dicha unidad de régimen jurídico» y añade, «En el caso de los sistemas unitarios existe también un fraccionamiento potencial derivado de que aunque la unidad de régimen jurídico es la regla, no dejan de producirse excepciones singulares» y cita el caso, entre otros, de la administración de la herencia o la transmisión de la propiedad de los bienes (ÁLVAREZ GONZÁLEZ «La professio iuris...», pp. 20 y 21). Pues bien, esta misma situación es susceptible de producirse respecto de las sucesiones vacantes.

Es regla general en el marco del derecho comparado que aisladamente considerados los bienes inmuebles vacantes pertenecen al Estado donde estos radican en virtud del denominado dominio eminente, en Inglaterra del *escheatage* de la Corona (hasta la *Administration of Estates Act* de 1925), en todo caso, no debe olvidarse, un derecho de origen feudal en virtud del cual el Estado es el último propietario del territorio sobre el que ejerce su soberanía. Cuando los inmuebles en cuestión forman parte de un caudal hereditario, como se ha visto hay Estados que, por eso mismo no hacen distinciones entre los tipos de bienes, sino que unitariamente aplican la ley que corresponda, la nacional antes, la de residencia habitual o la que corresponda con arreglo al nuevo

reglamento, mientras que otros Estados no se sustraen a la idea anterior, por lo que a efectos del derecho internacional privado entienden que a los bienes inmuebles se ha de aplicar la legislación del lugar donde radiquen, la *lex sitiae*. Naturalmente lo que subyace en estos ordenamientos es la idea de evitar que un tercer Estado reclame bienes sitios en su propio territorio en virtud de cualquier título, sin perjuicio de que lógicamente esto tiene otras implicaciones, ya sea que no puedan reclamar bienes sitios en territorio extranjero, o bien que se produzca un reenvío al propio ordenamiento que puede dar lugar, en ese caso sí, a que efectivamente puedan reclamarlos.

Cuando el elemento internacional concurrente da lugar a la aplicación de normas del tipo unitario, es decir, que se aplique a toda la herencia una sola legislación, no se plantea mayor problema, distinto es el caso en que concurren dos ordenamientos en el que uno da solución unitaria, mientras que el otro es escisionista y, en definitiva, cuando en uno la adquisición del Estado es *ex iure hereditario*, mientras que en otro, en particular a los efectos de los bienes inmuebles, aunque no solo, la adquisición se opera *ex imperium* y como consecuencia la ley aplicable resulta la del lugar donde radiquen lo bienes.

A esta cuestión se refiere RODRIGUEZ URÍA, señala esta autora que esta situación puede dar lugar tanto a conflictos positivos como negativos, «se dará un conflicto positivo en el caso de que la ley sucesoria establezca que un Estado herede los bienes sitios en otro Estado a título de sucesor de la herencia, mientras que el sistema jurídico correspondiente al lugar de situación donde están los bienes implicados siga el principio de apropiación a título dominical: ambos Estados pretenderán tales bienes de la herencia» concluyendo que «para este tipo de casos, el art. 33 prevé una solución, dando preferencia al criterio de apropiación frente al de llamamiento como heredero».

Por mi parte no estoy muy seguro de que el 33 cuando dice que no se impedirá al Estado apropiarse según su propia ley de los bienes sitios en su propio territorio, se esté dando preferencia a dicho criterio, creo más bien que tal referencia se realiza a un doble efecto: por un lado porque si un Estado cuya legislación le atribuye la herencia *ex iure publicum* reclama bienes inmuebles de la herencia sito en otro con el mismo régimen, obviamente la ley aplicable no puede ser la del estado extranjero y será la del lugar donde radiquen la aplicable, o sea, que se los apropiará el Estado del lugar donde radiquen los bienes; por otro lado tal referencia se realiza fundamentalmente a los efectos de asegurarse de que sea cual sea el título de adquisición o la ley aplicable, en todo caso queden protegidos los derechos de los acreedores hereditarios. Es decir, no es que se dé necesariamente preferencia al criterio de apropiación frente al de llamamiento como heredero, sino que lo que el 33 quiere decir, es que puede darse la circunstancia de que tal preferencia se produzca y en tales casos debe quedar protegido el derecho de los acreedores de la herencia (del causante) como si de una adquisición hereditaria se tratase. Que esto no es una especulación por mi parte lo demuestra el hecho de que la situación ya se ha producido en la práctica y basta contrastar la solución que los tribunales ingleses dieron al «caso Maldonado», que, como he indicado, enseguida detallaré, con la que ofrecieron frente a sendas

reclamaciones de los Estados austriaco y turco (In re Barnett's, 1902 1 ChD p. 847 y ss. y In the Estate of Musurus, deceased, 1936, 2 ALLER 1666 y ss. respectivamente, en este último caso por ser un caso previo a la adopción por Turquía del Código civil suizo) donde aplicaron la Ley inglesa y atribuyeron a la Corona bienes (muebles en algún caso) sitios en territorio inglés frente a la reclamación por parte de los Estados austriaco y turco, precisamente porque estos no reclamaban ex iure hereditario, como lo hacía el Estado español, sino como un *ius ad bona vacantia* en virtud de su soberanía .

En otros términos, el artículo 33 reconoce es que en ciertos casos, como en los que se acaban de mencionar, puede que no sea de aplicación la ley de la herencia a determinados bienes que, por radicar en el territorio de un Estado éste puede apropiárselos, no que se prefiera en todo caso tal criterio. De hecho la propia autora observa que de darse un conflicto negativo y asumiendo su interpretación respecto de los positivos, el Reglamento no daría ninguna solución: «El conflicto negativo se daría en el caso contrario, esto es, cuando el Reglamento designa la ley de un Estado en el que se sigue el criterio de la apropiación a título dominical, pero ciertos bienes de la herencia se encuentran situados en el territorio correspondiente a un sistema en el que el Estado sucede a título de heredero. Puesto que el criterio de la apropiación dominical sólo legitima para la ocupación de los bienes que se encuentren en el propio territorio, no se podrían reclamar los bienes hereditarios que se encuentran situados más allá de la soberanía de tal Estado. En este caso, el Reglamento no proporciona solución alguna». Como se ha tratado de demostrar, si se interpreta en el sentido que he apuntado el precepto, tanto el primer problema como el segundo tienen soluciones uniformes y quedarían comprendidas en el Reglamento o al menos no habría una situación aparentemente no contemplada.

Pueden verse algunos ejemplos de posibles situaciones:

- Si un suizo o un alemán fallecen sin dejar parientes con derecho a suceder, y dejando bienes inmuebles en España (caso típico de una casa en las Islas Baleares), el Estado alemán sería el heredero, con arreglo a su legislación y el ordenamiento español aplicaría a la sucesión de esa persona con respecto a ese bien su ley nacional, la alemana, con lo que el bien lo adquiriría el Estado alemán ex iure hereditario como si de un particular se tratase (puesto que ese es el título de adquisición en el BGB,. § 1964) y sin que el Estado español opusiese ningún obstáculo
- Sin embargo si se trata, pongamos por caso de un español que fallece dejando bienes inmuebles en Inglaterra o un inglés que fallece dejando bienes en España, en panorama cambia radicalmente. Aquí las posibilidades son dos, bien que un Estado reclame tales bienes como heredero, bien que lo haga en virtud del dominio eminente.

En efecto, en este último caso para el caso de los bienes inmuebles procedentes de la denominada herencia o sucesión vacante, hay que ver qué establece la norma

sucesoria aplicable: tal norma suele asumir el enunciado de que a falta de herederos adquiere el Estado, en virtud del título que sea, generalmente en el caso de los sistemas escisionistas en virtud del dominio eminente, es decir, de un derecho público, de ahí la preocupación del reglamento de que en estos casos queden protegidos los derechos de los acreedores de la herencia y se puedan dirigir también contra tales bienes. Pero lo cierto es que en tales supuestos, el presupuesto es la falta de heredero: cuando en virtud de la ley personal aplicable a la sucesión hay heredero hay que entender que no puede ser llamado el Estado del lugar donde radiquen los bienes.

El problema se plantea cuando ese heredero es otro Estado, como se ha dicho es precisamente esta cuestión la que ocupa en el Reino Unido el caso *Maldonado (deceased) State of Spain vs. Treasury Solicitor* (1953.2 All England Report, Probate Division and Admiral Division, p.300 y 1953,3 All. E.R. Court of Appeal, p. 1579 a 1587). Aunque lo he hecho en otro lugar (también, recientemente, POZO SIERRA, P. 43 Y SS) no me resisto a dar sucinta cuenta de su contenido y conclusiones porque las considero completamente vigentes a la luz de todo lo anteriormente expuesto: en 1924 una española fallece (es territorio español) dejando bienes (muebles) en Inglaterra (valores y obligaciones custodiados por Hambros Bank Ltd) que ascendían a £ 13.515. Como quiera que fallece sin dejar parientes dentro del sexto grado (antes de 1928), es declarado heredero el Estado español, que, consecuentemente, reclama los efectos dejado en Inglaterra. El *treasury Solicitor* los reclama para la Corona como *bona vacantia* por hallarse en Inglaterra y estima que no puede admitirse con arreglo al orden público inglés que un estado extranjero adquiera bienes sitios en su territorio. Por no extenderme demasiado, en las dos instancias se viene a afirmar que, tratándose de bienes muebles se aplica el principio *mobilia sequuntur personam* y, por tanto, se aplica la Ley española, conforme a la cual el Estado español es el último heredero; que como el Estado español reclama como cualquier heredero y no por su derecho de soberanía, no existe conflicto con el derecho de soberanía inglés ni, por tanto, es contrario al orden público inglés atribuir tales bienes al Estado español, por lo que así lo hace (máxime, añade, cuando tales bienes se van a distribuir entre *charities* de la localidad de la causante).

Situando estas cuestiones en el momento actual (el escenario actual, por utilizar la terminología al uso de los tiempos) se puede llegar a algunas conclusiones:

- Por un lado, hay que tener en cuenta que el criterio en la actualidad sería la residencia habitual, claro está que la solución no sería diferente, precisamente porque la causante residía habitualmente en España. Si hubiera residido habitualmente en Inglaterra, en aquel momento la conclusión seguramente sería la misma, mientras que en la actualidad no, porque se aplicaría la Ley inglesa y los bienes los adquiriría como vacantes la Corona.
- Por otro lado, se plantea el problema de que tal sentencia se refiere a bienes muebles, pero cabe plantearse si la solución hubiera sido distinta de tratarse de bienes inmuebles. Aunque en la resolución se hacen varias referencias al

principio de aplicación de la ley personal a los bienes muebles (correlativamente habría que aplicar la *lex sitiae* a los inmuebles, el sistema inglés es escisionista), lo cierto es que el resto de razonamientos esgrimidos, habrían de llevar a la misma conclusión: si un Estado reclama los bienes (muebles o inmuebles) como heredero e integrantes de una sucesión y no en virtud del derecho de soberanía, no habría atentado contra el orden público interno (a la cláusula de orden público se refiere el Reglamento en el artículo 35), de ahí que se considere que en materia de sucesiones la ley del Estado es omnipotente mientras nos encontremos en el ámbito puramente sucesorio y sobre ello no cabe introducir consideraciones de un derecho extranjero, (MORRIS/NORTH, 1988, pp. 578 y 579) En cualquier caso no cabría admitir el sistema escisionista, con arreglo a esto último, según el Reglamento.

- Por último, sí es posible que no resulte estrictamente aplicable la ley sucesoria, caso de los bienes que un Estado extranjero pueda reclamar como vacantes en otro, en tal caso se daría el conflicto indicado y sería atentatorio contra el orden público interno, por lo que los bienes se atribuirían al Estado del lugar donde radiquen y es precisamente a tales casos a los que se refiere la segunda parte del artículo 33 del Reglamento.
- A esto se podría añadir un argumento literal en cuanto al supuesto básico (si bien es cierto que en el texto se refiere a la ausencia de personas «físicas» llamadas por ley) cual es la sucesión vacante y que conecta con las conclusiones del juez inglés: si hay heredero, aunque tal heredero sea un Estado no hay sucesión vacante, puesto que el Estado es un heredero como otro cualquiera (decía el juez Barnard: *I am satisfied on nthe evidence before me that the State of Spain is a true heir just as any individual heir according to Spanish Law* [HIDALGO, 1995, 130]). De sucesión vacante solo puede hablarse cuando según la ley que sea de aplicación el llamamiento al Estado se haga como un *ius ad bona vacantia, ex imperium*, porque en tales casos ya no se aplicarían las normas hereditarias, y por tanto los bienes se pueden atribuir según donde éstos se encuentren y por eso además el Reglamento se cuida de asegurarse de que a pesar de no tratarse de una adquisición hereditaria, queden protegidos los derechos de los acreedores. De hecho la redacción en inglés no habla en estos casos de sucesión, sino que de acuerdo con la perspectiva puramente inglesa de la institución, se refiere a *Estates without a claimant* (puramente inglesa por cuanto incluso en Francia donde el título de adquisición sería similar al del ordenamiento del reino unido, sin embargo se trata al Estado como un sucesor irregular) cosa que no está exenta de importancia a los efectos de determinar a qué supuesto se refiere.

Todo lo dicho hasta el momento partiendo de una base tradicional en virtud de la cual no cabe que un Estado extranjero ejerza derechos derivados de su soberanía en otro estado distinto, como sería el caso de aquellos que reclaman los inmuebles vacantes *ex iur publicum*, si tal idea sería aún admisible para Estado no miembros, podría entrarse a

valorar si tal idea se compadece con el actual espacio común europeo, cosa que excede, evidentemente, los límites de este trabajo.

Por otra parte el fundamento de tal negación siempre se ha asumido como un artículo de fe, especialmente cuando se trata de bienes inmuebles, cuando en realidad quizá no tenga por qué ser así y menos aún a la luz del Reglamento. Debo explicarme: el hecho de que el Estado que sea reclame los bienes inmuebles vacantes en virtud de un derecho público, *ex iure publicum*, *ex imperium*, no tiene mayores consecuencias que el fundamento de la atribución, sin que a tal fundamento se le puedan atribuir consecuencias que vayan más allá del hecho de la adquisición, es decir, sin que con ello se pueda entender que si el Reino Unido, la Corona, adquiere un bien inmueble en España en virtud de ese título, eso tenga como consecuencia que tal parte del territorio quede sustraído a la soberanía española, no quisiera entrar en las aguas del Derecho Internacional público, para mí bastante pantanosas, pero si esto fuera así quizá los súbditos de las Islas residentes en Menorca encontrasen un buen medio para soslayar el Tratado de Amiens.

Al margen de esta pequeña «ocurrencia» lo cierto es que sea cual sea el mecanismo de adquisición no creo que nadie piense que si tal adquisición se opera *ex iure publicum* la consecuencia sea la expuesta. He añadido que menos aún a la luz del Reglamento: en efecto el artículo 33 se ocupa especialmente de destacar que se adquiera como se adquiera, se aplique o no el sistema unitario, lo fundamental es que los acreedores puedan obtener la satisfacción de sus créditos con largo a los bienes de la totalidad de la herencia. Esto quiere decir que aunque se aplique la *lex sitiae* para los bienes inmuebles y en su virtud estos se adjudiquen al estado donde radiquen y no sigan el destino del resto de la herencia, tal cosa no implica que queden sustraídos a la responsabilidad por deudas y cargas de ésta, cosa que a mi modo de ver refuerza la conclusión expuesta, es decir, que se adquieran tales bienes por el título que sea, público o privado, éstos no quedan sustraídos, al menos totalmente, a las normas de derecho privado relativas a la responsabilidad por deudas del causante.

4. CONCLUSIÓN Y ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA HERENCIAS VACANTES

Se ha tratado de desgranar algunas de los problemas que el Reglamento plantea y sin duda planteará en su futura, e inminente aplicación en relación con el destino final de las herencias sin parientes con derecho a suceder, de las llamadas sucesiones vacantes, o *Estates without a claimant*. En realidad, más allá del cambio de criterio para la determinación de la ley aplicable, se siguen suscitando las mismas cuestiones que antaño y se ha tratado de acreditar que en realidad y a pesar de la referencia del artículo 33, tales cuestiones siguen quedando abiertas por la confluencia dentro del marco europeo y fuera de él de una dualidad de sistemas de atribución de los bienes hereditarios al Estado. En el caso español a los problemas del derecho internacional privado se añaden los de Derecho interregional a los que se ha hecho una referencia escasa por no exceder los límites formales de este trabajo, no obstante no debe

olvidarse que a los problemas que tradicionalmente venían surgiendo, teniendo en cuenta que, por añadidura, no solo se trata de la determinación de la ley aplicable, sino que ésta además fija un destino distinto para los bienes hereditarios en cada caso, se añade la incorporación de Valencia, precisamente para regular la Sucesión de la Generalitat y todavía podríamos añadir el caso de La Rioja.

En efecto en Valencia y pese a que en principio y de momento carece de derecho de sucesiones propio y por tanto se aplica el Código civil, el artículo 71 del Estatuto de autonomía añadido por ley orgánica de 2006 establece como bienes de la Generalitat valenciana «c) Los bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación del Estado la vecindad civil valenciana, así como otros de cualquier tipo», en efecto no hay normas sucesorias generales, pero La Ley de Patrimonio de la Generalidad, Ley 14/2003, de 10 de abril, en su 43 le atribuye tales herencias como ya lo hacía el artículo 22 de su precedente legislativo de 1986. En relación directa con el tema que ha ocupado estas líneas llama poderosamente la atención, no solo el artículo 3.4 del Estatuto, sino una reciente norma reglamentaria cual es el Decreto 47/2013, de 5 de abril. LCV 2013\120, que, por tanto es posterior al Reglamento europeo, así contrástese cuanto se ha dicho sobre el Reglamento y lo que éste establece en relación con la ley aplicable a la sucesión con el contenido de disposición adicional tercera de este Decreto:

1. Cuando proceda la sucesión abintestato a favor de la Generalitat y el causante hubiera tenido su última residencia habitual fuera del territorio nacional o conste la existencia de bienes del caudal hereditario en el extranjero, se remitirá al consulado que proceda una copia del auto de declaración de herederos en favor de la Generalitat, acompañado, si se dispusiera de ella, de la relación de los bienes sitos en el extranjero correspondientes a causantes fallecidos en territorio nacional. En el supuesto que no se disponga de esta relación, se solicitará la colaboración del Consulado para averiguarlos, así como para su posterior enajenación, en su caso.

2. A los efectos de la distribución del caudal, si el causante hubiera tenido su última residencia habitual en el extranjero, se considerará como domicilio el que hubiere tenido en el cualquier municipio de la Comunitat Valenciana, entendiéndose por tal aquel en el que radiquen la mayor parte de los bienes inmuebles del caudal hereditario, o bien el de su última residencia en la Comunitat Valenciana, por el orden expresado. Si por ninguno de estos medios pudiera determinarse el domicilio del causante, el importe de la herencia se ingresará íntegramente en la Tesorería de la Generalitat.

¿Cómo cohonestar tal disposición con el artículo 21 del Reglamento?

He mencionado el caso de la Rioja. En realidad no se trata de una incorporación al «mundo» de la foralidad como en el caso de Valencia, sino que el artículo 50.6 de la Ley de Patrimonio de la Rioja establece:

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores de este artículo, en aquellos casos en los que de conformidad con el Código Civil deba heredar el Estado, el Consejo de Gobierno instará a éste para que subrogue a la Comunidad Autónoma en los derechos que pudieran corresponderle como heredero, siempre que el causante tenga vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja al tiempo del fallecimiento o se trate de bienes sitos en dicho territorio.

Sin entrar en los términos en qué deba realizarse tal subrogación, debo reiterar la anterior pregunta. No obstante no puedo entrar en mayores análisis sin exceder los límites de extensión marcados, salvo dejar constancia de los especiales problemas que la cuestión plantea en España.

Por fin se han dejado de lado algunas cuestiones por la misma razón: en efecto, en materia de *profesio iuris* no debe olvidarse, aunque no se ha tratado aquí, la posibilidad de existencia de pactos sucesorios (ÁLVAREZ, 2012, 194), a los que se refiere el artículo 25 si bien es cierto que como se ha indicado en los casos de sucesión en favor del Estado no es habitual que se haya previsto nada en materia de sucesión, ni mediante testamento ni en ninguna otra forma.

Otra posible particularidad junto a la del artículo 33, donde cabe la posibilidad de que no se aplique la norma sucesoria resultante en la del artículo 30 en relación con la situación de los bienes, de manera que se aplicarán las reglas de la *lex sitiae* con independencia de las que rijan la sucesión si por razones de índole económica familiar o social afectan o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes. Los supuestos posibles son variados y pueden afectar igualmente a la sucesión del Estado, naturalmente no las de índole familiar, por cuanto precisamente la ausencia de familiares es la que determina esta sucesión.

En definitiva, el Reglamento y su aplicación en estas materias suscita y va a suscitar cuestiones de toda índole cuya solución no siempre está contemplada por él, pese a su propósito integrador.

BIBLIOGRAFÍA:

ARROYO AMAYUELAS, E., «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», *InDret*, 2010, nº 1 (www.indret.com).

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Legítimas y Derecho interregional», *Tratado de legítimas*, Dir. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 153 y ss.;

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Thomson, Reuters, 2009, p. 17 y ss.

BALDUS, CH., «¿Hacia un nuevo Derecho sucesorio europeo?», *AAMN*, 49 (2009), pp. 419 y ss.

DÍAZ FRAILE, J., «El reglamento sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitiae*. Especial referencia al certificado sucesorio», *RCDI*, LXXXX (2014), nº. 741, pp. 67 y ss. Se trata de un número monográfico sobre Derecho privado de la Unión europea.

FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

FONTANELLAS MORELL, J.M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *Dereito*, vol. 20, nº 2 (2011), pp. 83-129.

FUGARDO ESTEVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo*, col. Notariado Hoy, Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA RUBIO, MP., *La distribución de toda la herencia en legados: (un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, Civitas, 1989.

HIDALGO GARCÍA, S., *La sucesión por el Estado*, Bosch, Barcelona, 1995.

HIDALGO GARCÍA, S., «Comentarios al Código civil», dir. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010.

HIDALGO GARCÍA, S., *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*, Lex Nova/Thomson/Reuters, Valladolid, 2012

MORRIS/NORTH, *Cases private international Law*, London, 7ª ed., 1988.

NAVAS NAVARRO, S., *La herencia a favor del Estado*, Pons, Madrid, 1996.

NAVAS NAVARRO, S., «La sucesión intestada de la Generalitat de Cataluña», *ADC*, LV, fasc. III, 2002.

POZO SIERRA, B. del, *La compatibilidad jurídica del derecho del Estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*, Dykinson, Madrid, 2013.

PRATS ALBENTOSA, L., «Ley aplicable a la sucesión «mortis causa» en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo», *Diario La Ley*, nº 7929, Sección Tribuna, 24 Sep. 2012.

QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», *InDret*, 2013, nº 3 (www.indret.com).

RODRÍGUEZ URÍA-SÁNCHEZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2013, nº 2 (www.indret.com).

ROTHEL, A., *El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho alemán*, col. Notariado Hoy, Bosch, Barcelona, 2008

Fecha de recepción: 15-4-2014

Fecha de aceptación: 29-4-2014