

La sucesión hereditaria en Derecho interregional *

ALBERT FONT SEGURA

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

SUMARIO: *I. Introducción:* 1. Planteamiento general.—*II. La vocación testamentaria:* 1. Capacidad. 2. Forma del testamento. A) Trascendencia del artículo 5°. B) Calificación del testamento mancomunado. C) Existencia de normas unilaterales en relación a la forma en algunos Derechos civiles españoles. 3. Ley aplicable al fondo. A) *Lex successionis* y *lex testamenti*. B) *Lex successionis* y sistema legitimario. C) Excepción a la unidad y universalidad: el principio de troncalidad. D) Profusión de normas unilaterales: especial referencia al testamento mancomunado.—*III. La vocación paccionada:* 1. Capacidad. 2. Forma. 3. Ley aplicable al fondo.—*IV. La vocación legal:* A) La sucesión intestada conforme a la ley del causante en el momento de fallecer. B) Valoración de las normas unilaterales autonómicas.—*V. Problemas comunes a las distintas clases de sucesiones:* 1. La vocación y sus títulos. 2. Problemas de capacidad. 3. Derechos del cónyuge viudo.—*VI. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. La competencia de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su Derecho civil, en virtud del artículo 149.1.8.° CE ¹, ha

* Para citar las distintas legislaciones civiles coexistentes en España se han adoptado las siguientes abreviaturas: Cc. (Código civil), CDCA (Compilación del Derecho civil de Aragón), LSCM (Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón), CDCIB (Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares), CSCM (Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña), FNN (Fuero nuevo de Navarra), LDCCFPV (Ley de Derecho civil foral del País Vasco), LDCG (Ley de Derecho civil de Galicia).

¹ El TC, STC 88/1993, de 12 de marzo, ha establecido que las CC.AA. tienen competencia para desarrollar las instituciones comprendidas en sus respectivas Compilaciones, así como regular las materias conexas, aunque no se encuentren en las Compilaciones. Para las distintas posiciones doctrinales *vid.*, entre otros, E. ROCA TRIAS, «L'estructura de l'ordenament civil espanyol», *RJC*, 1983, pp. 125-180; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles

consolidado el ordenamiento civil español como un sistema plurilegislativo ² en el que coexisten, en pie de igualdad ³, distintas legislaciones civiles. De este modo, el ordenamiento español ha tenido que dotarse de un sistema conflictual que, hasta ahora, opera en dos niveles diferentes: el interno o interregional ⁴ y el internacional.

Por una parte, los conflictos de leyes en el plano interno requieren de una solución que tenga en cuenta las peculiaridades de la situación. Se trata de subsistemas de Derecho civil pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico y sometidos a la Constitución como norma fundamental. Por consiguiente, la determinación del Derecho aplicable está sujeta a unas condiciones inexistentes en el plano puramente internacional. En principio, el sistema conflictual debe operar de modo neutro, si no quiere romper la paridad entre los Derechos civiles coexistentes, situándose por encima de los Derechos civiles españoles y realizando una función que debe ser arbitral, mediadora, sin acoger de forma preferente los principios de uno u otro Derecho civil, o bien, en la medida en que quepa, sintetizando los que sean comunes.

Por otra parte, si la situación está conectada con algún Derecho extranjero, el sistema conflictual actúa de modo distinto. La determinación del Derecho aplicable se realiza desde el ordenamiento español, aunque la situación no esté conectada materialmente con el mismo, por lo que su función no es neutra. Los Derechos en presencia no están en plena igualdad, o mejor dicho están sometidos a

forales o especiales allí donde existan», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, pp. 15-82, y L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 69-87.

² Para un análisis histórico de esta coexistencia actual y sus repercusiones desde la perspectiva del DIPr, *vid.* P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho local. Estudio sobre el Derecho local altomedieval y el Derecho local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)*, Madrid, Ed. UAM DL, 1986; *vid.* R. ARENAS GARCÍA, «Derechos forales, derechos locales y derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial», *RJA*, 1997, 21, pp. 93-113. *Vid.* también J. M.ª GAY ESCODA, «La génesis del Decret de Nova Planta de Catalunya. Edició de la consulta original del *Consejo de Castilla*, de 13 de juny de 1715», *RJC*, 1982, 1 y 2, pp. 7-41 y pp. 263-348, analizando los antecedentes de los Decretos de Nueva Planta —en particular el de Cataluña— de Felipe V.

³ *Vid.* STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 2.º

⁴ L. GARAU JUANEDA, «Comunidades Autónomas y Derecho interregional», *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1982, p. 114, propuso el nombre de derecho intercomunitario. Pero no ha cuajado, pese a las imprecisiones que comporta la expresión Derecho interregional, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Servicio de Publicaciones UAB, 1984, pp. 9-10. En puridad, es más ajustada la expresión «Derecho de los conflictos internos», *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, Prólogo a A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988, p. 14. Como bien dice O. CASANOVAS Y LA ROSA, «El Derecho interregional e interlocal», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, Fundació Congreso Jurídico Catalán, 1972, p. 216, «la querella terminológica no tiene especial trascendencia».

los principios dimanantes de la norma de conflicto ⁵ española, especialmente si está materialmente orientada. En España, debido a la existencia de un sistema civil plurilegislativo, la norma de conflicto que regule una materia comprendida por distintos Derechos civiles españoles debe absorber y ajustarse a los fundamentos de aquella institución partiendo de esta diversidad. La localización efectuada por la norma de conflicto debe trasladar las concepciones y principios de todos los Derechos civiles españoles existentes en la materia objeto de la norma. En suma, la determinación del Derecho aplicable debe realizarse mediante una proyección de los distintos Derechos civiles españoles ⁶. Sin embargo, históricamente, se ha partido del Derecho contenido en el Código civil, cuya pretensión era precisamente la de unificar los distintos Derechos civiles ⁷, admitiendo provisionalmente ⁸ la pervivencia de los mal llamados Derechos forales ⁹. Esta lógica permanece todavía ¹⁰, pese a la regu-

⁵ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239-5270.

⁶ No nos referimos a que para la calificación subsunción hemos de partir del concreto Derecho civil, de entre los distintos Derechos civiles españoles, calificación *lex civilis litis*, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación...*, op. cit., p. 33, así como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículo 12, apartado 1», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDESA, 1995, pp. 842-880, y que P. JIMÉNEZ BLANCO refleja en «El Derecho aplicable a las donaciones», *REDI*, 1997, 1, vid. p. 78, en relación con las donaciones *mortis causa*, pp. 77, 78 y notas 65, 70.

⁷ Vid. J. PUENTE EGIDO *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1988, vid. pp. 1177-1178. Aunque el Cc. supuso la codificación del Derecho civil de Castilla, vid. C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, «El Código Civil o la codificación del Derecho castellano», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, t. II, pp. 1205-1229, vid. también F. de CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984 (reedición), p. 200 y nota (3), aunque lo vea como «la base para el futuro Derecho nacional unificado», pp. 209 y 226.

⁸ Vid. artículo 12.2 del Código civil de 1889: «las provincias y territorios en que subsista Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes».

⁹ Vid. A. CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, pp. 16-17. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación...*, op. cit., p. 8, que prefiere «hablar de los derechos civiles que coexisten en España». Aun conociendo estas prevenciones, R. ARENAS GARCÍA, «Derechos forales, ...» op. cit., p. 93, nota 1, emplea «el término *Derechos forales*, ya que esta terminología está plenamente consagrada y no existe riesgo alguno de confusión». Cierto, pero el término *Derecho foral* frente a *Derecho común* implica una situación de desigualdad, de parcialidad frente a universalidad, de obsoleto y tradicional frente a moderno, evolucionado. No traduce lo que es la realidad constitucional. Así, E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 166, ha escrito que «(...) el único Derecho común en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio es precisamente su propio Derecho civil». Cfr., manteniendo esta terminología, L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., pp. 69 y ss., especialmente p. 81.

¹⁰ Ello se constata no sólo en las normas de regulación del tráfico externo, sino también en las de aplicación. Así, en relación con el artículo 12.6 Cc., como pusiera de

lación constitucional y al desarrollo y equiparación de los distintos Derechos civiles, sin que quepa escudarse en el carácter supletorio del Código civil para fundamentar esta perspectiva.

2. Partiendo de estas premisas, el trabajo va a centrar sus esfuerzos en un estudio del Derecho de sucesiones en el ámbito interregional ¹¹. Por consiguiente, se analizarán las relaciones entre los Derechos civiles coexistentes en materia de sucesiones, sometidas a un sistema en el que se interrelacionan distintas técnicas para la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio –norma de conflicto (estatal o convencional) y normas unilaterales contenidas en estos Derechos civiles–. Este estudio tratará de demostrar que la disparidad material condiciona estas interrelaciones y, sobre todo, que las diferencias en los fundamentos de los respectivos Derechos de sucesiones dificultan la adopción de una norma de conflicto estatal que debe ser neutra, por exigencia constitucional.

Un estudio de Derecho interregional debe de estar impregnado de consideraciones de carácter constitucional ¹². En efecto, hay que establecer con qué modelo constitucional contamos para dirimir los conflictos de leyes internos. En este trabajo se parte de la inconstitucionalidad de las normas unilaterales contenidas en los Derechos civiles propios al suponer una agresión a la atribución constitucional de competencia exclusiva al Estado en esta materia. Se mantiene esta posición tanto si se trata de normas contradictorias con la norma de conflicto estatal ¹³, como si se trata de normas de conflicto reite-

relieve N. BOUZA VIDAL, *vid.* «Nota a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 1989», *REDI*, 1990, 1, p. 270, a falta de alegación y prueba del Derecho extranjero no se debe soslayar la pluralidad de Derechos civiles existentes en España, proponiendo en estos casos acudir a soluciones flexibles como la del Derecho más próximo.

¹¹ Se mantiene la inclusión del Derecho interregional en el contenido del DIPr. como disciplina, pese a las diferencias en los presupuestos –unidad jurisdiccional y unidad del ordenamiento–, igualmente J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, UNED, 1997, pp. 61-62; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Rec. des C.*, t. 249 (1994-V), pp. 212-220. Contrarios, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 48-50, posición reiterada en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 1999, a pesar de que admiten la existencia de vías de comunicación; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 104 y ss., aunque matizando en la 3.ª edición, 1996, pp. 99-107.

¹² *Vid.* J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, RSBAP, 1999, pp. 39-62; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 71-89.

¹³ *Vid.* nuestra posición en A. FONT I SEGURA, S. ORRIOLS I GARCÍA, «Reflexions entorn a la rescissió per lesió en dret interregional», *RJC*, 1997, 3, pp. 767-793.

rativas¹⁴. Sin embargo¹⁵, no hay que desdeñar sin más estas normas¹⁶ puesto que, como se pondrá de relieve, en la mayor parte de ocasiones procuran introducir las peculiaridades de las instituciones de Derecho civil propio en la regulación de los conflictos internos. En otras palabras, son «cuñas» normativas que responden a la insatisfacción que produce la solución acogida en las normas de conflicto estatales, máxime cuando existe una gran heterogeneidad en los principios que sustentan las materias reguladas. De esta manera, a una inconstitucionalidad de estas normas unilaterales le corresponde un mayor rigor al legislador estatal, que debe plasmarse en soluciones conflictuales integradoras, en la medida en que sea posible, o soluciones sustantivas que vayan más allá de un neutro planteamiento formal/localizador, cuando existan divergencias principales entre los Derechos civiles españoles. En cualquier caso, debe de tratarse de soluciones respetuosas con todos los Derechos civiles españoles, adoptadas por un legislador estatal que asuma y proteja plenamente la pluralidad de ordenamientos civiles, sin que se fundamente en uno solo de los Derechos civiles españoles.

3. En mi opinión, es en el ámbito del Derecho de sucesiones donde la disparidad normativa –de principios y de soluciones materiales– trasciende con mayor fuerza. La aplicación y *uso* de las instituciones sucesorias reguladas en los distintos Derechos civiles españoles se ha mantenido de manera constante, poniendo de relieve las diferencias substanciales entre los mismos. Debe advertirse, sin embargo, que la mayor parte de las diferencias entre el Código civil y el resto de Derechos civiles¹⁷ proviene de las modificaciones introducidas en 1889 en el citado código, que comportaron el

¹⁴ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 1.º, Madrid, EDERSA, 1997, pp. 132, 140, por ejemplo.

¹⁵ Siguiendo las reflexiones de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», *op. cit.*, pp. 152 a 154.

¹⁶ En relación con su justificación en el marco establecido por el artículo 149.1.8 CE, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, *Derecho civil internacional*, Madrid, 1984, pp. 171-172. Sin embargo, actualmente este autor mantiene la inconstitucionalidad de estas normas autolimitadas, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado», en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, UNED, 1998, p. 71. Sobre la relación de este tipo de normas con las normas de conflicto con anterioridad a la promulgación de la CE, *vid.* O. CASANOVAS y LA ROSA, «El Derecho interregional...», *op. cit.*, p. 220, manteniendo la aplicación de las normas autolimitadas, frente a las de conflicto, en virtud del criterio de especialidad, pese al papel central que deben tener las normas de conflicto. Por consiguiente las normas que determinan su propio ámbito de aplicación deben reducirse al mínimo indispensable, *vid.* p. 231.

¹⁷ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, Capítulo IX, «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 418, «es mayor la diversidad existente entre el Derecho civil común y los Derechos sucesorios forales que la que hay entre cualquiera de ellos y el de algún Estado vecino».

desconocimiento o prohibición de algunas de las instituciones sucesorias conocidas en el Derecho de Castilla (el testamento mancomunado, el testamento por comisario, las memorias, los codicilos, etc.)¹⁸. Basta citar varios ejemplos de esta multiplicidad¹⁹: la institución de heredero es esencial en Cataluña, mientras que en los territorios del antiguo Reino de Castilla la falta de institución de heredero no afecta a la validez de las disposiciones testamentarias; la libertad de testar pasa de ser prácticamente ilimitada en Navarra, donde existe la legítima formal, o en el valle de Ayala, donde la libertad es total, a ser enormemente restringida en Derecho «común»; el testamento mancomunado está prohibido en Derecho «común» mientras que se admite en Aragón, Galicia, Navarra o Vizcaya; los pactos sucesorios son admitidos en Cataluña o Navarra y son prácticamente desconocidos en Derecho «común»; en este último Derecho el testamento es un acto personalísimo y, en cambio, en Vizcaya o Cataluña se admite el testamento por comisario; en Vizcaya existe la sucesión troncal centrada en los bienes y lo mismo sucede en Aragón respecto al derecho de abolorio, mientras que en Derecho «común», y también en Baleares, Navarra o Cataluña, la sucesión es universal y personal; etcétera.

II. LA VOCACIÓN TESTAMENTARIA

1. CAPACIDAD

4. La capacidad activa no está expresamente regulada en DIPr español²⁰, por consiguiente debe aplicarse la norma general en la materia contenida en el artículo 9.1 Cc.²¹. La ley personal, que viene determinada por la vecindad civil en el ámbito interregional, es la que regula la capacidad activa del otorgante. Sin embargo, debe señalarse que, en el plano interregional, los conflictos de leyes en materia de capacidad para testar presentan el perfil de lo que se

¹⁸ Vid. F. SÁNCHEZ-ROMÁN GALLIFA, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 169, 310 y ss.

¹⁹ Destacada por M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, RDP, Madrid, 1933, pp. 264-266. También, aunque de modo negativo, por M. ALONSO MARTÍNEZ, «Fundamento de la doctrina de algunos preceptos del código civil», *Revista de los Tribunales*, t. 33, 1899, n.º 30, pp. 426-427, cit. por J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional...*, op. cit. p. 1188.

²⁰ Situación análoga se da en Derecho comparado, vid. V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 246.

²¹ La jurisprudencia lo confirma tanto con anterioridad al Cc., vid. STS de 27-11-1868, STS de 6-6-1873, STS de 24-5-1886, como con posterioridad, vid. STS de 14-12-1901, STS de 18-3-1925 y STS de 26-1-1928.

ha denominado un falso conflicto, al tener todas los Derechos civiles españoles el mismo contenido²², ya sea por remisión, por supletoriedad o por identidad material.

Por otra parte, el cambio de vecindad civil, o en su caso de nacionalidad, no afecta a la capacidad activa que se tenía en el momento de otorgar la disposición testamentaria, puesto que se proyecta el artículo 666 Cc. al tráfico externo, así como al interregional.

5. Respecto a la capacidad pasiva²³, es necesario aludir a las incapacidades específicas²⁴ –que operan únicamente en la sucesión testamentaria–. Estas incapacidades quedan regidas por la ley sucesoria (ley de la vecindad civil del causante al fallecer). Sin embargo, la aplicación de la ley sucesoria no se ajusta a la realidad, porque la ley que tiene en cuenta el testador es la de su vecindad civil en el momento del otorgamiento, sin que pueda prever cuál será la ley sucesoria, correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de su fallecimiento. El testador no puede ver torcida su voluntad, ni los beneficiados resultar perjudicados, como consecuencia de la aplicación de la ley sucesoria²⁵. Debe ser la *lex testamenti* la que resulte aplicable. De esta manera, debe forzarse la letra del artículo 9.8 Cc. para conseguir este propósito. A esta conclusión se llega mediante una aplicación extensiva del segundo inciso del artículo 9.8 Cc. De la misma forma, este criterio debe prevalecer también para aquellos supuestos en que una de las dos leyes españolas en presencia admite la posibilidad de que se negocie la convalidación de una prohibición de suceder²⁶. Ahora bien, si se aplica con rigor la letra del artículo 9.8 Cc. esta cuestión queda regida por la ley sucesoria, ya que este precepto se limita a establecer que «las disposiciones hechas en testamento [...] **conservarán su validez**»

²² *Vid.* artículos 662 a 666 Cc., ley 184 FNN, artículos 103 y 104 CSCM, artículo 93.1 CDCA.

²³ Para una exposición con carácter general, *vid. infra* núms. marginales 33 y ss.

²⁴ Artículos 752, 753, 754 y 755 Cc.; artículos 126 y 147 CSCM; artículo 160 LSCM; menos restrictiva la ley 153 FNN.

²⁵ Por ejemplo, el artículo 147 CSCM permite disponer en favor de los parientes del notario que autorice el testamento que estén en el tercer grado de afinidad. El artículo 754 Cc., igualmente el artículo 160 LSCM, es más restrictivo, prohíbe disponer a favor de los parientes del notario dentro del cuarto grado. La persona con vecindad civil catalana en el momento de estar no podrá ver anulada su disposición, aunque ostente vecindad civil «común» al morir. Más evidente aún en la ley 153.1 FNN, puesto que la prohibición se limita a las personas que intervengan en la formalización del acto.

²⁶ El conflicto puede plantearse entre el Derecho catalán y cualquier otro Derecho español. En el artículo 128.3 CSCM se admite que la nulidad por causa de prohibición pueda ser objeto de negociación por parte de los interesados, posibilidad que no está prevista en ningún otro Derecho español, que, por el contrario, establecen que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley, por efecto –supletorio o no –del artículo 675.2 Cc.

y en este caso se trata de disposiciones que son nulas *ab origine*. Sin embargo, pueden suscitarse conflictos en cuanto estas disposiciones pueden ser convalidables *post mortem* de conformidad con algún Derecho civil español ²⁷.

Por este motivo, considero que las incapacidades específicas tienen que quedar regidas por el Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de otorgar testamento. Esta opinión se justifica por dos razones. Por una parte, al referirse a la validez debe entenderse incluida la posibilidad de convalidación –aunque sea con posterioridad a la muerte del causante–. Se guarda así la coherencia interna en la regulación del testamento, concediendo a las causas de incapacidad específicas el valor y entidad que tenían conforme al Derecho en virtud del cual se otorgó el testamento. No hay que olvidar que estas prohibiciones vienen referidas al momento preciso en que se otorga el acto de última disposición. Por otra parte, esta solución garantiza la igualdad entre los derechos civiles españoles. En efecto, será la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgar la que abrirá o cerrará la posibilidad de convalidación, con independencia de lo establecido en la ley de la vecindad civil del causante al fallecer (*lex successionis*). Por el contrario, si se parte de que la ley sucesoria rige la sucesión, no cabrá nunca la posibilidad de convalidación, ya que siendo ésta la catalana, la disposición ya es nula de origen conforme a cualquiera de los demás Derechos españoles y además resultaría extraño a los mismos permitir esta convalidación; mientras que si la ley sucesoria es una ley distinta a la catalana tampoco cabrá la aplicación del CSCM –siempre que ésta fuera la vecindad civil del causante en el momento de otorgar testamento– porque lo impedirá la ley sucesoria.

En consecuencia, *de lege lata*, debe mantenerse que la remisión del artículo 9.8 Cc. a la ley de la vecindad civil del causante en el momento de otorgar, en cuanto Derecho que controla la validez del testamento, debe ser entendida de forma amplia y generosa. *De lege ferenda*, considero que la capacidad pasiva quedaría mejor regulada si estuviera regida por la ley personal del disponente en el momento de otorgamiento, lo cual implica en este punto ²⁸ una regulación diferenciada de las sucesiones intestadas y las testamentarias o pactadas.

²⁷ Así, en caso de que el Derecho civil catalán sea de aplicación. Todo ello al margen de que una regulación en este sentido pueda ser justamente criticada, *vid.* E. ROCA I TRÍAS, «Les fases en l'adquisició de l'herència», Capítulo III; en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de successions*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 72.

²⁸ Como veremos, también con carácter general. *Vid. infra* núm. marginal 12.

2. FORMA DEL TESTAMENTO

6. La determinación de aquellas cuestiones que afectan a la forma, y no al fondo, es difícil²⁹. Sin embargo, puede apuntarse con carácter general que en este concepto se integraría la manifestación externa del testamento como acto jurídico³⁰. Esto es, aquellos requisitos cuya existencia no provocan una variación en el contenido del testamento, al ser accesorios desde un punto de vista estrictamente material, aunque sí podrían determinar la nulidad del mismo³¹. Ello nos pone de relieve la particular importancia que tiene la forma al canalizar la voluntad del testador, puesto que nos encontramos ante un negocio jurídico solemne. Sin embargo, no hay que olvidar que estas formalidades no son constitutivas, sino que tienen un valor integrativo³². Esto explica que en aquellos supuestos en que están presentes varios ordenamientos las exigencias relativas a la forma y el cumplimiento de las formalidades adquieren un relieve distinto. En efecto, la vinculación del supuesto sucesorio con diferentes ordenamientos comporta que la forma del testamento pueda quedar regida por alguno de estos Derechos. Se pretende favorecer, así, la validez de las disposiciones testamentarias mediante un juego alternativo de distintos puntos de conexión que designan distintas leyes.

7. Actualmente, en el ordenamiento español, la determinación del Derecho aplicable a la forma de los testamentos, en sentido amplio³³, queda regulada por el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias³⁴,

²⁹ Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, IX sesión, 1960», *REDI*, vol. XIV (1961), p. 187.

³⁰ Sobre el concepto de «forma de los actos» en relación con el artículo 11 Cc., vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 11», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 1995, pp. 805-808.

³¹ Así, artículo 125.1 CSCM, artículo 687 Cc. Igualmente, aunque más amplia, la ley 206 FNN.

³² Vid. E. ROCA TRÍAS, «Les formes testamentàries», Capítulo VII, en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions ...*, op. cit., p. 133, apreciación hecha con respecto al Derecho catalán pero que puede extenderse a todos los Derechos civiles españoles, en particular al Cc., que actúa en este aspecto como Derecho supletorio de la mayor parte de los mismos.

³³ El ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias comprende los testamentos, las memorias y los codicilos y los actos que comporten su revocación, vid. la aclaración realizada por H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», *Conférence de La Haya de Droit International Privé. Actes et Documents*, IX, t. III, p. 160. Ello es importante porque tanto en Derecho civil catalán, mallorquín o navarro se conoce una u otra institución, sino las dos. Sin embargo, no es aplicable a las sucesiones contractuales, puesto que no poseen el carácter esencialmente unilateral y revocable. Vid. H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», op. cit., p. 168.

³⁴ Hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 («BOE» núm. 197, de 17 de agosto de 1988).

con efectos *erga omnes*, de acuerdo con su artículo 6.º De esta manera, el artículo 11 Cc. queda, por lo que se refiere a la forma de las disposiciones testamentarias, vacío de contenido al ser virtualmente derogado por el Convenio³⁵. Aun así, puede cuestionarse si este precepto es aplicable a conflictos internos, dado que el Convenio de La Haya de 1961 no prevé su aplicación para un ámbito puramente interno. La existencia de estas dos regulaciones, autónoma y convencional, en el ordenamiento español tiene que ser salva-da mediante una interpretación analógica del artículo 16.1 Cc. y una constatación de que ambas comprenden el mismo ámbito material, para acabar concluyendo que el Convenio de La Haya de 1961, debido a su carácter universal, rige también los conflictos de leyes internos³⁶. Si no fuera así nos encontraríamos con la paradoja de aplicar el Convenio de La Haya de 1961 para determinar cuál de los Derechos civiles españoles es el aplicable³⁷ en un supuesto con elemento de extranjería en que resulta designado el Derecho español, mientras que en supuestos puramente internos deberíamos de aplicar el artículo 11.1 Cc.³⁸ Se gana en coherencia sin que se cree, por otra parte, una distorsión, ya que ambas regulaciones responden al mismo principio (*favor validitatis*).

³⁵ El Convenio admite la validez formal de una disposición testamentaria como consecuencia de la remisión a una legislación no prevista en el mismo. En este sentido, el artículo 11 Cc. contiene un criterio que el artículo 1.º del Convenio no considera al aceptar la validez formal de los testamentos de acuerdo con la ley aplicable al contenido de los mismos. Sin embargo, este criterio no supone la incorporación de una ley no prevista por el Convenio porque la conexión contenida en el artículo 9.8 Cc. se encuentra ya en el artículo 1 del Convenio. *Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 11», op. cit., pp. 800 y 832.*

³⁶ *Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», REDI, 1993, 1, pp. 131-148. Asimismo favorable, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Les ordres plurilégislatifs ...», op. cit., pp. 172-173. Igualmente, M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», *Conflictos de leyes en el desarrollo ...*, op. cit., pp. 449 y ss. Por el contrario, dejando la cuestión abierta, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», op. cit., pp. 150 y ss. Igualmente, M. REQUEJO ISIDRO, «Artículo 137», epígrafe III, en colaboración con J. M. LETE DEL RÍO, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, EDESA, 1997, pp. 1048 y ss.*

³⁷ El Convenio de La Haya de 1961 contiene una cláusula implícita para resolver la remisión a sistemas plurilegislativos, *vid. artículo 1.2.º*, de tal modo que continuarán operando las conexiones establecidas en las letras a, b, c, d, e, del propio artículo 1.º, salvo el criterio relativo a la nacionalidad que quedará sustituido por el determinado por las normas vigentes en el sistema plurilegislativo y, en su defecto, «por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen ese sistema». El criterio de la nacionalidad será sustituido por el de vecindad civil, de conformidad con el artículo 16.1.1.º Cc.

³⁸ *Cfr., J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones testamentarias: reforma del Código civil español y de la legislación catalana», REDI, 1992, 1, p. 273, mantenía un doble régimen, tráfico externo (arts. 732.2, 733 y 734 Cc. y Convenio de La Haya de 1961) e interregional (arts. 11-1.1 y 2 Cc.), aunque con una visión crítica, vid. pp. 273-275.*

No cabe extenderse en un análisis pormenorizado del Convenio de La Haya de 1961³⁹; con carácter general basta con resaltar que sus objetivos son el *favor testamenti* y el garantizar la validez universal de la forma de la disposición testamentaria en cuestión. Sin embargo, considero interesante señalar tres puntos que se desprenden de su aplicación en España a un ámbito puramente interregional.

A) *Trascendencia del artículo 5.º*

8. En el artículo 5.º del texto convencional se determina la inclusión de aquellas normas que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador o los testigos en el ámbito de aplicación material del Convenio, al considerarlas como cuestiones de forma, en la medida en que supongan un límite a alguna de las formas admitidas de disposiciones testamentarias. Sin embargo, esta inclusión no implica someter la capacidad de los menores en materia de testamento, o como testigos, a la ley que rige la forma⁴⁰. En este sentido, cabe señalar que en distintos Derechos civiles españoles se encuentran diversas normas⁴¹ que limitan las formas admitidas de disposiciones testamentarias por razón de las circunstancias personales referidas en el artículo 5.º del Convenio y que, por consiguiente, deben entenderse incluidas en su ámbito material. De esta manera, éstas no son las únicas normas aplicables para determinar la validez formal de la disposición testamentaria otorgada, ya que estas cuestiones estarán sujetas a alguna de las leyes previstas en el artículo 1.º. Ahora bien, en el ámbito interregional, dada la inexistencia de normas al respecto en alguno de los Derechos civiles españoles –suplidas por el Código civil en virtud del artículo 13.2 del mismo cuerpo legal– y la coincidencia en el contenido de alguno de estos preceptos⁴², el artículo 5.º del Convenio de La Haya tiene escasa relevancia. La aplicación de esta norma básicamente se reduce a dos supuestos. El primero de ellos se suscita a raíz de la posibilidad de que los mayores de

³⁹ Me remito a la bibliografía citada por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 123, en relación con este Convenio.

⁴⁰ Vid. H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», *op. cit.*, p. 168.

⁴¹ Como los artículos 681, y demás disposiciones que a este precepto se remiten al referirse a la presencia de testigos idóneos, como los artículos 697, 707.7.º, 716 *in fine*, 722, etc., 701, 688.1 Cc.; ley 186 FNN –aunque se presume que no se refiere a la vecindad civil tal como se infiere de su segundo párrafo, sino a la vecindad administrativa (vecinos del mismo pueblo o ciudad)–; artículos 98 a 100 LSCM o los artículos 108 y 120 CSCM.

⁴² Vid. artículo 681 Cc. y artículo 108 del CSCM, así como artículo 688.1 Cc. y artículo 120 CSCM.

catorce años puedan ser testigos conforme al artículo 100.1.a) LCSM aragonesa, a diferencia de lo que se prevé en el resto de Derechos civiles en los que los testigos deben tener la mayoría de edad. De este modo, si una persona con vecindad aragonesa otorga testamento fuera de Aragón los testigos podrán tener entre catorce y dieciocho años, así como en el caso de que una persona con otra vecindad otorga testamento en Aragón. Por otra parte, y con mucha menor relevancia, está el supuesto en que una persona de vecindad civil «común», o con otra vecindad civil cuyo Derecho de sucesiones haga una remisión en este punto al Código civil ⁴³ o bien cuando éste actúe supletoriamente ⁴⁴, otorga testamento en Cataluña ⁴⁵ ante testigos mayores de dieciséis años en caso de epidemia, amparándose en el artículo 701 Cc. De conformidad con el artículo 108 CSCM no podrán ser testigos los menores de edad, pero al tratarse de una cuestión que cae dentro del ámbito del artículo 5.º del Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias cabe aplicar alguna de las leyes previstas en el artículo 1.º del texto convencional, y entre ellas está la ley de la nacionalidad poseída por el testador en el momento en que dispuso ⁴⁶. De esta manera, no puede ponerse en duda la validez formal del testamento porque, en la medida en que el Código civil sea el que rija la forma del mismo, en los casos previstos en el artículo 701 Cc. los testigos pueden ser menores de edad –aunque deben ser mayores de dieciséis años ⁴⁷.

Por último, debe concluirse precisando que aquellas circunstancias que impliquen la imposibilidad fáctica, y no un límite formal impuesto por la ley, de seguir las formas generales de manifestar la disposición testamentaria, como la ceguera o la sordera, no son consideradas como circunstancia o cualidad personal en el sentido del artículo 5.º ⁴⁸. Se trata de normas que no comportan *per se* un

⁴³ Vid. ley 188 FNN, artículos 52, 65 y 70 CDCIB, artículo 29 LDCFPV –en relación con el Fuero de Vizcaya–. Con respecto a este último hay que advertir que está regulado el testamento *hil-buruko*, testamento otorgado en peligro inminente de muerte ante tres testigos. Esta forma de otorgar testamento debe ponerse en relación con el artículo 700 Cc., que exige cinco testigos, por lo que el artículo 701 Cc. rige también para las personas con vecindad civil vizcaína aforada.

⁴⁴ Fuero de Álava (*vid.* la remisión general efectuada en el artículo 3 LDCFPV), Derecho gallego (*vid.* la remisión general efectuada en el artículo 3 LDCG) y Derecho aragonés (*vid.* artículo 1 CDCA).

⁴⁵ O a la inversa, persona de vecindad civil catalana que otorgue testamento en territorio español fuera de Cataluña.

⁴⁶ O ley del lugar en que dispuso, para el caso previsto en la nota precedente.

⁴⁷ Se plantea una contradicción entre el artículo 701 Cc. y el 105.3 CSCM, *vid. infra* núm. marginal 11.

⁴⁸ Vid. H. BATHIFFOL, «Rapport explicatif», *op. cit.*, p. 169. No quedan pues incluidos en el artículo 5.º los siguientes preceptos: artículos 697, 708, y 681.2 Cc.; artículos 107.2, 108.2 y 115 CSCM; artículo 136.b) LDCG; artículos 52.b), 65 y 70 CDCIB; artículo 100.1.b) LCSM.

límite formal, sino que adoptan una regla especial relativa a la forma para adaptarse a determinados supuestos fácticos.

B) *Calificación del testamento mancomunado*

9. La ley aplicable al testamento mancomunado se presenta como una cuestión no definitivamente resuelta en Derecho español⁴⁹, dada la disparidad existente y la confusión por lo que se refiere a su calificación. La diversidad se refleja en el hecho de que algunos Derechos civiles lo permiten⁵⁰, mientras que en otro se prohíbe explícitamente⁵¹ y, finalmente, en otros ni se admite ni se prohíbe⁵². Sin embargo, lo que es realmente significativo, desde la perspectiva conflictual, es la falta de acuerdo en calificar el testamento conjunto como una cuestión de fondo o de forma. Ciertamente, la distinción es difícil porque no cabe duda de que si se trata de una cuestión de fondo, ésta se manifiesta mediante un documento único para expresar la voluntad testamentaria de varias personas, mientras que si se trata de una cuestión formal, ésta trasluce una opción de carácter material. Sin embargo, parece necesario pronunciarse en uno u otro sentido sobre este problema. Ello tiene importantes consecuencias porque se aplicará una norma de conflicto u otra en función de la calificación formal o sustantiva⁵³.

Hasta ahora la doctrina ha examinado esta cuestión desde la perspectiva del Derecho contenido en el Código civil⁵⁴, olvidando la existencia de los demás Derechos españoles. En cualquier caso,

⁴⁹ De manera sintética las diferencias se ponen de relieve en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Capítulo 13, «Spain» en *European Succession Laws*, Bristol, Jordans, 1998, p. 315.

⁵⁰ Artículos 102 y ss. LSCM; artículos 137 y ss., LDCG; leyes 199 y ss. FNN y artículos 49 y ss. LDCFPV.

⁵¹ *Vid.* artículo 669 Cc. Debe tenerse en cuenta la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes –*vid.* M. CUADRADO IGLESIAS, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», *RDP*, 1983, pp. 1091-1116–, en cuyo artículo 22.1 se admitía que los cónyuges puedan otorgar testamento abierto mancomunado «a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad». Esta ley –que también admitía el pacto sucesorio, testamento por comisario, etc.– fue derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias («BOE» de 5 de julio). La derogación se debe a la falta de arraigo de estas instituciones en los territorios de derecho común, *vid.* J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. I, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 278-279.

⁵² Cataluña, claramente, y Baleares, aunque el Cc. puede ser aplicado supletoriamente.

⁵³ *Vid.* M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, pp. 1039 y ss.

⁵⁴ Excepción hecha de E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», *RGD*, núms. 541-542, 1989, pp. 6351-6370, y M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*

hay autores que se inclinan por considerar el testamento mancomunado como una institución substantiva⁵⁵ o bien que resulta de la capacidad de los otorgantes⁵⁶, mientras que otros autores lo conceptúan como una de las formas testamentarias, al menos al encuadrarlo en el ámbito del Convenio de 1961 anteriormente citado⁵⁷, y hay quien lo considera una cuestión irrelevante⁵⁸. El problema debe abordarse calificando el instituto desde cada Derecho civil español⁵⁹, con el fin de comparar las distintas aproximaciones y

⁵⁵ Vid. E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, pp. 6355 y 6357, en relación con el testamento mancomunado aragonés. Vid. V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, p. 274, así como p. 288; igualmente en «Conflictos interregionales en Derecho sucesorio», *Libre del II Congrés Jurídic Català*, *op. cit.*, pp. 235-236, al especificar que el testamento mancomunado es una formalidad a regir por el estatuto personal. Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable...», *op. cit.*, p. 188. Vid. A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones en Derecho Internacional Privado*, Granada, Universidad de Granada, 1957, p. 71, calificándolo como cuestión de fondo del testamento, aunque regulándolo por la ley aplicable a la capacidad. Vid. L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, t. I, Bosch, Barcelona, 1995, p. 205, nota 391, Derecho aragonés; p. 239, Fuero Nuevo de Navarra; p. 245, Derecho civil del País Vasco (Vizcaya); y, con carácter general, *vid.* pp. 256-257. Vid. J. M. TRÍAS DE BES Y GIRÓ, «Conflicto de leyes en la sucesión testamentaria», *Estudios de Derecho Sucesorio*, Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona, 1946, pp. 240-241.

⁵⁶ Vid. M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español...*, *op. cit.*, p. 253, aunque al mismo tiempo integra el testamento mancomunado y la prohibición del artículo 733 Cc. como una excepción legal a la regla *locus regit actum*, *vid.* pp. 31-32; *vid.* J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «La sucesión», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 219-220; *vid.* J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Artículo 94», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXIV, vol. 1, Madrid, EDERSA, 1987, p. 104. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ «Los testamentos especiales y los extranjeros», *La reforma de la Compilació. El sistema successorio*, *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa*, Esplugues de Llobregat, Gráficas Signo, 1985, p. 114. Vid. sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Zaragoza de 31 de enero de 1963, confirmada por SAT de 28 de febrero de 1964, *cit.* E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, p. 6357.

⁵⁷ Vid. E. PÉREZ Vera, Capítulo XXII, en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, UNED, Madrid 1996, pp. 220-222; *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, Capítulo IX, «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 402-403. Sin embargo, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional privado español», *RGD*, 1986, núms. 502-503, p. 3114 —estudio anterior a la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1961— considerando que el testamento mancomunado estaba sometido al estatuto personal por la propia naturaleza del mismo, «que no es sólo una forma de testar ni es una mera cuestión de fondo», distinguiendo entre los *testamenta mere simultanea* y los *testamenta correspectiva*.

⁵⁸ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Artículo 733», en *Comentario del Código civil*, Tomo I, (Coord. C. PAZ-ARES), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1835, atendiendo a la naturaleza del precepto. Sin embargo, *vid.* p. 1836, destaca que el objeto del artículo 4.º del Convenio de La Haya de 1961 «es, exclusivamente, la forma del negocio jurídico; mientras que la prohibición del testamento mancomunado existente en ciertos ordenamientos jurídicos es una cuestión distinta y no regulada por el Convenio de 1961»; *vid.* p. 1837, al considerar que la admisibilidad o prohibición queda regida por la «ley rectora de la sucesión de los testadores».

⁵⁹ El Convenio de La Haya de 1961 no implica una calificación formal del testamento conjunto. La forma del testamento mancomunado quedará regida por las leyes contempladas por el artículo 1 del citado Convenio, pero sólo en la medida en que la ley aplicable al fondo admita esta modalidad testamentaria. Vid. H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», *op.*

posteriormente llegar, si es posible, a una calificación *ex ordenamiento* jurídico español. Sólo entonces puede procederse a determinar el Derecho aplicable. Sin considerar la disparidad material en el ordenamiento jurídico español no se puede afrontar correctamente el Derecho de sucesiones.

10. Entrando ya en la calificación del testamento mancomunado se percibe en su regulación —conforme a los Derechos civiles españoles que lo prevén explícitamente— una conceptualización que va más allá de la contemplación de la institución como una mera cuestión de forma. En efecto, el testamento mancomunado tiene un contenido y provoca unos efectos distintos a los del testamento unipersonal⁶⁰, debido a la vinculación entre los testadores surgida a raíz del hecho de testar conjuntamente⁶¹, de ahí las prevenciones en relación a la revocación. Ello indica que el testamento de mancomún es un tipo testamentario, sin perjuicio de que existan reglas relativas a la forma que deban respetarse en el momento de otorgarse. Por lo que se refiere al Derecho aragonés, parece justificable obviar su examen en este punto en atención a la argumentación expuesta por la profesora Zabalo, favorable a una calificación substantiva del testamento de mancomún⁶². Por su parte, el Derecho navarro prevé el llamado

cit., pp. 167-168, así como su informe al Anteproyecto, p. 25. *Vid.* J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable...», *op. cit.*, pp. 187-188; V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, pp. 287-288; L. ROCA -SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 261. Coherente con esta delimitación, la Conferencia de DIPR en el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte incluyó en la regulación relativa a las sucesiones contractuales los testamentos conjuntos. *Vid.* el Informe explicativo de D. W. M. WATERS, en *Actes et Documents de la Seizième session. Successions -loi applicable*, t. II, 1988, pp. 568 y ss.

⁶⁰ *Vid.* el coloquio posterior a la ponencia de F. GARCÍA VICENTE y otros, «El testamento mancomunado», en *Foro de Derecho aragonés. Terceros encuentros*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1994, p. 37, destacando los distintos efectos del testamento mancomunado y el testamento individual, en relación con el Derecho aragonés anterior a la LSCM (*vid.* artículos 104 —efecto de la corresponsabilidad— y 108 —pacto al más viviente—, por remisión del artículo 95 CDCA, *vid.* RDGRN de 23-4-1986, salvo que haya declaración expresa en contrario, *vid.* STSJ de Aragón de 29-5-1991). Igualmente, J. M. ENCISO SÁNCHEZ, «El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro», *RDCA*, 1996, II, núm. 2, pp. 113-128, y A. CALATAYUD SIERRA, «La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespaical», *RDCA*, 1996, II, 2, pp. 99-111.

⁶¹ *Vid.* V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, p. 288. *Vid.* A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 80, subrayando que «el testamento mancomunado no es una unión formal de dos testamentos». *Vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, 1989, p. 6355.

⁶² *Vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, pp. 6354 y ss. *Vid.*, igualmente, F. GARCÍA VICENTE, «El testamento mancomunado», en *Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 12, que lo encuadra en el ámbito de la aptitud para testar, acudiendo al artículo 9.8 Cc., *vid.* p. 11. Debe destacarse que la LSCM ha incorporado novedades a la regulación del testamento mancomunado, a reseñar especialmente la posibilidad de testar en mancomún sin necesidad de que exista un vínculo conyugal entre los otorgantes, pero todo ello no empece a la calificación substantiva defendida por estos autores.

testamento de hermandad que permite testar conjuntamente a cualquier persona de vecindad civil navarra sin necesidad de que sean cónyuges⁶³. Asimismo, se regula la forma de otorgamiento del testamento mancomunado, prohibiendo la forma ológrafa⁶⁴, lo que demuestra que el testamento de hermandad se concibe como una institución de carácter material⁶⁵. Por último, el testamento mancomunado se reincorpora en la LDCFPV con el propósito evidentemente material de preservar y favorecer la troncalidad⁶⁶ y tener en cuenta el régimen económico matrimonial vigente en Vizcaya⁶⁷. En Derecho gallego se ha incorporado también la posibilidad de que los cónyuges puedan otorgar testamento mancomunadamente⁶⁸. Pero parece que el testamento mancomunado se acoge como una forma conjunta de testar en la que permanece la unilateralidad en el fondo⁶⁹. Con todo, se aprecia la distinción entre el testamento individual y el mancomunado en cuanto éste es correspectivo. En cualquier caso, desde el Derecho interregional, el testamento conjunto se adscribe al estatuto sucesorio, y no al estatuto formal⁷⁰.

⁶³ Curiosamente la concordancia de la ley 200 del Fuero Nuevo de Navarra con el Cc. es el artículo 11 y el artículo 732 (*sic*), *vid.* P. DE PABLO CONTRERAS y otros, *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia*, Pamplona, 1988, p. 276.

⁶⁴ A diferencia del Derecho aragonés si atendemos a la STS de 1-2-1969, aplicando el Apéndice al Derecho civil correspondiente a Aragón de 1925, así como al artículo 94 CDCA. Actualmente, con la reciente LSCM, se admite en Derecho aragonés el testamento mancomunado ológrafo (art. 96 LSCM).

⁶⁵ Se deduce asimismo de un argumento sistemático, por cuanto en el FNN se regula el testamento de hermandad en el Título V del Libro II que se refiere al testamento y sus formas, ocupándose el Capítulo II del referido Título a las formas del testamento, mientras que el Capítulo V está dedicado al testamento de hermandad, con la misma entidad que el Capítulo III (codicilo) o el IV (memorias testamentarias), que son cuestiones de fondo, regidas por la ley sucesoria. Sin embargo, *vid.* la ley 193, contenida en el Capítulo II.

⁶⁶ *Vid.* J. de OLEAGA y ECHEVARRÍA, «Testamentos *il-buruko* y mancomunado», *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 192.

⁶⁷ El régimen de comunicación por el que los cónyuges son titulares de la mitad del patrimonio de la sociedad conyugal, *vid.* A. CELAYA IBARRA, *Curso ...*, *op. cit.*, p. 79, quien, de forma coherente, al exponer las formas del testamento no incluye el testamento de hermandad—sino abierto, cerrado, ológrafo e *hil buruko*—, que está ubicado en el Capítulo 7 relativo a las modalidades del testamento.

⁶⁸ Tal como apunta J. M. LETE DEL RÍO, «Artículo 137», *op. cit.*, pp. 1025-1026, era ésta una práctica deseada en Galicia y los notarios se las arreglaban para adaptar los preceptos del Cc. a las necesidades de los disponentes. Por el contrario, F. J. LORENZO MERINO, *El Derecho Civil de Galicia y la propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, Publicacions da Asociación Galega de Estudios Xuridicos, 1992, p. 58, considera que se recoge una tradición previa al Cc.

⁶⁹ *Vid.* M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Del testamento mancomunado», *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1996, pp. 123 y ss., particularmente p. 125. *Vid.* J. M. LETE DEL RÍO, «Artículo 137», *op. cit.*, p. 1028.

⁷⁰ *Vid.* M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Del testamento mancomunado», *op. cit.*, pp. 127-128. *Cfr.* M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, pp. 1042 y ss., quien partiendo de una calificación formal considera que debe ser la ley sucesoria la que rija esta cuestión, dada la particular trascendencia sustantiva de esta forma testamentaria, «como signo del régimen sustancial», p. 1045.

En relación con el Derecho contenido en el Código civil existe una prohibición de testar en mancomún por la que se impone la unilateralidad absoluta ⁷¹. Los motivos que provocaron esta prohibición provienen de los planteamientos seguidos en el Código civil francés. No hay que olvidar que en el Derecho de Castilla anterior al Código civil el testamento mancomunado, aunque excepcional, estaba admitido ⁷² y si la institución —al igual que el testamento por comisario, por ejemplo— se suprimió fue por sus inconvenientes materiales, por sus efectos ⁷³, no en orden a consideraciones de carácter formal ⁷⁴. Se temía que la aceptación del testamento mancomunado se produjera captación de voluntad. Se consideraba también que se violentaba otro de los principios básicos en el Derecho de sucesiones del Código civil, además de la unilateralidad y la libertad de testar, cual es la revocabilidad ⁷⁵. Por consiguiente, la prohibición expresa una preocupación de orden material: se quiere preservar la libertad individual del testador ⁷⁶, el cual debe expresar su voluntad mediante testamento, comprendido como un acto personal ⁷⁷. A mayor abundamiento, la aceptación del testamento mancomunado en la ya derogada Ley 49/1981, del estatuto de la explotación familiar agraria, puso de manifiesto que esta institución comportaba unos efectos que no se consiguen *per se* con el testamento unipersonal, puesto que si se tratara de una mera cuestión formal no se necesitaría excepcionar la prohibición del artículo 669 Cc.

⁷¹ Vid. L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, p. 358.

⁷² Vid. F. Sánchez-Román Gallifa, *Estudios de Derecho civil, op. cit.*, p. 310. Igualmente, *vid.* V. L. Simó Santonja, B. Lober, «Herencias de extranjeros en España», *RDN*, núm. 95, 1977, p. 122. También M. Cuadrado Iglesias, «El testamento mancomunado ...», *op. cit.*, pp. 1092-1093. De ahí la disposición transitoria segunda del Cc., que tolera la validez de los testamentos mancomunados otorgados bajo el régimen anterior.

⁷³ Vid. W. Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado, II*, Buenos Aires, E. J. E. A., 1954, pp. 345 y ss., encuadrando el otorgamiento de testamento mancomunado en el artículo 11 Cc., aceptando que los extranjeros puedan otorgar testamentos mancomunados en territorio de Derecho común, al contener el párrafo 1.º del artículo 11 Cc. una regla facultativa. Pero obsérvese la posición del autor en caso de que no se comparta su posición: «pero aun aceptando el carácter obligatorio del art. 11, pár. 1.º, C. c. debe admitirse el testamento mancomunado de los extranjeros otorgados en el territorio español de Derecho común. En efecto, no se trata en el art. 669 C.c. de la prohibición de una forma especial; tampoco se trata de una incapacidad especial. Se trata más bien de la prohibición de una institución (testamento mancomunado) en atención a sus efectos (irrevocabilidad después de la muerte de uno de los testadores) considerados como perjudiciales...», *vid.* p. 346.

⁷⁴ Cfr. J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 323.

⁷⁵ Vid. D. Espín Cánovas, «Artículo 669», en *Comentario del Código civil*, tomo I, (Coord. C. Paz-Ares), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1682. *Id.*, asimismo, J. D. González Campos, «Artículo 733», *op. cit.*, p. 1837.

⁷⁶ Vid. STS de 29-1-1960, calificando a la mancomunidad como vicio de fondo.

⁷⁷ Vid. D. Espín Cánovas, «Artículo 669», *op. cit.*, p. 1683.

En definitiva, puede concluirse que el testamento mancomunado comporta una regulación de carácter material, tanto respecto de los Derechos que lo admiten, como de aquél que lo prohíbe. Esta posición repercute en el tratamiento conflictual, de manera que la ley que rige esta modalidad testamentaria es la *lex successionis*, designada por el artículo 9.8 Cc.⁷⁸.

C) *Existencia de normas unilaterales en relación a la forma en algunos Derechos civiles españoles*

11. Algunos Derechos civiles españoles poseen normas que fijan el ámbito de aplicación territorial de determinadas cuestiones de forma⁷⁹. El carácter territorial de estas normas podría impedir el juego alternativo previsto el artículo 1.º del Convenio de La Haya de 1961. Se presenta, entonces, una disputa entre la norma de conflicto general, que admite la aplicación de varias leyes para conseguir la validez del testamento, y las normas autolimitadas especiales.

En mi opinión, las normas autolimitadas autonómicas deben ceder ante el principio *favor validitatis testamenti* —compartido por todos los Derechos españoles—⁸⁰ y no obstaculizar el juego alternativo del artículo 1.º del Convenio de La Haya. La aplicación de estas normas autonómicas debe limitarse a supuestos puramente internos⁸¹ —sin factor de interregionalidad—; en caso contrario incurren en el riesgo de que puedan ser consideradas inconstitucionales. En efecto, no cabe aducir ningún pretexto para justificar la necesidad de tales disposiciones. Primero, se trata de normas que pertenecen a dos esferas distintas: por una parte, norma relativa a los conflictos de leyes y, por otra parte, norma

⁷⁸ El panorama es más complejo porque varios Derechos españoles se sirven de una norma para extender la prohibición o admisión de este testamento. Al ser una cuestión de fondo, *vid. infra* núms. marginales 19, 20 y 21.

⁷⁹ *Vid.* artículo 105.3 del CSCM «No serán válidos los testamentos otorgados en Cataluña exclusivamente ante testigos»; ley 185 FNN «En los testamentos otorgados en Navarra los testigos deberán ser idóneos y rogados»; artículo 98.1 LSCM «En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en un testador o que expresamente lo requieran uno de los testadores o el Notario autorizante». El artículo 30 LDCEPV «En ningún testamento notarial otorgado en el territorio de Bizkaia será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran el testador o el Notario autorizante», presenta un problema diferente.

⁸⁰ Igualmente, J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones ...», *op. cit.*, p. 275, en relación con el artículo 105.3 CSCM. *Vid.* también M. GARRIDO MELERO, «La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual», *La Notaría*, 1996, 7-8, pp. 175-177.

⁸¹ Contraria a esta interpretación, en relación con la norma catalana, *vid.* E. ROCA I TRÍAS, «Les formes testamentàries», *op. cit.*, p. 134.

autonómica material de Derecho civil. Segundo, no puede sustentarse la necesidad ineludible del cumplimiento de tal formalidad, dado que ésta no tiene por qué cumplirse en la medida en que una persona con vecindad civil de una de estas Comunidades Autónomas otorgue testamento fuera del territorio de su Comunidad Autónoma. Por lo tanto, no se trata de solemnidades esenciales ni imprescindibles que puedan encuadrarse en el artículo 11.2 Cc. El requisito no va ligado a la ley personal de los otorgantes con vecindad civil aragonesa, catalana, navarra o vasca, según el caso. Tercero, no puede sostenerse que estas disposiciones sean garantía de la supervivencia de las instituciones de estos Derechos civiles, ni tampoco alegar su origen histórico —que, por otra parte, sólo puede presentarse respecto al artículo 105.3 CSCM—. Por último, no cabe alterar la voluntad convencional —en la medida en que ello se acepte— con este tipo de normas porque supone mediatizar su objeto ⁸².

Por otra parte, el artículo 30 LDCFPV tiene que ser analizado desde dos perspectivas: como norma de carácter territorial en supuestos interregionales y como norma relativa a la forma en supuestos internos (territorio de Vizcaya). En el plano interregional no tiene el inconveniente que presentan normas de otros Derechos civiles españoles, que impiden el juego alternativo en el que se fundamenta el artículo 1.º del Convenio de La Haya de 1961. El artículo 30 LDCFPV no entorpece la aplicación a la forma del testamento notarial de una ley distinta a la del lugar de otorgamiento, basta con que el testador o el notario autorizante requieran la intervención de testigos en la medida en que la forma quede regida por una ley distinta a la vizcaína ⁸³. Desde este ángulo, lo mismo puede decirse de la norma aragonesa (artículo 98.1 LSCM). Ahora bien, si analizamos el artículo 30 LDCFPV desde una perspectiva interna, nos encontramos con que se adopta una norma que tiene un alcance que va más allá del Infanzonado, ámbito territorial del Fuero de Vizcaya, y se extiende a todo el territorio no aforado. En este sentido, creo que puede

⁸² En consecuencia: una persona con vecindad civil «común» podrá otorgar testamento en Cataluña exclusivamente ante testigos, en las condiciones previstas en los artículos 700 y 701 Cc. o bien otorgar el acto de última disposición siguiendo las formas establecidas en la legislación catalana; una persona que ostente vecindad civil catalana podrá otorgar testamento en Navarra exclusivamente ante testigos, que deberán ser idóneos y rogados (leyes 185 y 186.1 FNN) o bien, ante Notario sin intervención de testigos (artículo 107 CSCM); y, finalmente, una persona con vecindad civil navarra podrá otorgar testamento notarial en Vizcaya sin necesidad de que intervengan testigos (artículo 30 LDCFPV) o bien otorgarlo ante párroco o clérigo ordenado de presbítero (leyes 186.3, 187, 190 y 191 del FNN).

⁸³ Por ejemplo, porque el testador ostente la vecindad civil navarra y prefiera otorgar testamento conforme a su ley personal, en cuyo caso deberán intervenir dos o siete testigos, en función de si el testamento es abierto o cerrado; *vid.* ley 188 FNN.

considerarse inconstitucional ⁸⁴, puesto que el legislador autonómico no tiene competencia atribuida para adoptar una norma de este tipo ⁸⁵. Ciertamente, se trata de un falso conflicto porque tanto en el Fuero de Vizcaya como en el Código civil, artículos 697 y 707, los testigos son innecesarios. Pero si ambos Derechos civiles tuvieran normas contradictorias, surgiría el dilema de saber qué ley rige la situación ⁸⁶.

3. LEY APLICABLE AL FONDO

A) Lex successionis y lex testamenti

12. El artículo 9.8 Cc. declara aplicable al fondo de la sucesión hereditaria la ley personal del causante al tiempo del fallecimiento ⁸⁷, pero introduce una salvedad para el caso de que se haya otorgado testamento o dispuesto en pacto sucesorio ostentando otra ley personal, de tal manera que estas disposiciones conservarán su validez conforme a la ley de la vecindad del testador o disponente. La incorporación de esta previsión es positiva al comportar el respeto a la voluntad del testador en el marco de un ordenamiento jurídico ⁸⁸, pero no puede negarse que la ley que rige la sucesión, y con ella el contenido del testamento, es la de la vecindad del causante en el momento de su fallecimiento. En efecto, el artículo 9.8 Cc. no efectúa en rigor una distinción conflictual entre la sucesión prevista por el causante (testada o paccionada) y la intestada. El precepto únicamente prevé una cláusula para garantizar que la voluntad del causante expresada en las consiguientes disposiciones sea tenida en cuenta al ordenar su sucesión, pero dentro del margen de disposi-

⁸⁴ De ahí nace el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra el artículo 30 LDCFPV, del que más tarde desistió el Gobierno que consideraba, además, que atentaba contra la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de instrumentos públicos. En efecto, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad, de 7 de noviembre de 1992, contra algunas de las disposiciones de la LDCFPV, pero finalmente desistió, de conformidad con el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/1992, de 27 de mayo de 1993, por inexistencia de fundamentos jurídicos suficientes y, en consecuencia, el TC no se ha pronunciado al respecto al tenerlo por desistido por Auto de 1 de diciembre de 1993.

⁸⁵ Sin embargo, *vid.* el artículo 6.2 LDCFPV.

⁸⁶ Supongamos que el Cc. se modifica y se exige la intervención de testigos: ¿sería aplicable el artículo 30 LDCFPV –testigos innecesarios– si se trata de un testador vizcaíno no aforado que otorga testamento notarial en Bilbao en relación a bienes situados en Durango?

⁸⁷ Este criterio se sostenía incluso con anterioridad a la entrada en vigor del Cc. *Vid.*, en relación con supuestos interregionales, RDGR de 28-4-1876; STS de 5-7-1893; STS de 16-12-1894; STS de 14-12-1901.

⁸⁸ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDESA, 1995, p. 370.

ción concedido conforme a la *lex successionis*⁸⁹. Hubiera sido mejor disponer que la sucesión intestada quedara regida por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, mientras que la sucesión testada o paccionada quedara regida por la ley nacional del causante en el momento del otorgamiento.

La oportunidad de un cambio legislativo que apueste por regular la sucesión testamentaria, y paccionada, de acuerdo con la ley correspondiente a la vecindad civil del disponente se puede reforzar con un par de ejemplos que ponen de relieve el desajuste que provoca el actual artículo 9.8 Cc. con la voluntad adoptada por el disponente en el marco de su ley personal. Estos ejemplos tienen, si cabe, mayor fuerza porque demuestran que, ante una sucesión testamentaria en la que el causante ostentaba en el momento de disponer una vecindad civil distinta a la poseída en el momento de fallecer, el desajuste provocado por la actual normativa no se limita únicamente a un tema tan importante como las legítimas, sino que puede afectar también a otros aspectos de la sucesión.

Uno de los aspectos en los que se perciben los inconvenientes de la solución establecida en el citado precepto se encuentra en la institución del albaceazgo. Éste no es un supuesto banal puesto que en la práctica cada vez se ve con mayor frecuencia el nombramiento de un albacea para que ejecute las disposiciones testamentarias. Desde la perspectiva del Derecho interregional cabe decir, en primer lugar, que la ley que rige esta institución es la ley sucesoria designada por el artículo 9.8 Cc.⁹⁰ Sin embargo, no es ésta una solución adecuada puesto que la disparidad en la regulación del albaceazgo de los distintos Derechos civiles españoles distorsiona la voluntad prevista por el testador que fallece ostentando otra vecindad civil. El problema se ciñe al Derecho foral navarro, el Derecho civil catalán, el Derecho civil aragonés y el Derecho civil del Código civil, que actúa supletoriamente respecto de los demás Derechos sucesorios españoles. Ciertamente, no se da entre estos Derechos una regulación substancialmente diferente, pero existe algún punto en el que hay divergencias. En efecto, en el carácter retribuido o gratuito del ejercicio del cargo de albacea se manifiesta una de las disparidades. Así, mientras que el artículo 908 Cc. parte del principio de gratuidad, el Derecho civil catalán –art. 314 CSCM–, establece que al albacea universal le corresponde el diez por ciento del valor de la herencia y al albacea particular el dos por ciento del activo hereditario líquido

⁸⁹ Se concede un margen a la autonomía privada, pero no a la autonomía de la voluntad en el sentido del DIPr., *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 9.º 8», *op. cit.*, p. 97.

⁹⁰ *Vid.* L. PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967, pp. 293 y ss. –con especial referencia al carácter retribuido o gratuito del cargo, p. 294–, en relación con el antiguo artículo 10.2 Cc.

o de los bienes objeto de partición. Por su parte, en Derecho foral navarro, en la medida en que el causante no haya dispuesto otra cosa, se estará a la costumbre del lugar o, en su defecto, a lo que fuere equitativo. El Derecho aragonés, artículo 169 LSCM, concede una completa libertad en las determinaciones que establezca el disponente, lo cual atañe tanto a la retribución del albacea, como a las facultades otorgadas para la ejecución. En este sentido, otra de las disparidades es el abanico de funciones que puede desempeñar el albacea universal; basta comparar las limitadas facultades atribuidas por el artículo 902 Cc. con el artículo 316 CSCM ⁹¹, la ley 296 FNN o el mencionado artículo 169 LSCM, para constatar las diferencias.

Las incongruencias se ponen de relieve de inmediato: la sucesión de una persona con vecindad civil «común» que dispone el nombramiento de un albacea universal –sin indicación del ejercicio de una función especial, ni mención de la retribución–, y fallece ostentando vecindad civil navarra o catalana, se verá alterada por la aplicación de la ley de la última vecindad civil. Muy probablemente, la voluntad del disponente habría sido otra si hubiera conocido las consecuencias que acarrea en Derecho navarro o catalán el nombramiento de albacea universal, por ejemplo.

El disponente nombra un albacea presumiblemente informado de los efectos que comporta su decisión, conoce por tanto las facultades que por ministerio de la ley se le atribuyen al ejecutor testamentario y la previsión relativa a la eventual retribución por el desempeño del cargo. No cabe duda alguna de que el nombramiento se lleva a cabo en función de la normativa contenida en la ley personal ostentada en el momento de disposición. En este sentido, la ley sucesoria puede alterar la voluntad del causante: ya sea porque el elenco de facultades sea más amplio o restringido de lo previsto, ya sea porque el albacea perciba o deje de percibir una remuneración. Puede aducirse que las facultades concedidas son atribuidas por ministerio de la ley, por lo que el disponente no tiene margen de actuación. Sin embargo, debe contestarse que esto no es cierto en todos los Derechos civiles españoles ⁹² que regulan esta figura y, además, debe añadirse que la institución del albacea es puramente facultativa y voluntaria, de manera que el cambio en la ley que tenía que regir la sucesión, debido al cambio de vecindad civil, perturba el fundamento de la opción escogida por el disponente.

⁹¹ Para una comparación entre la regulación del Cc. y la del Derecho catalán *vid.* M. ALBALADEJO GARCÍA, *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, 1969.

⁹² Así el Derecho aragonés, *vid.* artículo 169 LSCM.

Otro ámbito en el que se produce una distorsión en la voluntad del causante se suscita por la existencia de la cuarta falcidia en Derecho catalán y mallorquín⁹³. Se trata de una institución heredada del Derecho romano, y desconocida en el resto de Derechos civiles, que permite al heredero excesivamente grabado con legados retener en propiedad una cuarta parte del activo hereditario líquido, reduciendo los legados. No habrá problemas si el testador, con vecindad catalana o balear, al disponer prohíbe al heredero la retención de la cuarta falcidia. Sin embargo, el dilema surge cuando el testador no dispone nada al respecto, sabiendo que con el silencio permite al heredero el ejercicio de la cuarta falcidia. En mi opinión, no parece adecuado que el heredero no pueda ejercitar la cuarta falcidia simplemente porque el disponente falleció ostentando una vecindad cuya legislación no conoce esta institución. El otorgante con vecindad catalana o balear instituyó heredero y no le impidió el derecho a detraer la falcidia y el cambio de vecindad civil no debe alterar la regulación de aquella sucesión dispuesta en el marco de un Derecho civil simplemente porque la ley sucesoria no acoge el derecho a la cuarta falcidia⁹⁴. Debe decirse, sin embargo, que a la luz del artículo 9.8 Cc. es más difícil sostener aquí la aplicación de la ley personal del disponente. En efecto, la posibilidad de ejercitar la cuarta falcidia no es propiamente una disposición hecha en testamento –a diferencia del nombramiento del albacea– sino un derecho que tiene el heredero en la medida en que el contenido del testamento y la sucesión estén regidos por la ley catalana o balear, disposiciones aplicables a Mallorca. De esta forma, en los supuestos en los que se ha dado un conflicto móvil en el que estos Derechos se hayan visto involucrados se produce una variación en el planteamiento sucesorio no prevista por el causante, ya sea porque cabe el ejercicio de la cuarta falcidia, ya sea porque no cabe.

En definitiva, es necesario mantener una interpretación amplia o flexible del 2.º inciso del artículo 9.8 Cc. que limite la aplicación de la *lex successionis* al tema de las legítimas en los supuestos en que se produzca un conflicto móvil, aun cuando debe admitirse que esta solución tampoco es completamente aceptable. Primero, porque no resuelve todos los problemas y segundo porque la excepción relativa a las legítimas no es tampoco conveniente en el

⁹³ Artículos 274 CSCM y 38 CDCIB, respectivamente.

⁹⁴ El supuesto puede darse a la inversa, ejercicio de la cuarta falcidia por parte del heredero de una sucesión en la que el causante no se había planteado nunca esta posibilidad. Sin embargo, dudo que pueda darse en la práctica porque lo lógico sería que el disponente hubiera distribuido toda la herencia en legados, posibilidad no admitida en los Derechos aplicables en Cataluña y Mallorca, en los que la institución de heredero es esencial, y sólo éste puede ejercitar la cuarta falcidia.

tráfico interregional. Ello es así no sólo por los desajustes entre la voluntad del disponente, manifestada en el marco de la ley personal ostentada en el acto de disposición, y la ley sucesoria, sino también porque rompe con la preservación del principio de igualdad exigible en las relaciones entre los distintos Derechos civiles españoles.

B) Lex sucessionis y sistema legitimario

13. La solución óptima es la de regular esta materia mediante normas de conflicto independientes con el fin de tratar separadamente ambos tipos de sucesión, la voluntaria y la legal, debido al distinto fundamento que las sustenta. Ciertamente, se aborda un mismo problema que es el de la sucesión del causante en la titularidad de las relaciones jurídicas⁹⁵. Sin embargo, el método seguido es distinto. La sucesión ordenada por el causante supone que éste tiene la facultad de disponer cuál será el destino de sus bienes, dentro de los márgenes de libertad que le conceda el ordenamiento. Por el contrario, la sucesión legal responde a un esquema que se basa en el reparto de los bienes del causante atendiendo a la particular concepción de la institución familiar en una determinada sociedad. En consecuencia, la sucesión legal no comporta suplantar la voluntad del disponente, ni la sucesión voluntaria es una excepción a las legítimas, a las que incluso se puede renunciar en alguno de los Derechos civiles españoles⁹⁶. La libertad de disposición del causante es el principio sobre el que se asienta la regulación de la sucesión hereditaria —la voluntad del testador es la ley de la sucesión—, de tal modo que la sucesión legal actúa subsidiariamente, en defecto de aquella libertad, y la atribución de derechos a los legitimarios tiene un ámbito limitado⁹⁷.

⁹⁵ Hay que considerar, sin embargo, el principio de troncalidad, *vid. infra* núms. marginales 17 y 18.

⁹⁶ Por ejemplo, la definición (arts. 50 y 83 CDCIB), o la apartación (arts. 134 y ss. de la LDCG) o la renuncia con límites en el artículo 377 CSCM. La renuncia está también prevista en el artículo 177.3 LSCM, pero no afecta, salvo declaración en contra, a los derechos del renunciante en la sucesión intestada ni a los que se originen por disposiciones testamentarias del causante. Asimismo, cabe inferir de la ley 155 FNN la admisión implícita a la renuncia, pero no tiene mucho sentido si consideramos el sistema legitimario navarro. Sin embargo, en el Cc. la renuncia está prohibida (arts. 816 y 1271 Cc.).

⁹⁷ J. J. LÓPEZ BURNIOL, *vid. lección inaugural de los Estudios de Derecho de la UOC «Perspectivas del régimen jurídico patrimonial de la familia» (4-10-1997)*, ha llegado a decir que «la convicción social dominante es contraria al mantenimiento de la legítima, se plantea la cuestión de optar entre su supresión, la limitación de su alcance o la erosión de su protección», refiriéndose a la realidad social catalana y su Derecho civil. Sin embargo, estas reflexiones son compartidas también en otros ámbitos geográficos. En este sentido, el legislador aragonés recientemente ha reducido a la mitad del caudal la porción legitimaria

Estas premisas, compartidas por todos los Derechos españoles –aunque pueda haber diferencias de matiz–, deben tener reflejo en la regulación del tráfico interregional. Teniendo en cuenta estas consideraciones es lógico pensar que la ley que rija una sucesión testada o paccionada sea la correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento del otorgamiento. En efecto, el testador o disponente ordena su sucesión de acuerdo con esta ley, tiene presente la regulación relativa a los distintos modos de vocación, a la capacidad, a los límites de disposición –especialmente–, etc. En definitiva, es el marco legal en el que debería encuadrarse la voluntad del causante. Aplicar la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento supone torcer los cálculos y expectativas en los que se ha basado el testador o disponente en el momento de otorgamiento⁹⁸, además de distorsionar el principio sobre el que se asienta la sucesión hereditaria en DIPr. español: el principio de unidad y universalidad. En consecuencia, no se trataría únicamente de aplicar la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgamiento con el fin de limitarse a mantener la validez de las disposiciones hechas en testamento o pacto sucesorio, sino de que esta ley fuera la que rigiera la totalidad de la sucesión, también las legítimas⁹⁹.

14. En la práctica –acogiendo una interpretación amplia del 2.º inciso del artículo 9.8 Cc.– esto ya es así¹⁰⁰, y, conforme al artículo 9.8 Cc., solamente quedan al margen de la ley de la vecindad civil del causante al momento del otorgamiento las legítimas. Sin embargo, entiendo que sería deseable que las legítimas también quedaran sujetas a la *lex testamenti*. En este sentido, me adhiero a la argumentación de ARECHEDERRA¹⁰¹, que sintetizo brevemente. La legítima no es únicamente una norma imperativa, es un rasgo

–anteriormente eran los dos tercios– atendiendo a las voces «procedentes sobre todo de los ambientes urbanos», *vid.* el epígrafe VIII del Preámbulo a la LSCM.

⁹⁸ Cabe trasladar aquí, *mutatis mutandis*, los argumentos apuntados para rechazar el reenvío en los supuestos en los que interviene la autonomía de la voluntad, entre los que se encuentra la sucesión voluntaria –aunque en este supuesto se trata de una autonomía material y no conflictual–, *vid.*, por todos, N. BOUZA VIDAL, «Artículo 12.2.º», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 1995, p. 893.

⁹⁹ Hay que tener en cuenta que los sistemas legitimarios existentes en los Derechos civiles españoles son completamente diversos, tanto por lo que se refiere a la cuantía, como por lo que se refiere al título recibido por el legitimario en la sucesión (*legítima pars bonorum* –Cc.–, *legítima pars valoris* –Derecho gallego o catalán–), que son cuestiones que están en directa consonancia con los principios que rigen cada Derecho sucesorio.

¹⁰⁰ *Vid.* A. CALATAYUD SIERRA, «La institución hereditaria...», *op. cit.*, p. 110.

¹⁰¹ *Vid.* L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional», *RDP*, 1976, pp. 503-515. También está presente el ajuste legitimario a que obliga el artículo 9.8 Cc., con los contratiempos que implica, en el estudio crítico realizado por A. URRUTIA BADIOLA, «El conflicto de leyes y las sucesiones en Derecho civil foral del País Vasco», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 261-285.

del sistema en el que se ejerce la facultad de disponer. En cada Derecho civil español este rasgo adquiere un carácter distinto configurando «una libertad de disposición diversamente modulada». El testamento es un negocio jurídico perfecto en el momento de otorgamiento, aunque su eficacia sea diferida, por consiguiente no cabe mantener la subsistencia de un testamento otorgado en virtud de un ordenamiento, para aplicarle un régimen legitimario nuevo perteneciente a otro ordenamiento. Esta situación conculca un derecho adquirido. Ello, si cabe, es aún más cierto respecto a los pactos sucesorios¹⁰². Por otra parte, el precepto contenido en el artículo 9.8 Cc. puede plantear problemas si tenemos en cuenta no sólo el aspecto material, el *quantum*, de la legítima –lo que comporta un ajustamiento en la partición y en el cómputo–, sino también el aspecto formal, esto es, en orden a la preterición, lo que podría comportar una nulidad de la institución de herederos –afectando a la validez de las disposiciones testamentarias–. En definitiva, dada la naturaleza de la legítima, como derecho enraizado en el ámbito familiar que se incardina en un fenómeno de autonomía privada al limitar su margen de maniobra, y no como un derecho a la herencia que nace con la muerte del causante, hay que concluir que ésta debería ser encuadrada en el Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento. En caso contrario, se pone de relieve una toma de posición de la norma de conflicto en favor de los principios sucesorios del Código civil.

La opción de política legislativa de este precepto, y la carencia de neutralidad, se constata si se compara con el artículo 134 LDCFPV¹⁰³. La norma vasca determina el ámbito de aplicación extraterritorial de la *más absoluta libertad de testar*, prevista en el Fuero de Ayala, mediante la vecindad civil como criterio de delimitación unilateral. En esta norma se fija tácitamente la relevancia de la vecindad foral de Ayala **en el momento de la disposición**, precisamente porque el sistema legitimario no tiene una trascendencia esencial. En cualquier caso, se plantea un conflicto entre esta norma unilateral, que permite el apartamiento, y el artículo 9.8 Cc. que exige que se respeten las legítimas previstas en la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. Desde luego, se impone la aplicación del artículo 9.8 Cc. que es la norma que regula los conflictos interregionales, pero se evidencia la fractura del principio de neutralidad exigible a la norma de conflicto estatal.

¹⁰² Vid. *infra* núm. marginal 25.

¹⁰³ Vid. A. FONT SEGURA, «Los artículos 134 LDCFPV y 9.8 Cc. en el marco constitucional», *Conflictos de leyes en el desarrollo ...*, *op. cit.*, pp. 407-426.

15. Las críticas expuestas anteriormente adquieren mayor profundidad con la entrada en vigor de la CE. En efecto, del texto constitucional se desprende el principio de igualdad existente entre los distintos Derechos civiles españoles, cuya concreción comporta un trato neutro en la determinación del Derecho aplicable en supuestos interregionales. El legislador estatal debe adoptar normas de Derecho interregional ejerciendo una competencia exclusiva que le ha sido encomendada en el marco del principio de lealtad autonómica, sin que su intervención pueda producir un trato preferente en favor de uno de los Derechos españoles¹⁰⁴. El artículo 9.8 Cc. parte de una concepción legitimaria del Derecho sucesorio y ésta se da básicamente en el Código civil. La identificación, o si se quiere la vinculación, entre esta concepción existente en el Derecho civil «común» es tan sólida¹⁰⁵ que incluso la jurisprudencia ha llegado a proyectar en supuestos de tráfico externo el carácter esencial de las legítimas, al afirmar que su existencia es una cuestión de orden público internacional, aunque posteriormente se ha rectificado esta posición¹⁰⁶.

Con todo, no puede tacharse de forma contundente el artículo 9.8 Cc. de inconstitucional – al menos con la actual jurisprudencia constitucional en la materia –, pese a que es evidente que supone facilitar, de manera indirecta, una aplicación del sistema de legítimas contenido en el Cc¹⁰⁷. La aplicación de la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer, en tanto ley

¹⁰⁴ Vid. E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica...*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁵ La vinculación entre el sistema legitimario castellano y el artículo 9.8 Cc. la pone en evidencia R. DURÁN RIVACOPA, «Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos interregionales», *Poder Judicial*, núm. 35, 1994, pp. 93-94, que plantea la creación de un orden público en el marco interregional en el que incluiría «las limitaciones a la disposición del causante, así las legítimas», aunque luego templó su afirmación.

¹⁰⁶ El TS, sentencia de 23 de octubre de 1992, parece considerar a las legítimas de orden público –aunque no queda claro si la existencia de las legítimas es una cuestión de orden público, o bien si lo que constituye el orden público español es el principio «antes es pagar que heredar»–. En caso de que se refiera a la existencia de las legítimas la sentencia es errónea, teniendo en cuenta que uno de los Derechos civiles españoles establece la libertad absoluta del testador (*vid.* art. 134 LDCFPV, relativo al Fuero de Ayala). Por su parte, la sentencia de 15 de noviembre de 1996 [*vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a la sentencia 887/1996 del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 15 de noviembre de 1996», *REDI*, 1997, 1, pp. 265-268] confirma la apreciación apuntada, ya que el TS declara de manera contundente que «la legítima (...) no pertenece a materia protegida por el orden público interno» (*sic.*).

¹⁰⁷ Vid. L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios...», *op. cit.*, p. 513. Igualmente, en relación con los derechos del cónyuge viudo y las legítimas de los descendientes, poniendo de relieve este desequilibrio entre los Derechos civiles españoles, *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica...*, *op. cit.*, 1993, pp. 176 y ss., particularmente p. 183. Apuntando las dificultades de coordinación entre los derechos de los descendientes legitimarios y los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge viudo, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, «Els conflictes de lleis derivats de la coexistència de diversos ordenaments jurídics civils a l'Estat espanyol i l'últim incís de l'art. 9.8 C.c.», *La Notaría*, 1996, 4, p. 116.

sucesoria que debe regir indefectiblemente las legítimas, se fundamenta en una conexión que objetivamente guarda una estrecha relación con el supuesto regulado, aunque pueda esconder una opción de política legislativa no compartida por todos los Derechos civiles españoles. Su constitucionalidad es, pues, dudosa y puede aducirse una deslealtad constitucional del legislador estatal por su dejación en el deber de neutralidad. Por ello, desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero más acertada y respetuosa con la realidad constitucional la utilización de otro criterio de conexión: vecindad civil ostentada en el momento de disponer.

Esta opción no estaría exenta de problemas puesto que la facultad de disposición es móvil en el tiempo, cabiendo modificaciones o revocaciones del testamento anterior ostentando ya otra vecindad civil, con un sistema legitimario distinto, ya sea más amplio o estricto¹⁰⁸. De esta manera, la voluntad *mortis causa* expresada en un momento posterior, cuando se ostente otra vecindad civil, supondrá enmarcar la libertad de disposición en el Derecho de sucesiones establecido por la nueva ley personal. La virtud de esta conexión se centra en que se garantizan las expectativas del testador por la seguridad jurídica que aporta. Si bien es cierto que ello puede suponer una inclinación en favor de aquellos Derechos civiles que tienen un sistema legitimario estricto —*ad ex*. Cataluña—, colectivo con posible apartamiento o atribución de carácter simbólico —*ad ex*. Vizcaya o Aragón, respectivamente— o puramente formal —*ad ex*. Navarra.

16. En definitiva, el problema que suscita el artículo 9.8 Cc. es básicamente el de acoger una conexión que de hecho es aplicable únicamente a las legítimas, que altera el marco legal en el que se manifestó la voluntad del disponente. Esta situación podría resolverse de dos formas distintas:

a) Teniendo en cuenta la construcción del artículo 9.8 Cc. —que contempla la aplicación de un Derecho para la validez del acto de disposición y otro a las legítimas¹⁰⁹— cabría proponer *de lege ferenda* una norma de adaptación. Esto es, una norma que salvara la contraposición entre Derechos que tuvieran sistemas legitimarios radicalmente diferentes, de tal modo que se valorara la existencia de una desproporción importante entre el sistema de

¹⁰⁸ L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios...», *op. cit.*, p. 514, propone que la adquisición de una nueva vecindad civil, con un sistema legitimario distinto, suponga una ampliación o una restricción del alcance de la facultad revocatoria.

¹⁰⁹ Esta afirmación se realiza con todos los matices, porque es evidente que la ley sucesoria es la correspondiente a la ley personal del causante en el momento de fallecimiento. El artículo 9.8 Cc. no acoge propiamente dos normas de conflicto, una aplicable al acto de disposición y otra a las legítimas.

legítimas previsto en la ley de la vecindad civil ostentada en el momento de disponer y el concebido en la ley de la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. Constatada esta desproporción ¹¹⁰ el juez debería arbitrar una solución que estuviera a medio camino entre los dos Derechos españoles en presencia. Sin embargo, ello debería quedar recogido en una norma estatal que, sin proceder a una regulación rígida, otorgara una cierta flexibilidad al juez para acoger las pretensiones de los legitimarios o herederos —dependiendo del caso— que se vieren perjudicados excesivamente por el cambio de vecindad civil del causante. De este modo, apreciada la diferencia substancial en el régimen de cuotas legitimarias de los dos Derechos en presencia, se podría llegar a una salomónica división en mitades —una para los herederos, otra para los legitimarios— de la diferencia existente entre uno y otro sistema de cuotas. Sin embargo, no debería tratarse de una operación automática puesto que debería valorarse la voluntad del causante, el principio *favor testamenti*, la mayor vinculación del supuesto con uno u otro Derecho, lugar de situación de los bienes, etc. En base a este análisis previo se procedería a realizar la media aritmética propuesta.

b) En mi opinión, sin embargo, mejor sería modificar por completo el artículo 9.8 Cc., de tal suerte que la sucesión hereditaria testada, o establecida en pacto sucesorio, quedara regida por la ley personal en el momento de disponer. Esta ley regiría el contenido de la sucesión, comprendiendo por tanto las legítimas. Sin embargo, en atención al eventual conflicto móvil provocado, sería necesario dotar a la norma de una cierta flexibilidad en su aplicación con el fin de tener en cuenta el problema considerado anteriormente: el desajuste entre sistemas legitimarios demasiado alejados, el relativo a la vecindad civil poseída en el momento de disponer y el que derive de la ley de la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. La flexibilidad permitiría llegar a una solución como la que se ha expuesto precedentemente.

Por otra parte, ambas soluciones tendrían un carácter preventivo, o incluso de evicción, respecto de los supuestos de fraude de ley ¹¹¹, pese a las dificultades de prueba ¹¹². Hay que tener en cuenta

¹¹⁰ La desproporción debería ser importante. Por ejemplo, la que existe entre el sistema del Fuero de Ayala (*vid.* arts. 134 y ss. LDCFPV) y el del Cc. (*vid.* art. 808, aquí habría que tener en cuenta la disposición o no de la mejora); o la del FNN (legítima formal, *vid.* ley 267) y la aragonesa (legítima material colectiva, *vid.* arts. 171 y ss. LSCM).

¹¹¹ *Vid.* J. A. PASTOR RIDRUEJO, «El fraude de ley en el Derecho interregional español», *REDI*, 1966, 1, pp. 40-55; R. DURÁN RIVACOBA, «Igualdad jurídica, ...», *op. cit.*, pp. 67-105.

¹¹² *Vid.* J. M. TRÍAS DE BES y GIRÓ, «Conflicto de leyes...», *op. cit.*, pp. 262-263.

que este riesgo se produce tanto si la ley sucesoria es la personal en el momento de fallecer¹¹³, cuanto si ésta fuera la ley personal en el momento de disponer. En efecto, quedaría paliada la aplicación fraudulenta de un sistema legitimario —o su inexistencia— substancialmente diferente, como consecuencia del cambio de vecindad civil, con una solución que se moviera en el ámbito de la adaptación de la flexibilidad, como las propuestas.

C) *Excepción a la unidad y universalidad: el principio de troncalidad*

17. Otro problema suscitado por el artículo 9.8 Cc. en el ámbito interregional deriva de que se fundamenta en el principio de unidad y universalidad de la sucesión¹¹⁴, cuando no es ésta una base que todos los Derechos civiles españoles compartan¹¹⁵. En efecto, el Fuero de Vizcaya contiene el principio de troncalidad¹¹⁶ que supone un límite a la facultad de disponer con el fin de mantener los bienes raíces situados en la Tierra Llana —o en los términos municipales de Llodio y Aramayo— en una misma

¹¹³ Vid. J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido», *RGLJ*, 1974, pp. 421-422; igualmente en «La sucesión en el Derecho civil internacional español», en M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Lecciones de Derecho civil internacional español*, Madrid, UCM, 1983, p. 304. Para un supuesto de fraude de ley en materia de sucesiones, vid. SAT de Pamplona de 22-11-1965, vid. J. A. PASTOR RIDRUEJO, «El fraude de ley...», *op. cit.*, p. 44. Vid. también STS de 5-4-1994, aunque la doctrina pone en duda la existencia de fraude de ley, vid. J. M. ARRIOLA ARANA, «Vecindad civil y nulidad de testamento», *RJN*, 1995, pp. 9-51, asimismo vid. E. ZABALO ESCUDERO «El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994», *Poder Judicial*, núm. 36, 1994, pp. 397-402. Puede contrastarse esta sentencia con la STS de 6-6-1927 en la que se aplica el Derecho vizcaíno sin que la vecindad foral esté bien fundada, vid. las observaciones de J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1406.

¹¹⁴ Mantenido con anterioridad al Cc., vid. *ad ex.* STS de 6-6-1873, STS de 5-7-1893, RDGRN de 28-4-1876.

¹¹⁵ Sin embargo, vid. la pregunta apuntada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», *op. cit.*, p. 154, que merece ser transcrita «la configuración de muchas de las soluciones que contiene el Derecho civil gallego en materia sucesoria se vincula a la realidad del agro gallego, de la estructura de la sociedad rural gallega y, en fin, de la estructura de la propiedad. Desde este presupuesto, ¿resulta satisfactorio que la vecindad civil del causante como circunstancia determinante de la aplicación de un Derecho civil cualquiera de los vigentes en España no tenga en cuenta tal circunstancia? ¿Acaso no podría considerarse —y no estoy tomando con ello posición alguna— la eventualidad de una delimitación territorial, conocida de otros sistemas que someten la sucesión de los inmuebles a la Ley de situación?». Sobre el derecho de abolitorio aragonés vid. *infra* núm. marginal 18.

¹¹⁶ Ciertamente, la troncalidad es conocida de un modo u otro en distintos Derechos civiles españoles (Navarra, ley 305 y ss. FNN; Cataluña, art. 349 CSCM; Cc., art. 811 —cuya única precisión, relevante tanto para supuestos externos como interregionales, aportada por STS de 31-10-1964, *RAJ* 1964, 4860, ha sido la de establecer que se aplica la ley de la nacionalidad del descendiente transmisor en el momento de fallecer—), pero no se rompe con la universalidad.

familia¹¹⁷. Se trata de bienes que están gravados en lo que a su destino se refiere, de tal manera que en materia de sucesiones estos bienes quedan separados al no seguir las reglas de la sucesión personal puesto que la transmisión pivota en torno al vínculo que tienen los parientes con el bien raíz sito en la Tierra Llana. El eje sobre el que descansa la sucesión de los bienes troncales es, por tanto, la territorialidad¹¹⁸. De esta forma, se rompe también la exigible neutralidad de la norma de conflicto en el ámbito interregional. Sin embargo, este principio fue conocido, respetado y asumido por el legislador de 1889¹¹⁹ y aceptado y mantenido por la jurisprudencia¹²⁰. Actualmente, ha sido el legislador vasco —extralimitándose en sus competencias, aunque con una solución substancialmente acertada— el que ha adoptado una regulación en relación a esta cuestión en el artículo 23 LDCFPV. Por una parte, los bienes raíces tienen que estar situados en la Tierra Llana y, por otra parte, están sujetos al principio de troncalidad los vizcaínos —tanto los aforados como los que no lo son—, aunque pierdan esta vecindad civil. El artículo 23 LDCFPV pretende adoptar una solución respecto a la exigencia de conexiones personales¹²¹ con el Fuero de Vizcaya, pero el precepto no ha cerrado definitivamente la controversia¹²².

¹¹⁷ Vid. A. CELAYA IBARRA, *op. cit.*, pp. 55 y ss., L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 576-579.

¹¹⁸ Vid. STS de 27-1-1913, en referencia al artículo 10, en su último párrafo, Cc., que «estatuye literalmente el concepto *así troncales*, con referencia a las tierras y heredades, sitas en el Juzgado y tierra llana, prescindiendo en absoluto de la condición de las personas para asignar a dichos bienes tal carácter de troncales, lo que constituye un Estatuto real y un verdadero principio de territorialidad».

¹¹⁹ El Fuero de 1526 contenía, en la Ley 15 del Título XX, una norma que extendía el principio de troncalidad a los vecinos de las villas que tuvieran bienes en la Tierra Llana. El Cc. de 1889, artículo 10.3, respetó esta disposición remitiéndose a la misma. La reforma del Título Preliminar del Cc. supuso la derogación de esta norma, que había sido incorporada en la Compilación de 1959.

¹²⁰ Tanto anterior al Cc., *vid.* STS de 8-6-1874, STS de 23-2-1882, RDGRN de 24-4-1883, como posterior, *vid.* STS de 11-11-1902, STS de 27-1-1913, STS de 18-3-1925, STS de 6-6-1927, STS de 26-1-1928, STS de 4-6-1955 (RJ 1955, 1721). En todos estos supuestos se daba alguna vinculación personal con el Fuero de Vizcaya, pero el TS tenía como único referente el hecho de que las fincas estuvieran sitas en tierra infanzona. Debe destacarse que existen sentencias que se han separado de la línea jurisprudencial al exigir, además de que el bien esté situado en la Tierra Llana, que el transmitente tenga la condición de vizcaíno aforado (RDGRN de 4-7-1911, STS de 11-10-1960, RJ 1960, 3083) o que el heredero troncal ostente también esta vecindad aforada (STS de 6-3-1965, RJ 1965, 1292, y STS de 30-11-1977, RJ 1977, 4601). En contra de estas últimas sentencias *vid.* la STSJPV de 10-9-1992 (RJ 1992, 10269).

¹²¹ Cuestión que, como se ha visto, no estaba definitivamente resuelta por la jurisprudencia, *vid. supra* nota precedente, *vid.* J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1399 en observaciones a la STS de 18-3-1925.

¹²² Según A. M.^a URRUTIA BADIOLA, «Ámbito territorial y personal de aplicación del Fuero Civil de Bizkaia. La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones *inter vivos* de los bienes troncales: la *saca foral*», *El Derecho Foral Vasco ...*, *op. cit.*, p. 54, al utilizarse la fórmula «derechos y obligaciones» en el artículo 23 LDCFPV se alude al sujeto activo (pariente tronquero) y al sujeto pasivo (titular del bien troncal que se transmite). En cam-

Desde una perspectiva material la solución es adecuada y no hace más que recoger la tradición histórica, lo que, desde esta perspectiva, puede llevar a admitir su constitucionalidad¹²³. Sin embargo, cabe poner reparos en su constitucionalidad porque la norma no se ciñe a regir supuestos *ad intra*¹²⁴. Ello es así en la medida en que la troncalidad continúa vigente para aquellos vizcaínos que han perdido esta vecindad. En este sentido, la norma que rija la sucesión de estas personas será la que corresponda a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer, pero la ley sucesoria deberá asumir el principio de troncalidad respecto a los bienes raíces sitos en tierra infanzona. Es evidente que la norma regula supuestos con *factor de interregionalidad*¹²⁵. El legislador estatal debería arbitrar una solución mediante una disposición complementaria al artículo 9.8 Cc. que resolviera los conflictos surgidos por la aplicación acumulada del Fuero de Vizcaya y otro Derecho civil español. Una solución satisfactoria podría pasar por una cláusula que respetara el principio de troncalidad¹²⁶ remitiendo a la normativa vasca, que impone no sólo que los bienes raíces estén sitos en tierra infanzona, sino también que el titular de los mismos sea o hubiera sido vizcaíno. Sin embargo, sería necesaria también una norma que permitiera adaptar el principio de troncalidad con el sistema legitimario de la ley sucesoria que rige la masa de bienes hereditarios no sujetos al régimen de linaje de los bienes, de la misma forma en que lo hace el artículo 25 LDCFPV respecto a los vizcaínos no aforados¹²⁷.

bio, A. CELAYA IBARRA, *op. cit.*, p. 53, considera que este precepto elimina la exigencia de una segunda conexión personal (condición de vizcaíno de quien ejercita el derecho de saca). Siguiendo esta perspectiva, J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*, Oñati, IVAP, 1995, p. 70.

¹²³ Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹²⁴ Aunque ésta es la voluntad del legislador. Así, el artículo 25 LDCFPV piensa únicamente en conciliar la ley sucesoria del vizcaíno no aforado, cuya sucesión se rige por lo demás por el Cc., con la troncalidad.

¹²⁵ No está claro, en cambio, si regula supuestos de tráfico externo: en caso de que fallezca un español, con vecindad civil vizcaína, que pierde la nacionalidad española y con ella la vecindad civil, ¿será de aplicación el principio de troncalidad respecto de los bienes raíces situados en la Tierra Llana, junto con la ley sucesoria extranjera? Así parece entenderlo L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 578. Siendo así, el principio de troncalidad tiene una clara dimensión *ad extra*, no se limita a supuestos interregionales, lo que parece correcto aunque mal situado. El legislador estatal debe asumir y prever esta situación en el marco de sus competencias.

¹²⁶ Por ejemplo, mediante una disposición inspirada en el artículo 15 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 o en el artículo 3099.2 del Código civil del Quebec.

¹²⁷ El artículo 25 LDCFPV está pensado para hacer compatibles el principio troncal del Fuero de Vizcaya con las legítimas del Cc., al que están sometidos los vizcaínos no aforados.

18. No está, en cambio, definitivamente resuelto el tratamiento de los derechos de abolorio contenidos en el Derecho aragonés¹²⁸. El legislador aragonés, acertadamente, no ha regulado el ámbito de aplicación espacial de la institución porque en Aragón no pueden suscitarse conflictos –verdadera puerta falsa en la LDCFPV–. Sin embargo, dadas las características del derecho de abolorio, puede afirmarse que es necesaria una intervención legislativa a quien le corresponde. El derecho de abolorio es un derecho real de adquisición preferente que tienen reconocido por ley los parientes colaterales de la línea de procedencia de los bienes. El vacío legal en la delimitación de su ámbito de aplicación espacial ha generado decisiones contradictorias que van desde su inclusión al estatuto real¹²⁹ a su comprensión en el estatuto personal¹³⁰. La solución pasa por una regla mixta de carácter estatal que, partiendo del principio de territorialidad, incorpore conexiones de carácter personal¹³¹.

D) *Profusión de normas unilaterales: especial referencia al testamento mancomunado*

19. Algunas legislaciones civiles españolas contienen normas unilaterales que delimitan el ámbito de aplicación del Derecho sucesorio propio. Estas normas no pueden substraerse de un análisis constitucional al ejercer una competencia que le es atribuida de manera exclusiva al Estado (art. 149.1.8 CE)¹³². En la medida en que se presenten contradicciones con el criterio de conexión utilizado en el artículo 9.8 Cc.¹³³ se impone el precepto estatal.

20. Una peculiar situación se constata en relación con el testamento mancomunado, puesto que muchos de los Derechos civiles españoles contienen normas unilaterales, que quieren garantizar o

¹²⁸ Vid. artículo 212 LSCM. Vid. J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.), 1980, pp. 125-142.

¹²⁹ STS de 4-12-1912.

¹³⁰ SAT de Zaragoza, de 23-1-1967. La misma línea parece seguir la AP Zaragoza, sentencia de 18-1-1991, que vincula los artículos 16.1, 9.1 y 9.8 Cc. al artículo 133 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y, en consecuencia, tiene en consideración únicamente la vecindad civil aragonesa del causante.

¹³¹ Del mismo modo que se resuelve el principio de troncalidad vizcaíno: inmueble en Aragón, disponente aragonés, o que lo hubiera sido. Vid. J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, op. cit., pp. 134 y ss., aunque no presenta una regla simple que garantice una seguridad jurídica suficiente.

¹³² Vid. *supra* núm. marginal 2.

¹³³ La ley 148 FNN sigue un criterio similar que la norma de conflicto estatal, pero no idéntico porque preserva únicamente la validez formal, y no intrínseca, del acto de disposición conforme a la ley a que se hallaren sometidos al tiempo de su celebración. Sobre el artículo 134 LDCFPV, vid. *supra* núm. marginal 15.

bien la prohibición del testamento mancomunado¹³⁴, o bien su otorgamiento¹³⁵, extendiendo su ámbito de aplicación a supuestos internacionales¹³⁶. En realidad, se trata de falsas normas de extensión puesto que responden a un temor que se ve alejado mediante la aplicación de la ley que rige la sucesión testamentaria. Actualmente, el artículo 9.8 Cc. admite la conservación de la validez del tipo de testamento otorgado conforme a la ley personal del otorgante en el momento en que se realice el acto de disposición. Luego, todas estas normas de extensión son redundantes¹³⁷ dado que en todos los casos la norma de extensión pivota en torno a la vecindad civil, como criterio personal, de la misma forma que el artículo 9.8 Cc. se fundamenta en la nacionalidad, a sustituir por la vecindad civil en el plano interregional. La confusión proviene, a mi entender, de la falta de una norma específica al respecto en el artículo 9.8 Cc., que parece actuar en este aspecto como la proyección de un solo Derecho civil español –el castellano, que prevé la prohibición del testamento mancomunado y la extensión de la misma– sin considerar la pervivencia de la institución en otros Derechos civiles españoles. Por ello o bien se sigue la opción de que en el artículo 9.8 Cc. se integra el testamento mancomunado, o bien debe concluirse que el artículo 9.8 Cc. tiene que completarse con alguna de las normas de extensión apuntadas, en función de la vecindad civil del otorgante. Me parece más acertada la primera opción.

¹³⁴ Artículo 733 Cc., actuando como norma de extensión del Derecho civil de Castilla.

¹³⁵ Vid. ley 200 FNN, artículo 102 LSCM y artículo 137 LDCG. Cabe destacar la ley 200 FNN, y no por su contenido, sino porque entra en contradicción directa con la ley 193. En efecto, según esta norma «Se aplicarán en Navarra las disposiciones de los artículos 688 a 693, 697 y 698, 701 y 702 y 716 a 736 del Código Civil, en cuanto a los respectivos testamentos» (el destacado es del autor). Por consiguiente, se remite también al artículo 733 Cc., que contiene una norma de extensión que prohíbe los testamentos mancomunados otorgados por españoles en país extranjero. La contradicción debe salvarse acudiendo al propio contenido del FNN que admite el testamento mancomunado, de tal suerte que es más coherente una norma de extensión como la ley 200 que la acogida en el artículo 733 Cc., tributaria de la prohibición contenida en el artículo 669 Cc.

¹³⁶ Son normas que pueden ser aceptadas ya que se adoptaron, excepto la gallega, con anterioridad a la promulgación de la CE por el legislador estatal. El artículo 137 LDCG se adoptó el año 1995 por lo que, junto con E. M. RODRÍGUEZ GAYÁN, «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional», *RGD*, núm. 622, 1996, p. 8083, no se entiende su incorporación al ser una norma unilateral que también regula conflictos de leyes y, por lo tanto, es de competencia exclusiva del Estado. Por otra parte, al ser reiterativa, no está justificada para garantizar que la institución no sea desnaturalizada. Vid. igualmente M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, p. 1033. Considerando también inconstitucional sobre el mismo fundamento el artículo 94 CDCA –actualmente 102 LSCM–, pese a ser aquella una norma adoptada por el legislador estatal con anterioridad a la CE, vid. J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Artículo 94», *op. cit.*, p. 105.

¹³⁷ En el mismo sentido, J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones...», *op. cit.*, p. 276, aunque no incluye en su apreciación al artículo 733 Cc. Igualmente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», *REDI*, 1995, p. 477, en relación con el artículo 137 LDCG, advirtiendo con acierto de su inconstitucionalidad al invadir una competencia exclusiva del Estado.

De esta manera, si una persona sujeta al Código civil testa mancomunadamente en Alemania —cuya legislación conoce esta modalidad testamentaria— no tendrá más remedio que constatar la nulidad del mismo en España, porque en el Derecho civil correspondiente a su vecindad civil está prevista una prohibición, artículo 669 Cc., que se vería apoyada, de forma redundante, por el artículo 733 Cc.¹³⁸. En cambio, el testamento mancomunado de cónyuges aragoneses en Francia, donde está prohibido, tendrá efectos en España, porque el Derecho civil designado por su vecindad civil lo admite. No importa, pues, ni el artículo 733 Cc., ni el artículo 102.1 LSCM, respectivamente, que únicamente aseguran, de manera reiterada, el cumplimiento de una norma contenida en el estatuto sucesorio aplicable al testamento.

La redundancia de estas normas se demuestra claramente mediante un supuesto puramente interregional, es nulo el testamento mancomunado otorgado en Aragón por personas sometidas al Código civil y ello porque, siguiendo al artículo 16 Cc., la ley que rige aquel testamento queda determinada por el artículo 9.8 Cc. El Derecho designado no es otro que el contenido en el Código civil, debido a la vecindad civil de los disponentes en el momento del otorgamiento, que establece la prohibición de testar conjuntamente. Esta prohibición resulta de la aplicación del artículo 669 Cc., no de la aplicación del artículo 733 Cc.¹³⁹, pensado para supuestos de tráfico externo. El ejemplo sirve además para constatar que nos encontramos ante una cuestión de fondo, porque sino el testamento otorgado en Aragón por personas sometidas al Código civil sería válido en virtud de la regla *lex loci regit actum*, tanto en virtud del artículo 1 del Convenio de La Haya de 1961, como a consecuencia de la aplicación del artículo 11 Cc., si no se acepta la aplicación del Convenio a supuestos interregionales.

21. La escasa importancia de estas normas de extensión se pone de relieve en el Derecho de Vizcaya. El Derecho vizcaíno admite el testamento de hermandad entre cónyuges, pero no contiene una norma que delimite el ámbito de aplicación personal en el sentido en el que se encuentra en otros Derechos civiles españoles. Aún así, los cónyuges vizcaínos de la Tierra Llana que pretendan

¹³⁸ Salvo que el supuesto hubiera caído dentro del ámbito de la Ley de explotación familiar agraria, en cuyo caso se exceptionaba el artículo 669 y el artículo 733 Cc., *vid. M. CUADRADO IGLESIAS*, «El testamento mancomunado...», *op. cit.*, p. 1105.

¹³⁹ El artículo 733 Cc. no es una excepción al artículo 11.1 Cc., *vid. A. MIAJA DE LA MUELA*, *Derecho internacional privado*, II, «Derechos de sucesiones», Capítulo XIV, rev. N. BOUZA VIDAL, Madrid, Marcial Pons, 1987, pp. 536-537. Tampoco una concreción del artículo 11.2 Cc., *vid. E. PÉREZ VERA*, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, UNED, 1980, p. 255. Cfr. J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones...», *op. cit.*, p. 274.

testar conjuntamente lo podrán otorgar, tanto en el extranjero, como en España, con independencia de que la regulación del lugar en que se realice el acto lo prohíba. Simplemente, porque el artículo 9.8 Cc. determina la aplicación de la ley de la vecindad civil vizcaína que prevé esta modalidad testamentaria, sin que ni el artículo 669 Cc., ni el artículo 733 Cc., puedan ser aplicables, al no estar sujetos al Código civil los vizcaínos aforados.

El problema existente en el Derecho vizcaíno proviene del artículo 13 LDCFPV¹⁴⁰. Este precepto extiende la posibilidad de que los vizcaínos de las villas, los no aforados y sujetos al Código civil, puedan otorgar testamento de hermandad o por comisario de acuerdo con el Fuero de Vizcaya. En rigor, los vizcaínos no aforados no pueden testar mancomunadamente *ex* artículo 669 Cc., ni por comisario *ex* artículo 670 Cc.¹⁴¹, de forma que, a primera vista, el mencionado artículo 13 comporta una extensión del Fuero de Vizcaya a personas que no están vinculadas al mismo en virtud de su vecindad civil¹⁴². Sin embargo, los vizcaínos de villa están sujetos en algunos aspectos –disposición de los bienes troncales, lo que condiciona su enajenación a la saca foral y en orden a la sucesión al respeto de los derechos de los tronqueros– al Derecho de Vizcaya, lo que permite distinguir entre vizcaínos aforados y vizcaínos de villa¹⁴³, pero también la vizcainía de la vecindad civil «común»¹⁴⁴. Por otra parte, con anterioridad a la promulgación del Código civil los vizcaínos de las villas utilizaban instrumentos propios de la transmisión foral de bienes (pactos sucesorios, testamentos mancomunados o por comisario), tradición que fue trunca da por la expresa prohibición de los artículos 669 y 670 Cc.¹⁴⁵. Por

¹⁴⁰ Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, pp. 54-58, cuyos argumentos recojo. Aunque debe precisarse que este autor parece considerar que los testamentos mancomunados y por comisario, a los que se refiere el mencionado artículo 13, son una cuestión de forma, *vid.* p. 54 y nota 109. No estoy de acuerdo, porque si se tratara de una «singular aplicación de la regla *locus regit actum*» no hubiera sido necesario el artículo 13. Precisamente, su virtud, y el recelo –injustificado, como veremos– que despierta esta disposición, estriba en que rompe la prohibición establecida en el artículo 669 Cc., y en el artículo 670 Cc., al estar contenida en el estatuto sucesorio determinado por la vecindad civil, y no en el estatuto formal.

¹⁴¹ Aunque deben tenerse en cuenta los artículos 831 y 1057 Cc., además de la Ley de explotación familiar agraria (art. 22), en el tiempo en que estuvo vigente 1981-1995.

¹⁴² Por este motivo, V. GUILARTE ZAPATERO, «Actualidad y perspectivas del pluralismo legislativo en el Derecho civil español», Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993, p. 60 se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de este precepto. *Vid.* nota 84.

¹⁴³ Vecindad foral plena y la vecindad foral menos plena, calificadas de este modo por J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, p. 55, en atención a la distinción efectuada por la propia LDCFPV en su artículo 12.

¹⁴⁴ Para un análisis del ámbito de aplicación territorial y personal de los Derechos civiles en el País Vasco, *vid.* A. M.^º URRUTIA BADIOLA, *op. cit.*, pp. 35-50; A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

¹⁴⁵ Vid. A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 50.

consiguiente, atendiendo a estas particularidades, el artículo 13 LDCFPV no hace más que retornar a la situación originaria¹⁴⁶ y responde al objetivo de pretender sortear los problemas surgidos a raíz de la existencia de dos legislaciones (conflicto local¹⁴⁷) en un ámbito territorial muy reducido¹⁴⁸. El artículo 13 se limita a resolver un conflicto local; el precepto vincula únicamente a los vizcaínos no aforados. Por fin, no es ajeno a este precepto el riesgo que se corría de que la supervivencia del testamento mancomunado quedara en entredicho.

22. Sin embargo, hay que admitir que, pese a los problemas de constitucionalidad, estas normas de extensión tienen la virtud de resolver con claridad el rechazo o aceptación del testamento otorgado conjuntamente fuera del territorio en que es vigente el Derecho civil en cuestión. El problema se suscita respecto de aquellos Derechos españoles que no tienen este tipo de normas de extensión porque no prevén ni la admisión ni la prohibición de otorgamiento de testamento mancomunado. Éste es el caso del Derecho catalán y el Derecho balear donde no se conoce el testamento mancomunado. Puede entonces plantearse si un catalán o un balear podrán testar conjuntamente en territorio español, cuya legislación admita esta particular disposición testamentaria, o en el extranjero, o les será de aplicación el artículo 733 Cc., actuando como norma de Derecho supletorio¹⁴⁹. La cuestión debe resolverse conforme al Derecho correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgamiento. Por tanto, siendo aplicable el Derecho civil catalán o balear, se estará al sistema de fuentes establecido en cada uno de los sistemas civiles, únicamente en caso de que no pueda llegarse a una solución concluyente cabría acudir al Código civil¹⁵⁰. No obstante, la supletoriedad del Código civil no

¹⁴⁶ Repetidamente ignorada por la jurisprudencia, *vid.* STS de 6-6-1927, STS de 24-2-1936 (*RJ* 1936, 483), STS de 11-10-1960 (*RJ* 1960, 3083), STS de 6-3-1965 (*RJ* 1965, 1292) y STS de 15-10-1990 (*RJ* 1990, 7868). Ignorando que en el Fuero de Vizcaya de 1526 se facultaba a los vecinos de villa a disponer como el vecino de la Tierra Llana, Ley I y Ley III, Título XXI.

¹⁴⁷ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, p. 57, señala que el artículo 13 de la Ley 3/1992 pretende resolver un conflicto en el ámbito interlocal, «en una proyección *ad intra* del sistema».

¹⁴⁸ *Vid.* A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁹ Según D. ESPÍN CÁNOVAS, «Artículo 669», *op. cit.*, p. 1683, la prohibición del artículo 669 Cc. «se aplica a los demás españoles de Derecho común o foral cuyo ordenamiento especial no autorice este testamento por aplicación subsidiaria en este último caso del CC (art. 13 II).» y, en consecuencia –se puede añadir–, tampoco podrán testar conjuntamente en país extranjero en virtud del artículo 733 Cc. Igualmente M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado...», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, p. 442, nota 3. *Cfr.*, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Artículo 733 Cc.», *op. cit.*, p. 1835, especifica que su ámbito de aplicación personal son los españoles que tienen vecindad civil en territorio de Derecho «común».

¹⁵⁰ Como sistema de heterointegración, *vid.* E. ROCA I TRIAS, Capítulo III «Aplicación del Dret civil català. Interpretació. Integració», en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRIAS, *Ins-*

parece razonable en relación con el Derecho de sucesiones catalán dado el carácter completo del CSCM¹⁵¹. Este dato, y la admisión del heredamiento mutuo preventivo, no muy alejado del testamento mancomunado¹⁵², lleva a afirmar que en Derecho de sucesiones catalán no cabe una prohibición taxativa del mismo¹⁵³.

Nótese que estamos extrayendo una conclusión del Derecho civil correspondiente a la vecindad ostentada por el otorgante en el momento de disposición, por efecto de la designación realizada por el artículo 9.8 Cc. Siendo así no se comprende el segundo párrafo del artículo 102 LSCM¹⁵⁴ que, además de reiterativo, comporta un factor de interregionalidad —e incluso de internacionalidad— evidente y, en consecuencia, debe ser considerado inconstitucional al invadir una competencia exclusiva del Estado¹⁵⁵. La validez del acto de disposición de una persona de vecindad civil distinta a la aragonesa que otorga testamento de mancomún con una persona de vecindad aragonesa corresponde determinarla de conformidad con la ley designada por la norma estatal, y ello tanto si el testamento se otorga en Aragón como fuera de su territorio. La previsión realizada por el legislador aragonés no es, en sí misma, negativa¹⁵⁶. La crítica se fundamenta por no venir de quien procede: el legislador estatal, confirmando la dejación de la función constitucional que le ha sido asignada.

titucions..., vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 78 y ss., en relación con el Derecho catalán, con carácter general.

¹⁵¹ *Vid.* el Preámbulo, en el apartado I relativo a la finalidad de la ley.

¹⁵² *Vid.* el Preámbulo del Código de sucesiones, apartado IV relativo al contenido de la ley, cuando especifica las principales modificaciones introducidas en la regulación de los heredamientos, «c) (...) Se estima que una utilización correcta de los heredamientos mutuales y los preventivos a favor de los hijos permitirá a los esposos el disponer conjuntamente, en un solo acto y en un solo documento, de sus bienes con carácter revocable o irrevocable, a elección suya» (el destacado es del autor). No se trata, ciertamente, de un testamento mancomunado sino de un pacto sucesorio, pese a su singularidad ya que se admite la revocación unilateral, pero esta revocación no afecta a las disposiciones correspectivas.

¹⁵³ *Vid.* L. PUIG I FERRIOL, Capítulo XXII «Els heretaments (Conclusió)», *op. cit.*, p. 376, ve al artículo 669 Cc. como un precepto extraño al Derecho sucesorio catalán. El testamento mancomunado se vino otorgando en algunas comarcas catalanas hasta la promulgación del Código civil. Prueba de ello es la Circular del Colegio Notarial de Barcelona, de 20-12-1889, recordando a los Notarios la norma prohibitiva del Cc., *vid.* J. J. LÓPEZ BURNIOL, «Perspectivas...», *op. cit.* La existencia de este precedente histórico planteó la revitalización del mismo y su eventual incorporación en el CSCM, pero esta opción no prosperó, *vid.* M. GARRIDO MELERO, «La agonía del testamento...», *op. cit.*, pp. 164-170, propugnando su admisión en el Derecho sucesorio vigente.

¹⁵⁴ De acuerdo con el cual «Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón».

¹⁵⁵ En el mismo sentido, y en un momento anterior a la aprobación de la LSCM, *vid.* M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado...», *op. cit.*, pp. 443 y ss.

¹⁵⁶ Sin embargo, falta saber qué ley regiría el testamento mancomunado, máxime cuando es correspectivo. *Vid.* al respecto M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado...», *op. cit.*, pp. 455 y ss. y los autores allí citados.

III. LA VOCACIÓN PACCIONADA

1. CAPACIDAD

23. Respecto a la capacidad activa¹⁵⁷ es la ley personal la que establece los requisitos de capacidad exigibles para disponer en pacto sucesorio. Esta cuestión no tiene gran relevancia práctica al coincidir con la ley que determina la validez del pacto sucesorio y, por otra parte, en todos los Derechos civiles españoles en que están previstos los pactos sucesorios se exige la mayoría de edad¹⁵⁸ o bien edad suficiente para contraer matrimonio, en el supuesto de que se trate de capitulaciones matrimoniales¹⁵⁹. La ley personal del disponente determinará si cabe la delegación en la formalización del pacto sucesorio¹⁶⁰.

2. FORMA

24. La ley aplicable a la forma de los pactos sucesorios queda determinada por el artículo 11 Cc.¹⁶¹. Ello tiene dos consecuencias: en primer lugar, aquellas normas que se refieran a la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales no quedan integradas en el ámbito del artículo 11 Cc., sino que se recogen en el estatuto personal¹⁶² y, en segundo lugar, se puede plantear la oportunidad de aplicar el 2.º párrafo del artículo 11 Cc. En virtud de este precepto «si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada (...)». En este sentido, es necesario destacar que en casi

¹⁵⁷ Por lo que se refiere a la capacidad pasiva, *vid. supra* núm. marginal 5.

¹⁵⁸ Ya sea porque así lo disponen las normas del Derecho civil en cuestión –*vid.* art. 63 LSCM, ley 173 FNN–, ya sea por aplicación supletoria de la normativa relativa a la capacidad de obrar del Cc.

¹⁵⁹ Ya sea porque así lo disponen las normas del Derecho civil en cuestión –*vid.* ley 78 FNN, art. 67 CSCM (que exige la mayoría de edad, salvo para los heredamientos preventivos en que es suficiente la capacidad para contraer matrimonio), art. 66.3 en relación con el art. 72 CDCIB–, ya sea por aplicación supletoria de la normativa relativa a la capacidad de obrar del Cc.

¹⁶⁰ Posibilidad admitida en la ley 173.2 FNN o el artículo 67 CSCM. Cfr. el artículo 64 LSCM, en el que el pacto sucesorio tiene carácter personalísimo.

¹⁶¹ *Vid. supra* nota 33, respecto al ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Por otra parte, los pactos sucesorios quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («BOE» de 19 de julio de 1993), *vid.* artículo 1.º, 2.ª. En consecuencia, tanto las cuestiones de fondo como las de forma quedan regidas por las normas de conflicto autónomas. Paralelamente, *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, «El Derecho...», *op. cit.*, p. 80, que excluye las donaciones *mortis causa* del ámbito del Convenio.

¹⁶² Cfr. *supra* núm. marginal 8.

todos los Derechos españoles se requiere una exigencia formal ineludible, el pacto debe ser otorgado en escritura pública¹⁶³. Se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem* y, en consecuencia, es el artículo 11.2 Cc. el que determina la aplicación de la ley reguladora del contenido del acto. Sin embargo, nos encontramos ante un falso conflicto respecto de todos aquellos Derechos españoles que coinciden en que es esencial que el pacto esté otorgado en escritura pública, por lo que la aplicación de uno u otro Derecho no modifica el resultado final –aunque el proceso localizador debería ser igualmente ejecutado.

De todas formas, se pone de relieve un desajuste entre este precepto y el artículo 9.8 Cc. en aquellos supuestos en los que el pacto ha sido celebrado conforme a un Derecho –como el gallego¹⁶⁴– que no preceptúa el cumplimiento necesario de escritura pública como formalidad imprescindible. En efecto, podemos encontrarnos con un pacto sucesorio que no comporte donación de bienes inmuebles otorgado por personas con vecindad civil gallega sin que se haya exigido escritura pública. No se presenta ningún problema si no hay cambio de vecindad civil. Sin embargo, si el disponente –con vecindad gallega en el momento de disponer– posee otra vecindad civil en el momento de fallecer resulta que, en virtud del artículo 9.8 Cc., la ley aplicable al contenido del pacto es la sucesoria –la correspondiente a la vecindad civil ostentada por el causante en el momento de fallecer–, distinta a la ley que rige la validez del pacto. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 11.2 Cc., es la ley sucesoria, que rige el contenido del acto, la que determina la exigencia del requisito de forma *ad solemnitatem*. El inconveniente debe salvarse aplicando esta última ley por indicación del artículo 9.8 Cc., 2.º inciso, aunque no es la ley que rige el contenido del acto, tal como establece el artículo 11.2 Cc. Ello demuestra de nuevo que la solución establecida en el artículo 9.8 Cc. no es satisfactoria. En consecuencia, o bien el 2.º inciso del precepto debe ser de interpretación extensiva, o bien, lisa y llanamente, sería más adecuado reformar el

¹⁶³ Así, el artículo 67 CSCM en conexión con el artículo 17 del Código de Familia; el artículo 62 LSCM; artículo 74 LDCFPV; artículos 12 y 72.1 CDCIB; ley 174 FNN. En relación al Derecho civil gallego *vid.* el texto principal, así como la próxima nota.

¹⁶⁴ En efecto, en Derecho gallego se exige la forma pública, con carácter esencial, en relación con el pacto de usufructo voluntario de viudedad –*vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, «Artículo 118», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 2, Madrid, EDESA, 1997, p. 799– y los apartamientos –*vid.* J. M. LOIS PUENTE, «Artículos 134 y 135», en *op. cit.*, p. 967–. Sin embargo, respecto al pacto de mejora y al derecho de labrar y de poseer no se incluye ninguna regla que se refiera a la forma. Según M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, «Artículos 128 y 129», en *op. cit.*, pp. 899 a 901, se tiene que estar a lo establecido en la disposición adicional 1.ª, 1, cuyo sentido literal permite que ciertos pactos sucesorios sean celebrados sin que la elevación a escritura pública sea constitutiva.

artículo 9.8 Cc. de tal modo que, respecto de los pactos sucesorios —como respecto de los testamentos— el criterio de conexión para regir el contenido de la sucesión se basara en la vecindad civil en el momento de disponer. Como se apreciará a continuación existen argumentos para su defensa.

3. LEY APLICABLE AL FONDO

25. Una de las grandes virtudes del artículo 9.8 Cc. es la de haber incluido los pactos sucesorios en su ámbito de aplicación. La carencia ponía de relieve que se legislaba atendiendo a la delación prevista en el Código civil¹⁶⁵, que no prevé la sucesión contractual¹⁶⁶. El reconocimiento a la realidad plurilegislativa, en la que la mayor parte de los Derechos españoles conocen la sucesión contractual¹⁶⁷, propició un cambio en el antiguo artículo 10.2 Cc. Sin embargo, la sucesión paccionada ha caído en desuso, pero ello se debe más a razones de carácter fiscal¹⁶⁸ que al hecho de que se trate de un tipo de sucesión que pertenezca a sociedades rurales, en las que se pretende garantizar la unidad del patrimonio familiar.

El trato de los pactos sucesorios se equipara al de los testamentos, admitiendo su operatividad como instrumento de última voluntad del causante expresada en un negocio jurídico bilateral. Los pactos sucesorios conservan su validez conforme a la ley del disponente, pero las legítimas se ajustarán a la ley sucesoria. De nuevo, se plantean aquí los problemas expuestos respecto del cambio de vecindad civil del testador. Sin embargo, en el ámbito de los pactos sucesorios la contradicción es mayor. Los pactos pueden ser de institución de heredero o legatario, o bien de renuncia a la herencia o legítima, y tanto en unos como en otros la aplicación del artículo 9.8 Cc. —si el causante cambia de vecindad

¹⁶⁵ Es de destacar la postura de M. DE LASALA LLANAS, *vid. op. cit.*, pp. 250-251, quien considera la prohibición del artículo 1271 Cc. como absoluta —trasladando la jurisprudencia del TS en supuestos puramente internos—, y ello pese a reconocer que el Cc. prevé la validez de ciertos pactos y admitir la existencia de la sucesión contractual en Aragón y Cataluña.

¹⁶⁶ Siguiendo la tradición romanista y al Derecho de Castilla (Partidas y leyes de Toro). Para constatar esta aversión *vid.* F. SÁNCHEZ-ROMÁN GALLIFA, *Estudios de Derecho civil, op. cit.*, pp. 88-98.

¹⁶⁷ Regulado en todos los Derechos civiles españoles, excepto en el Cc. —que, por otra parte, admite algunos supuestos—. Aunque la sucesión contractual se conoció en el Derecho «común» durante el período en que estuvo en vigor la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria.

¹⁶⁸ Se ha considerado como un acto de tráfico ordinario, *vid.* A. CELAYA IBARRA, *op. cit.*, p. 84, que añade que la falta de uso se debe también a que los notarios están generalmente más dispuestos a aplicar el Cc.

civil— puede comportar una deslealtad a la voluntad de las partes. Si se trata de pactos de institución de heredero puede quedar alterada la cuantía del patrimonio transmitido al heredero, lo cual supone traicionar el pacto sucesorio, sobre todo si el heredero ha participado en el mismo.

Sin embargo, en los pactos de renuncia se demuestra con mayor fuerza el desacuerdo entre la ley en virtud de la cual se ha otorgado y la ley sucesoria. La renuncia a la legítima se hará teniendo en cuenta el sistema legitimario de la ley de la vecindad civil del disponente. Si posteriormente el disponente adquiere otra vecindad, cuyo Derecho tiene un sistema de cuotas legitimarias distintas, y fallece ostentando esta última vecindad civil, se dan dos situaciones: o bien, el sistema legitimario de la última vecindad civil tiene unas cuotas más amplias que las del Derecho civil de la vecindad civil ostentada en el momento de disponer¹⁶⁹, o bien el sistema legitimario de la última vecindad civil tiene unas cuotas menos amplias que las del Derecho civil de la vecindad civil ostentada en el momento de disponer¹⁷⁰.

En aplicación del artículo 9.8 Cc., estos supuestos deben ser resueltos de modo que, al conservar la validez el pacto sucesorio, si el causante otorga testamento y no menciona al legitimario renunciante no cabrá la preterición, ya sea intencional o no. Por otra parte, en el primer caso, la persona que había renunciado puede percibir lo que resta para alcanzar la cuota legitimaria establecida en la ley sucesoria —conculcando así la voluntad expresada en el pacto así como las expectativas de los demás sucesores— y, en el segundo caso, o bien el exceso recibido como consecuencia de una cuota legitimaria distinta puede ser restituido a los herederos del causante, en estricta aplicación del artículo 9.8 Cc.¹⁷¹, o bien se conservará la validez y contenido del pacto sucesorio y se colacionará el exceso recibido en calidad de donación *inter vivos*, lo cual perturba igualmente el sentido del pacto. En conclusión, ello confirma la concepción legitimaria de la que parte el artículo 9.8 Cc., su inclinación por el Derecho sucesorio de raíz castellana y su falta de adecuación a los distintos Derechos de sucesiones españoles.

¹⁶⁹ Persona de vecindad civil catalana que pacta con un descendiente la donación de bienes o dinero en avance de la legítima futura, y fallece ostentando vecindad civil «común».

¹⁷⁰ Persona de vecindad civil mallorquina que pacta, en compensación de una donación, con un descendiente la renuncia del mismo a la legítima. El disponente fallece con vecindad civil catalana.

¹⁷¹ Soluciones propuestas por J. M. LOIS PUENTE, «De las apartaciones», Sección 4.^a, en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Colegio Notarial de La Coruña, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, p. 108.

26. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 50.3 CDCIB¹⁷² contiene una norma unilateral que pretende asegurar la aplicación del Derecho mallorquín¹⁷³, pese a que el causante adquiere posteriormente otra vecindad civil. Ciertamente, debe verse como una reiteración¹⁷⁴ –lo que no impide mantener su inconstitucionalidad– y así parece que fue entendido por el Gobierno¹⁷⁵, porque si no comportaría adoptar una regla contraria a la norma de conflicto estatal, sin perjuicio de que pueda estimarse que la regla balear se ajusta más a la realidad del pacto como instituto sucesorio.

IV. LA VOCACIÓN LEGAL¹⁷⁶

A) *La sucesión intestada conforme a la ley del causante en el momento de fallecer*

27. Actualmente no existen dudas respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho propio a legislar en materia de sucesión intestada¹⁷⁷. Las principales diferencias entre

¹⁷² «Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima.

El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición. (...)». (El destacado es del autor.)

¹⁷³ Paradójicamente, porque en Ibiza también cabe la renuncia a la legítima y, en cambio, no está prevista una norma unilateral que fije el ámbito de aplicación espacial de la misma. *Vid.* artículo 83 CDCIB.

¹⁷⁴ En cambio, J. M. LOIS PUENTE, «De las apartaciones», Sección 4.^a, *op. cit.*, p. 108, considera que en el ámbito del artículo 50 CDCIB no cabe la aplicación del artículo 9.8 Cc., de manera que no es de aplicación otro sistema legitimario que altere el contenido del pacto.

¹⁷⁵ Este precepto no se incluyó en el recurso que dio origen a la STC de 6 de mayo de 1993.

¹⁷⁶ Sobre la capacidad pasiva rigen los mismos criterios en la sucesión testada que en la intestada, por lo tanto nos remitimos a lo que se ha escrito al respecto, *vid. supra* núm. marginal 5, *vid. supra* núm. marginal 23.

¹⁷⁷ El recelo se originaba a causa de la Ley de 16 de mayo de 1835, la denominada Ley de Mostrencos, puesto que regulaba la ocupación por el Estado de la herencia vacante. Problema que fue confundido con el tema de la sucesión intestada. Sobre esta cuestión, *vid.* N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 155 y ss.; M. DE LASALA LLANAS, *op. cit.*, pp. 272-276; J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1427. El TS vino aplicando el Cc. a la sucesión intestada al entender que la ley de Mostrencos terminó con la pluralidad legislativa en esta materia, *vid.* SSTS de 20-1-1893, de 3-1-1945 (*RJ* 1945, 682), de 24-5-1945 (*RJ* 1945, 689), de 31-1-1950 (*RJ* 1950, 451), de 19-12-1954, de 29-3-1955 (*RJ* 1955, 1122), de 2-6-1956, de 11-10-1960, de 27-5-1961 (*RJ* 1961, 2341), de 20-3-1962 (*RJ* 1962, 1785). Sin embargo, con anterioridad a la STS de 20-3-1893, el TS había mantenido «la vigencia del Derecho foral sucesorio» (SSTS de 14-9-1866, de 9-11-1868, de 6-5-1885, de 15-11-1887), *vid.* M. DE LASALA LLANAS, *op. cit.*, p. 273. Posteriormente, en algunas ocasiones el TS ha respetado el contenido de los demás Derechos civiles españoles, *vid.* SSTS de 16-4-1898, de 1-3-1903, de 12-7-1904, de 27-1-1913.

los Derechos civiles españoles en este ámbito provienen del orden de suceder y de la sucesión del Estado o Comunidad Autónoma correspondiente en ausencia de parientes llamados ¹⁷⁸.

El criterio utilizado en el artículo 9.8 Cc. es razonable y entronca con los principios de unidad y universalidad de la práctica totalidad de los Derechos civiles españoles –por ello es necesaria una excepción en relación con el Fuero de Vizcaya–. Quizá el único reparo que puede plantearse, en el ámbito interregional, es el de que en algunas ocasiones habrá una ley que presente una vinculación más estrecha que la de la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. Sin embargo, el artículo 9.8 Cc. tiene un planteamiento rígido que no permite adoptar una solución flexible para este tipo de supuestos.

Ciertamente, esta vinculación más estrecha con otra ley obedece a la regulación para la adquisición de la vecindad civil, más que a motivos propiamente enmarcados en la materia sucesoria. En efecto, la adquisición automática de la vecindad civil por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario, puede comportar que una persona lleve residiendo en una comunidad durante un plazo algo menor al de diez años y que, pese a sus vínculos con la comunidad en que reside ¹⁷⁹, le sea aplicada otra ley; o bien, a la inversa, que haya adquirido la vecindad civil de la comunidad en la que reside y se mantengan aún los vínculos con el ordenamiento correspondiente a la vecindad civil anterior ¹⁸⁰. La incorporación de una conexión escapatoria –y, por ello, de excepcional aplicación– que permita aplicar la ley más estrictamente vinculada al respecto podría ser positiva en el ámbito de la sucesión intesta-

¹⁷⁸ Distintas CC.AA. han sustituido al Estado (Administración central) por las propias CC.AA. (es el caso de la *Generalitat* de Cataluña –artículo 347 CSCM–, de la Comunidad Foral de Navarra –ley 304 FNN–, de la C.A. de Aragón, y excepcionalmente del Hospital de N. S.^a de Gracia a provincial de Zaragoza con respecto a los enfermos que mueran en él –artículo 202.2.2.º LSCM–, de la C.A. de Galicia –artículo 153 LDCG–, de la Diputación Foral en Vizcaya –artículo 73 LDCFPV– y, sorprendentemente, de la C.A. Valenciana –artículo 50.1.c) EACV y artículo 22.2 Ley de Patrimonio–). Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho interregional español», *La Ley*, pp. 899 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Sucesión hereditaria», *Capítulo XXII en Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 1998, p. 260; E. ZABALO ESCUDERO, «La reforma de la Compilación de Derecho civil de Aragón en materia de sucesión intestada», *REDI*, 1995, pp. 477-480.

¹⁷⁹ Residencia prolongada –aunque inferior a diez años– en el territorio con cuyo ordenamiento mantiene relaciones más estrechas, régimen económico matrimonial gobernado por la ley correspondiente al lugar de residencia, bienes situados en este territorio, familia más próxima residiendo en este territorio, etc.

¹⁸⁰ Residencia en el territorio de la vecindad civil ostentada con anterioridad, régimen económico matrimonial gobernado por la ley de la vecindad civil ostentada con anterioridad, bienes situados en el territorio de la vecindad civil ostentada con anterioridad, familia residiendo en aquella comunidad, etc.

da¹⁸¹ para tener en cuenta estos casos, y considero que es perfectamente asumible en supuestos interregionales. Se dotaría a la regla conflictual relativa a la sucesión intestada de una mayor proximidad substancial.

B) Valoración de las normas unilaterales autonómicas

28. Por último, debemos considerar el alcance de las normas autonómicas que delimitan el ámbito de aplicación espacial¹⁸². En primer lugar, como ya se ha advertido, no hay que olvidar que el principio de troncalidad vizcaína también rige las sucesiones intestadas, de manera que se plantea de nuevo una excepción al criterio seguido en el artículo 9.8 Cc.¹⁸³ y se manifiestan los mismos problemas que ya vimos en la sucesión testamentaria.

29. En segundo lugar, algunas normas autonómicas¹⁸⁴ incluyen la vecindad civil del causante como elemento de vinculación personal para que la Comunidad Autónoma pueda suceder en defecto de parientes llamados. Cabe analizar el artículo 73 LDCFPV que llama a la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante. Esta norma plantea problemas si no se sitúa en el contexto del Derecho vasco (privado y público). La norma pertenece al Fuero de Vizcaya cuyo ámbito de aplicación territorial comprende tanto la Tierra Llana del Territorio histórico de Vizcaya como los municipios de Llodio y Aramayo, situados en Álava. De esta manera, la sucesión intestada de los causantes con vecindad civil vizcaína aforada vecinos, en sentido administrativo, de los mencionados municipios alaveses, a falta de colaterales supondrá el llamamiento de la Diputación foral de Álava. Si, en cambio, son vecinos de la Tierra Llana se hará el llamamiento a la Diputación foral de Vizcaya¹⁸⁵. Sin embargo, el precepto plantea interrogantes: ¿la norma se aplica únicamente a vizcaínos afora-

¹⁸¹ No tiene sentido, en cambio, en la sucesión testada o paccionada por cuanto el disponente ya actúa en atención a un ordenamiento que es el correspondiente a la vecindad civil ostentada en aquel momento.

¹⁸² Sobre la ley 148 FNN, *vid. supra* nota 133.

¹⁸³ En efecto, el artículo 23 LDCFPV se aplica asimismo a la sucesión intestada. *Vid.* A. URRUTIA BADIOLA, «Ámbito territorial y personal...», *op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁴ Este era el caso del artículo 136 CDCA, cuya referencia a la vecindad civil aragonesa era innecesaria, *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «La reforma...», *op. cit.*, p. 479. El actual artículo 102 LSCM suprime esta alusión. Persiste, en cambio, la referencia en el artículo 73 LDCFPV, «En la sucesión *ab intestato*, a falta de colaterales, será llamada la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante».

¹⁸⁵ *Vid.* A. CELAYA IBARRA, *Derecho civil Vasco*, Bilbao, 1993, p. 189. Sin embargo, en su *Curso de Derecho civil vasco*, *op. cit.*, el autor lamenta que la norma se limite a Vizcaya así como que «puede entenderse que se limita a los vizcaínos aforados», *vid.* p. 116. A mi juicio no puede ser de otro modo.

dos?, ¿será llamada alguna Diputación foral si el causante tenía vecindad administrativa en territorio no aforado del País Vasco?, ¿y si la hubiera tenido fuera del País Vasco?

30. Finalmente, el Derecho civil catalán plantea una cuestión que, al configurarse como cuestión previa, interesa al Derecho interregional en materia de sucesiones¹⁸⁶. El problema se plantea respecto de los derechos sucesorios derivados del establecimiento de una relación de convivencia.

La nueva ley catalana de uniones estables de pareja¹⁸⁷ distingue entre las uniones estables heterosexuales y las uniones estables homosexuales, pero exige en ambos casos la ostentación de vecindad civil catalana de uno de los miembros para que pueda ser aplicada¹⁸⁸. Esta delimitación implica la regulación de un *factor de interregionalidad* que nos permite considerarla como inconstitucional. A efectos sucesorios se establece un nuevo orden de suceder en caso de sucesión intestada únicamente aplicable a los supuestos de unión estable homosexual¹⁸⁹. Los derechos sucesorios surgidos por sucesión intestada quedarán regulados por la ley sucesoria determinada conforme al artículo 9.8 Cc.¹⁹⁰, de modo que el conviviente sobreviviente sucederá al premuerto siempre que éste tenga vecindad civil catalana y, obviamente, les sea de aplicación la ley de uniones. Si, por el contrario, el premuerto ostenta otra vecindad, la sucesión intestada quedará regulada por la ley correspondiente a esta vecin-

¹⁸⁶ Aunque en Derecho interregional la cuestión previa no tiene la entidad teórica que presenta en supuestos internacionales, dado que los distintos Derechos civiles españoles no tienen su propio sistema de DIPr, sino que comparten un sólo sistema que es de competencia exclusiva del Estado. Por consiguiente a la cuestión previa, en supuestos interregionales, se le aplicará la norma de conflicto estatal correspondiente lo mismo que en los supuestos internacionales, descartando otras soluciones. En general, sobre la cuestión previa en Derecho español *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 411 y ss.; igualmente, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 363 y ss.

¹⁸⁷ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, *DOG* núm. 2687 de 23 de julio de 1998, pp. 9159 y ss.

¹⁸⁸ *Vid.* artículo 1 «La unión estable heterosexual 1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre si, hayan vivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que se establece en el mismo. Al menos uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña» (*sic.*) y artículo 20.2, en relación con las uniones estables homosexuales, «Al menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña» (*sic.*). En relación a estas normas, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los conflictos internos...», *op. cit.*, pp. 85 y ss.; M. E. GINEBRA MOLINS, «Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d'uniones estables de parella», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 427-439, poniendo de relieve en ambos casos los inconvenientes de estas normas.

¹⁸⁹ *Vid.* artículo 34.1 b) y c).

¹⁹⁰ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», Capítulo XVIII en *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 102.

dad, y ello aunque a la relación de convivencia le hubiera sido de aplicación la ley de uniones estables de pareja en virtud de la vecindad catalana de uno de sus miembros, en este caso el sobreviviente o bien el premuerto que ostentó la vecindad catalana en el momento de «celebrar» la unión, pero falleció ostentando otra vecindad.

El problema surgirá si se adoptan normas de delimitación espacial en otros Derechos civiles españoles, puesto que la consideración de conviviente sobreviviente puede depender de otro Derecho civil ¹⁹¹. La autolimitación a la que se ha sometido la ley catalana de uniones estables de pareja puede generar, en un futuro hipotético pero plausible, lagunas ¹⁹² o acumulaciones ¹⁹³ normativas en caso de que otros Derechos españoles adopten el mismo criterio de delimitación espacial. Por otra parte, esta delimitación puede provocar una colisión innecesaria con la eventual norma conflictual estatal. En efecto, designada la ley catalana por la norma de conflicto estatal puede que ésta no sea de aplicación al contener esta norma autolimitada. En caso de conflicto entre la norma de conflicto estatal y la delimitación espacial prevista en el Derecho civil catalán, se impone la solución establecida en la norma de conflicto estatal ¹⁹⁴. El legislador catalán debía de haberse ahorrado la introducción de una norma autolimitada, no tanto porque el criterio utilizado no sea razonable —que lo es, pero sólo desde una perspectiva unilateral—, cuanto porque es al legislador estatal al que le corresponde adoptar la norma de conflicto.

V. PROBLEMAS COMUNES A LAS DISTINTAS CLASES DE SUCESIÓN

1. LA VOCACIÓN Y SUS TÍTULOS ¹⁹⁵

31. La vocación tiene un contenido distinto en cada uno de los Derechos españoles, destacando por sus diferencias respecto al

¹⁹¹ El legislador aragonés ha procedido también a la regulación de esta materia mediante la Ley 6/1999, de 26 de marzo, *BOE*, núm. 95 de 21-4-1999, pero afortunadamente no ha incluido una norma general de delimitación espacial. Existen, sin embargo, remisiones a la legislación sucesoria aragonesa.

¹⁹² Sucesión de persona con vecindad civil catalana que había constituido una unión estable homosexual conforme a otro Derecho civil español en un momento en que ninguno de los dos miembros tenía vecindad civil catalana.

¹⁹³ Sucesión de persona con vecindad civil catalana que había constituido una unión estable homosexual conforme a otro Derecho civil español ostentando en este momento la vecindad civil catalana y el otro miembro la vecindad civil correspondiente al Derecho al que se acogen. La regulación de ambas leyes es divergente.

¹⁹⁴ Criterio que mantuve ya en otro ámbito, *vid. A. FONT I SEGURA, S. ORRIOLS I GARCÍA, «Reflexions entorn...», op. cit. pp. 767-793.*

¹⁹⁵ No trato la apertura de la sucesión puesto que todos los Derechos civiles españoles parten de la muerte del causante (art. 657 Cc., art. 2 CSCM) o declaración de fallecimiento (art. 196 Cc.).

resto el Derecho sucesorio comprendido en el Código civil. Por este motivo, la determinación del Derecho aplicable a la vocación es fundamental para fijar los títulos en virtud de los cuáles se defiere la sucesión. En Derecho español la ley aplicable al llamamiento es la ley que rige el fondo de la sucesión. Sin embargo, el artículo 9.8 Cc. prevé la posibilidad de que el causante haya dispuesto de sus bienes en un acto de última voluntad con anterioridad a su muerte, en cuyo caso será la ley de la vecindad civil ostentada en el momento en que se otorgue este acto la que determine la validez de estas disposiciones. La introducción de esta regla es fundamental –aunque no plenamente satisfactoria cuando existe una vocación distinta a la legítima, como seguidamente veremos– en Derecho interregional, teniendo en cuenta las notables diferencias existentes.

En efecto, mientras que en el Cc. (art. 658) la sucesión se defiere por testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley, admitiéndose la llamada sucesión mixta (testamentaria y legítima); en Derecho catalán la sucesión se defiere por heredamiento, por testamento o por lo dispuesto en la ley, siendo incompatible la sucesión intestada con la paccionada o la testamentaria –en las que es indispensable la institución hereditaria¹⁹⁶–; en Derecho navarro la sucesión se defiere por testamento, por pacto sucesorio y, en su defecto, la sucesión será legal, cabiendo la sucesión mixta (testamentaria y legal o paccionada y legal) en virtud de la ley 149 y 300 FNN; en Derecho aragonés la sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la Ley, y se permite la compatibilidad entre los distintos modos de delación, según el artículo 2 LSCM; en Vizcaya la designación de sucesor puede efectuarse mediante testamento, pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación o bien por ley cuando no se haya producido voluntariamente esta designación o cuando el testamento sea incompleto –artículo 27 LDCFPV–; en Derecho gallego, artículo 117 LDCG, la delación sucesoria tiene lugar por testamento, por ley y por pacto sucesorio, aceptándose que ésta se difiera en parte por cualquiera de estos modos; en el Derecho civil de las Islas Baleares debe distinguirse entre el Derecho aplicable en Mallorca y Menorca, artículos 6 y 7 CDCIB, en el que la herencia se defiere por testamento –siendo la institución de heredero esencial–, por Ley y por la vía contractual prevista¹⁹⁷, sin que quepa la compatibilidad entre la sucesión intestada y la testada y la contractual, y el Derecho aplicable en Ibiza y

¹⁹⁶ Salvo en testamentos otorgados por persona sujeta al Derecho de Tortosa, *vid.* artículos 136 y 271 CSCM.

¹⁹⁷ En Derecho mallorquín. La vocación paccionada no es título para suceder en Derecho menorquín, *vid.* artículo 65 CDCIB.

Formentera, en el que la sucesión se defiere por testamento, por pacto o por disposición de la Ley, pero cabe la sucesión mixta.

La variedad normativa permite considerar los problemas derivados de mantener que la vocación y la delación quedan regidas por la ley de la vecindad civil del causante en el momento de fallecimiento¹⁹⁸, concediendo simplemente una operatividad material al testamento o pacto sucesorio otorgado conforme a otra vecindad civil. El problema proviene del propio artículo 9.8 Cc. al permitir la aplicación cumulativa de dos leyes, aunque a diferente nivel: la de la vecindad civil del causante en el momento de morir, a título de ley sucesoria, y la de la vecindad civil del causante al disponer de sus bienes mediante testamento o pacto sucesorio, que opera únicamente para controlar la validez de las disposiciones *mortis causa*. Sin embargo, esta regulación puede comportar que la ley aplicable a la sucesión hereditaria vea contradichos principios esenciales en los que se fundamenta su ordenación.

Unos ejemplos demostrarán el efecto perverso: a) La vocación de una persona con vecindad civil «común» que otorgue testamento sin instituir heredero y muera con vecindad civil catalana queda regida por el CSCM, pero se respeta la voluntad del testador expresada en testamento cuya validez depende del Código civil. El problema radica en que la ley catalana no admite la sucesión mixta y exige que se instituya un heredero como sucesor universal. No obstante, como deben reconocerse las disposiciones establecidas en el testamento nos encontramos con que el Derecho catalán –que rige la sucesión y, con ella, la vocación– tendrá que regular una sucesión mixta, a pesar de la incompatibilidad entre la sucesión intestada y la testada en este Derecho. b) La vocación de persona de vecindad civil catalana que otorgue una capitulación matrimonial por la que se instituye heredero a un hijo y muera con vecindad civil «común», queda regida por el Código civil, aunque se respetan las disposiciones contenidas en el pacto sucesorio, cuya validez está sometida al Derecho catalán. De nuevo se presenta un conflicto porque en el Código civil, ley sucesoria, el pacto sucesorio no es título válido para provocar el llamamiento y, sin embargo, aquella sucesión se habrá diferido en virtud de vocación paccionada.

32. Por consiguiente, debe concluirse que es la ley de la vecindad civil del causante en el momento de disponer *mortis causa* la

¹⁹⁸ Esta posición es mantenida por la generalidad de la doctrina española, *vid.* por todos A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8», *op. cit.*, p. 376. *Vid.* la resolución de la DGRN de 6-3-1997, Fto. 2.º, aunque advierte de la propia previsión del artículo 9.8 en lo que se refiere a la validez de los testamentos y pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del causante al tiempo de su otorgamiento.

que debe regir la vocación y los títulos que la producen. No puede ser de otro modo, porque la ley de la vecindad civil en el momento de la muerte del causante puede que no contemple, o incluso tenga prohibido, alguno de los títulos en los que se ha basado el causante para otorgar el acto de última voluntad. La vocación testamentaria no presenta problemas ya que es conocida por todos los Derechos civiles españoles. Sin embargo, se suscita un problema de desajuste importante en aquellos supuestos en que, mediando un cambio de vecindad civil, el causante ha revocado su acto de última disposición con un acto encuadrable en una vocación sucesoria distinta. El problema se da en aquellos supuestos en que la primera voluntad del causante se manifiesta mediante un pacto sucesorio y posteriormente, ostentando otra vecindad civil cuyo Derecho desconoce esta institución, otorga testamento. Sin embargo, ello no sería posible, puesto que la voluntad paccionada, se caracteriza porque la designación tiene eficacia vinculante, al producirse la vocación¹⁹⁹ en el momento en el que se celebra el acto de disposición²⁰⁰. La solución estriba, en Derecho interregional, en concluir que la vocación y la delación quedan regidas por la ley de la vecindad civil en el momento del otorgamiento. De esta manera, se preserva la igualdad de los Derechos civiles españoles y, sobre todo, no se produce inadaptación.

Evidentemente, si no se ha producido un acto de libre disposición la vocación será intestada y regulada por la ley sucesoria establecida en el primer inciso del artículo 9.8 Cc.

2. PROBLEMAS DE CAPACIDAD

33. Respecto a la capacidad para suceder, que se predica del sucesor, hay que distinguir entre la capacidad genérica para suceder, ley personal del sucesor, y las incapacidades relativas, referidas a una sucesión concreta y determinada²⁰¹, *lex successionis*.

¹⁹⁹ Aunque tal como precisa E. ROCA I TRÍAS, «Les fases en l'adquisició de l'herència», *op. cit.*, p. 67, no se trata de una verdadera vocación, sino de un sistema de oferta y aceptación similar al contractual.

²⁰⁰ Conscientes de estas dificultades los redactores del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* incluyeron una regulación específica de las sucesiones contractuales. La ley designada es la prevista también para las sucesiones testadas e intestadas, pero fijada en el tiempo: la ley que hubiera sido aplicable a la sucesión en caso de muerte en el día en que el pacto fue concluido.

²⁰¹ Igualmente, *vid.* V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, pp. 199-201; E. PÉREZ VERA, Capítulo XXII, en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 228-229; por otra parte, así se puede constatar en el Convenio de La Haya de 20 de octubre de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, no ratificado por España, en cuyo artículo 7.2. se concretan las materias que quedan regidas por la *lex successionis*, comprendiendo la desheredación y las indignidades para suceder y, por tanto, excluyendo la capacidad general para suceder. En cambio, A. L.

34. En el primer caso, se alude a las incapacidades absolutas para suceder que se vinculan con la personalidad en aquellos Derechos civiles españoles que regulan esta materia²⁰². Por lo tanto, en virtud de la propia naturaleza de la capacidad sucesoria, será la ley personal del sucesor, *ex* artículo 9.1 Cc., la que determine su aptitud para suceder. Sin embargo, la aplicación del Código civil, de la LSCM o del CSCM²⁰³ no presenta ninguna diferencia substancial²⁰⁴. El requisito de la personalidad del sucesor —ya sea persona física o jurídica— se exige en ambos Derechos. La ley personal del sucesor determinará también la capacidad para suceder de los concebidos en el momento de la apertura de la sucesión, siempre que sobrevivan al causante y el concebido nazca con las condiciones establecidas en el artículo 30 Cc. Por consiguiente, la ley personal del sucesor se aplica en el momento en que nazca el concebido, pero sus derechos sucesorios al nacer están gobernados por la *lex successionis*²⁰⁵. Ello tampoco tiene ninguna incidencia en el ámbito interregional²⁰⁶, pero la distinción entre capacidad genérica para suceder y atribución de derechos sucesorios tiene repercusiones en un supuesto muy particular y restringido: el de la fecundación asistida *post mortem*²⁰⁷.

35. El nacido como consecuencia de una fecundación asistida *post mortem* tiene capacidad genérica para suceder, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 30 Cc. Sin embargo, la cuestión

CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria...», *op. cit.*, p. 3123, realiza también la distinción, pero distingue entre la capacidad general para suceder, por un lado, y las incapacidades absolutas, las causas de desheredación y las de indignidad, por otro. Contradictorio, A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones...*, *op. cit.*, p. 79.

²⁰² *Vid.* artículos 744 y 745 Cc.; artículos 10 y 12 LSCM y artículos 9 y 10 del CSCM.

²⁰³ Derechos civiles españoles que contienen normativa en relación con la capacidad sucesoria general.

²⁰⁴ Un planteamiento distinto atentaría contra el artículo 14 CE, *vid.* L. PUIG I FERRIOL, «Estructura de la successió per causa de mort», Capítulo II, en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions...*, *op. cit.*, p. 54. Sin perjuicio de que podría violar los derechos fundamentales inherentes a la persona.

²⁰⁵ Igualmente, M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español...*, *op. cit.*, p. 262; *vid.* asimismo las sugerencias relativas al ámbito de aplicación del Convenio sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en *Actes et documents de la Seizième session 3 au 20 octobre 1988*, t. II, pp. 206-215, en concreto p. 210.

²⁰⁶ *Cfr.* artículo 29 Cc., artículo 10.2 LSCM y artículo 9 del CSCM.

²⁰⁷ La doctrina es contradictoria en cuanto a su constitucionalidad. Contrarios, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *RCEC*, 15, 1993, p. 130; C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Nuevas técnicas de reproducción artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, 4, p. 517; J. E. BUSTOS PUECHE, *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 178. Favorables, *vid.* F. de P. BLASCO GASCÓ, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, 2, p. 705; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El Derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, UCM, Madrid, 1994, p. 132; M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 84; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *RJC*, 1987, 4, p. 41.

estriba en saber si puede suceder al padre premuerto. Las diferencias entre el Derecho «común» y el Derecho catalán comportan contradicciones para la determinación de la filiación²⁰⁸, dado el carácter civil de estas normas²⁰⁹. La ley sobre técnicas de reproducción asistida²¹⁰ admite excepcionalmente la fecundación asistida *post mortem* de mujer siempre que existiera un vínculo convivencial –matrimonial o no– entre el fallecido y la mujer. Cabrá esta posibilidad cuando el varón haya consentido en escritura pública o testamento y se utilice su material reproductor en los seis meses a su fallecimiento. Igualmente, el Código de Familia²¹¹ reconoce la fecundación *post mortem* con un alcance restringido. Sin embargo, los límites impuestos no coinciden con los previstos en la ley 35/1988. Se exige que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido²¹² para la fecundación asistida *post mortem*; que ésta se limite a un solo caso, comprendido el parto múltiple y, por último, concede un plazo máximo de 270 días después de la muerte del marido²¹³, que puede ser prorrogado por el juez, por causa justa, por un tiempo máximo de 90 días.

Las divergencias existentes podrían comportar que el recién nacido pueda ser considerado o no hijo del varón premuerto, en función de la ley que se le aplique para determinar la filiación, lo cual dependerá de la vecindad civil ostentada en el momento de nacer (art. 9.4 Cc.). Ello ya plantea un primer problema respecto a la constitucionalidad de una norma que, como la catalana, parece vincular la filiación a los requisitos establecidos²¹⁴ para que se

²⁰⁸ Vid. R. DURÁN RIVACOBA, «Igualdad jurídica. ...», *op. cit.*, pp. 88-90.

²⁰⁹ Vid. la Exposición de Motivos de la ley de filiación catalana justificando la regulación de la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de procreación asistida en base a que «la filiación es una categoría jurídica de carácter sustantivo que debe tratarse en una ley civil y no en normas de tipo administrativo-sanitario».

²¹⁰ Ley 35/1988 de 22 de noviembre (BOE 24 de noviembre de 1988), cuyas normas civiles son vigente en toda España, salvo en Cataluña, en cuyo Derecho civil se encuentra una normativa propia. De ahí que la referencia hecha en el artículo 10.3 LSCM no tenga repercusiones a los efectos aquí estudiados.

²¹¹ Vid. artículo 92 CF y artículo 9 CSCM. El artículo 46 CSCM prevé la suspensión de la partición de la herencia hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo fijado por la ley. Este punto no ha sido previsto por el legislador estatal, *vid.* L. DíEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, p. 285.

²¹² En este punto el legislador catalán ha omitido la posibilidad, prevista en el artículo 9 de la ley de filiaciones derogada por el Código de Familia, de que la mujer fuera fecundada con gametos del varón premuerto que convivía con ella. Únicamente el empeño político en no incluir las relaciones de convivencia en el Código de Familia puede explicar, que no justificar, el olvido legislativo, que debe ser reparado. Por otra parte, hay que señalar que el punto de divergencia existente con la ley 35/1988, ya que se exigía constancia fehaciente de la voluntad expresa de la mujer y el varón, ha desaparecido. El Código de Familia se equipara a la ley 35/1988.

²¹³ *Vid.* nota precedente.

²¹⁴ «(...) el nacido se tiene por su hijo, siempre que concurren las siguientes condiciones...», reza el artículo 92.2 CF.

efectúe la fecundación *post mortem*. En cualquier caso, se desprende de una conclusión de carácter sucesorio puesto que los derechos sucesorios del recién nacido en relación al padre quedarían fijados por el artículo 9.8 Cc. Ello puede provocar una situación en la que el recién nacido pueda ser considerado hijo de acuerdo con un Derecho civil español y, en cambio, no tener capacidad para suceder al padre premuerto conforme a otro Derecho civil español, situación que violaría los artículos 39.2 y 14 CE. Parece ineludible que exista unidad de criterios.

La declaración de voluntad expresa otorgada por el varón se rige por la ley sucesoria. Esta ley determinará los requisitos exigidos para que tenga validez intrínseca y pueda ser ejecutada la declaración de última voluntad, y ello con independencia del lugar en que el semen esté depositado, del lugar en que se efectúe la fecundación, de la vecindad civil de la mujer y de la vecindad civil del hijo, si nace. Ello es así porque, en primer lugar, se trata de determinar el régimen legal de la declaración; en segundo lugar, en el momento de la declaración no se sabe si se llevará a cabo la fecundación *post mortem* ya que se requiere el consentimiento de la mujer; en tercer lugar, en caso de que se proceda a la misma no puede asegurarse que llegue a término y, si es así, no se sabe cuál será la vecindad civil del hijo póstumo y, por último, los requisitos exigidos se establecen a efectos civiles, no de carácter administrativo-sanitario, luego su aplicación no es territorial.

36. Las causas de indignidad²¹⁵, y los efectos que se derivan de la existencia de las mismas, son determinadas conforme a la *lex sucesionis*. Pertenecen al estatuto sucesorio y dependen de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, tanto si ha realizado un acto de disposición de última voluntad como si no. Ahora bien, en el primer caso, sería más oportuno que fuera la ley de la vecindad civil del causante en el momento de otorgamiento la que determine las causas de indignidad. Deben añadirse aquí además de estas causas las de desheredación²¹⁶, que se dan únicamente por disposición testamentaria. El testador, o los participantes en el pacto sucesorio, se mueven en unas expectativas ciertas que son las que derivan de su Derecho personal—determinado por su vecindad civil— y, como consecuencia, disponen de sus bienes teniendo en cuenta la regulación sucesoria de esta ley en aquel momento. El respeto a la última voluntad del

²¹⁵ Vid. artículo 756 Cc.; ley 153 FNN; artículo 13 LSCM; artículo 11 y artículo 77 CSCM, en relación a los heredamientos.

²¹⁶ Vid. la ley 270 FNN, remitiendo a los artículos 852 y 853 Cc., igualmente la ley 272 FNN; artículos 848 a 857 Cc. —en particular, 852, 853, 854 y 855—; artículos 194 a 199 LSCM; artículos 368 a 372 CSCM —en particular, 370.

causante es capital en el Derecho sucesorio, de forma que no cabe alterar sus decisiones en aplicación de una ley que —aunque no es extraña, pues es la de su vecindad civil en el momento de fallecimiento— el causante no tuvo presente en el momento de disponer. Ahora bien, hay que admitir que esta solución tampoco es enteramente satisfactoria porque la causa de indignidad²¹⁷ puede surgir con posterioridad al acto de otorgamiento, cuando el causante ostente otra vecindad civil. Sin embargo, el hecho de que las causas de indignidad, o las de desheredación, pueden ser remitidas por el causante en aquellos Derechos españoles que regulan esta materia²¹⁸, nos indica que es una cuestión que en cierto modo está sujeta a la voluntad del causante, porque siempre podrá hacer uso de esta facultad de remisión. En consecuencia, no plantearía excesivos problemas que la sucesión quedara regida por la ley de la vecindad civil del causante en el momento de disponer. Si surge una causa no prevista en la ley de la vecindad civil del causante en el momento de disponer pero prevista, en cambio, en la ley de la vecindad civil ostentada por el causante en un momento posterior, le basta al causante con enmarcar la sucesión en la ley de la vecindad civil poseída con posterioridad mediante un nuevo acto de disposición. Si es a la inversa no hay problema, porque siempre podrá remitirse la causa de indignidad, quedando claro que el ejercicio de esta facultad no supondría enmarcar la sucesión en la ley de la vecindad civil ostentada en un momento posterior.

3. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO

37. Por último, en la sucesión se pone especialmente de relieve la vinculación entre el Derecho sucesorio y el Derecho de familia, en particular el régimen económico conyugal²¹⁹. Esta interre-

²¹⁷ Respecto a la de desheredación no hay problema porque ésta únicamente opera por voluntad del causante, de modo que la aplicación de la ley de la vecindad civil del causante en el momento de otorgar la disposición testamentaria es totalmente ajustada de conformidad con el 2.º inciso del artículo 9.8 Cc.

²¹⁸ Vid. artículo 757 Cc.; artículos 17 y 196.3 LSCM; artículo 14 CSCM. La ley 153.3 FNN prevé la remisión de la incapacidad si se prueba que el disponente conocía la causa al tiempo de ordenar la liberalidad. De este modo, estas disposiciones no son de orden público internacional. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8», *op. cit.*, p. 377; a diferencia de lo que mantenía M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español...*, *op. cit.*, p. 262, «Son de orden público internacional: (1.º ...), 2.º Las incapacidades por causa de indignidad establecidas por el Código civil».

²¹⁹ Vid. por todos J. VALLET DE GOYTISOLO y otros, «Normas de Derecho Internacional Privado aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia», *RDN*, 1969, núm. LXIV, pp. 39-41. Así, en el CSCM se coloca en segundo lugar en el orden de suceder al cónyuge viudo porque el régimen de separación de bienes es el aplicable en defecto de elección, mientras que en el Cc. los ascendientes ocupan un lugar preferente en el orden de suceder frente al cónyuge viudo, en atención al régimen de gananciales.

lación puede provocar supuestos de inadaptación por lo que se refiere al cónyuge viudo, pero el artículo 9.8 Cc. incluye una norma general de adaptación que resuelve este problema²²⁰ y el artículo 16.2 Cc. adopta una norma específica para la viudedad aragonesa²²¹.

38. El problema se suscita, de nuevo, en relación con la ley catalana de uniones estables de pareja, pero también respecto de la ley aragonesa de parejas estables no casadas, puesto que ambas normas atribuyen ciertos derechos al conviviente sobreviviente por ministerio de la ley²²². Es necesario tener en cuenta los problemas de inadaptación que pueden surgir, en la medida en que ésta será probablemente una cuestión regulada en otros Derechos civiles españoles. Por consiguiente, debe entenderse que la ley sucesoria no será la aplicable para determinar los derechos atribuidos por ministerio de la ley al conviviente sobreviviente, sino que éstos se desprenderán de la ley aplicable a los efectos de la relación de convivencia²²³. El problema

²²⁰ Con anterioridad a la reforma *vid.* N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación...* *op. cit.*, p. 188 y p. 197, proponiendo una adaptación directa; con posterioridad a la misma *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, *La situación...*, *op. cit.*, elogiando la incorporación de la norma, aunque critica su método. Respecto a qué derechos se refiere el último inciso del artículo 9.8 Cc., la STSJC de 4 de diciembre de 1995 y la mayoría de la doctrina considera que se refiere a todos los derechos viuales atribuidos por ministerio de la ley, *vid.*, entre otros, E. ZABALO ESCUDERO, *La situación...*, *op. cit.*; A. CALATAYUD SIERRA, «Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *La Notaría*, 1992, 11, pp. 9-16; otro sector doctrinal mantiene que se refiere únicamente a los derechos de naturaleza matrimonial, *vid.* L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 283-284, 367-368, p. 461, J. M. NAVARRO VIÑUELAS, «Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código civil», *La Notaría*, 1995, 10, pp. 139-186, J. A. MARÍN SÁNCHEZ, «Derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley nacional del causante. Comentario del artículo 9-8 *in fine* del Código civil», *La Notaría*, 1992, 11, pp. 17-24; M. E. GINEBRA MOLINS, «Els conflictes de lleis...», *op. cit.*, especialmente, pp. 94 y ss., estima que se trata únicamente de derechos sucesorios, pues los matrimoniales ya quedan comprendidos por su propia naturaleza en el artículo 9.2 Cc.

²²¹ Subsiste el derecho pese a la pérdida de la vecindad civil aragonesa, al tratarse de un derecho expectante. *Vid.* un ejemplo de su aplicación en la SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 10-2-1997.

²²² *Vid.* artículo 18, en relación con las uniones heterosexuales, y artículo 33, en relación a las uniones homosexuales. Se trata en ambos casos de derechos equivalentes a los viuales familiares previstos en los artículos 35 *-dret al parent de l'habitatge-* y 36 *-l'any de viduïtat* (anteriormente denominado *any de plor*) del actual Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, DOGC núm. 2687 de 23 de julio de 1998, pp. 9132 y ss. La ley atribuye otro derecho sucesorio únicamente para el conviviente sobreviviente de una unión estable homosexual, tanto si la sucesión es testada como intestada, *vid.* artículos 34.1.a) y 35. Se trata del equivalente al derecho de atribución sucesorio previsto en los artículos 379 y ss. CSCM *-quarta viual-*. Respecto de la ley aragonesa *vid.* el artículo 9.

²²³ Considerando la unión como una mera cuestión de hecho que debe ser regulada mediante respuestas particulares, en función de la categoría conceptual, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, 1989, pp. 487-531; igualmente, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», Capítulo XVIII en *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 101-102, propugnando soluciones casuísticas; también J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia. El matrimonio», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 293. Por el contrario, J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves perspectives per a una

se encuentra en que es difícil sostener la aplicación analógica de la norma de adaptación contenida en el artículo 9.8 Cc.²²⁴. Por este motivo puede afirmarse que la realidad –no sólo social sino jurídica²²⁵– exige una norma de adaptación que comprenda al conviviente sobreviviente, además del cónyuge superviviente; así como la inevitable regulación de los efectos de las relaciones de convivencia creadas en el ámbito internacional e interregional.

Los derechos «viudales» previstos en la ley aragonesa o catalana serán de aplicación: primero, cuando sea designado el Derecho aragonés o catalán para regir los efectos de esta relación; segundo, cuando se hayan cumplido los requisitos previstos en la ley aragonesa 6/1999 o la ley catalana 10/1998 para poder calificar a sus efectos aquella relación como estable; tercero, con independencia de que el causante tuviera vecindad civil aragonesa o catalana al fallecer; y, cuarto, sin importar la vecindad civil del conviviente sobreviviente en el momento de apertura de la sucesión. En cualquier caso, respecto de la ley catalana, se ponen de relieve los problemas apuntados anteriormente por la existencia de las normas de delimitación espacial²²⁶. En efecto, según la ley catalana uno de los convivientes debía ostentar vecindad civil catalana al constituir la unión estable²²⁷. Pero, ¿qué sucede si uno de los miembros de la

regulación de las unions de fet en el Dret internacional privat espanyol», en *Uniones de hecho* (J. M. MARTINELL y M.^a T. ARECES PIÑOL, eds.), Lleida, Universitat de Lleida, 1998, pp. 233-245, concibe una solución unitaria basada en el criterio seguido en el estatuto personal para determinar la ley aplicable a las uniones extramatrimoniales: ley nacional (vecindad civil en supuestos interregionales) común de los convivientes y, en su defecto, ley de la residencia habitual común. También, J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 276-277, acudiendo al artículo 9.1 Cc. como norma general.

²²⁴ El TC ha establecido que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, *vid.* entre otras STC 184/1990, de 15 de noviembre; STC 29/1991, de 14 de febrero; STC 31/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo; 222/1992, de 11 de diciembre; 47/1993, de 8 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero. Por su parte, el TS se ha negado a aplicar analógicamente las disposiciones matrimoniales a las uniones de hecho, la doctrina jurisprudencial se inicia con la STS de 18-5-1992 (RAJ, 1992, 4907). A destacar la STS de 10-3-1998 (RAJ, 1998, 1272), donde se continúa manteniendo la imposibilidad de analogía, pero se acude al principio general de protección al conviviente perjudicado. *Vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia...», *op. cit.*, p. 293, S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», *op. cit.*, pp. 503, 509 y 511. *Cfr.* J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves perspectives...», *op. cit.*, pp. 244-245, distinguiendo entre *analogia legis* y *analogia iuris*.

²²⁵ La institucionalización de las uniones estables de pareja en un Derecho civil español debe comportar una actuación inmediata del legislador estatal para regular los supuestos interregionales e internacionales. Advirtiendo la necesidad de una modificación de las normas de DIPr como respuesta a la regulación de las uniones de hecho, *vid.* J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves perspectives...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», *op. cit.*, p. 102.

²²⁶ *Vid. supra* núm. marginal 30.

²²⁷ En este aspecto la ley es muy confusa (*vid. supra* nota 188). En caso de otorgamiento de escritura pública basta con que uno de los dos miembros tenga vecindad civil catalana, pero ¿esta ley rige los efectos de la relación de convivencia aunque se pierda pos-

pareja tiene vecindad catalana, el otro vecindad aragonesa e inscriben la constitución de la pareja en el correspondiente Registro administrativo aragonés? La legislación aragonesa tiene la virtud de no determinar el alcance espacial de las normas de Derecho civil, de suerte que la inscripción únicamente condiciona la aplicación de las reglas administrativas²²⁸. En cualquier caso, la pregunta formulada debe mantenerse igualmente y el legislador estatal es el único que puede, y debe, resolver.

VI. CONCLUSIONES

39. El carácter cada vez más completo de los Derechos civiles españoles —especialmente cierto en materia sucesoria— exige una nueva aproximación al sistema estatal conflictual tanto desde la función que desempeñan en el ámbito externo, cuanto en el interno. En el primer sector, debe asegurarse la proyección de los fines materiales perseguidos en cada uno de los Derechos civiles. Ello requiere normas de conflicto comprometidas con los Derechos españoles, frente al Derecho extranjero. En el segundo sector, debe determinarse el ámbito espacial de cada Derecho civil español en el marco de un sistema jurídico único, pero plurilegislativo, que respeta y garantiza los fundamentos de estos Derechos. Las normas de conflicto se deben únicamente a la Constitución Española, no a los Derechos civiles españoles, a los que deben servir, en aras a la igualdad, como meros instrumentos neutros de localización. Sin embargo, la determinación del ámbito espacial de los Derechos civiles se ve alterada por la existencia de normas unilaterales con carácter fragmentario en ciertos Derechos. Estas normas colisionan con las normas de conflicto estatales lo que pone de relieve un desajuste de los Derechos civiles «autonómicos», aunque también puede ilustrar la falta de neutralidad de la norma estatal. No es ajeno a ello el hecho de que estas normas unilaterales se encuentren principalmente en Derechos civiles distintos al Código civil, que acogió como propio el sistema conflictual estatal. La revisión del sistema²²⁹ debe realizarse des-

teriormente esta vecindad? Por otra parte, si se trata de una pareja que convive maritalmente de manera ininterrumpida durante un período mínimo de dos años, ¿la vecindad civil catalana de uno de los miembros deberá haberse ostentado a lo largo de este período mínimo o no es necesario? En caso de uniones estables homosexuales, únicamente se plantea la primera pregunta porque la unión estable homosexual sólo se puede acreditar mediante otorgamiento conjunto de escritura pública.

²²⁸ De acuerdo con el artículo 2 de la Ley aragonesa 6/1999 la pareja estable no casada «deberá ser inscrita».

²²⁹ Abonando la reforma del sistema español de Derecho interregional, *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *op. cit.*, p. 81; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 154; A. FONT I SEGURA, S. ORRIOLS I GARCÍA, «Reflexions entorn...», *op. cit.* p. 793.

pués de un estudio institución por institución, analizando las fricciones que se producen entre los distintos Derechos civiles españoles. En materia sucesoria, trascienden diversos desencuentros.

40. La profunda modificación de que han sido objeto los Derechos civiles españoles debe correr paralela a una corrección de las normas de conflicto en su vertiente interregional. Una vía, algo forzada, es la de alegar la remisión del artículo 16.1 Cc., incluyendo los convenios en la medida en que tengan carácter universal. Así, el Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias puede ser aplicado a supuestos interregionales, aunque mejor sería que el legislador adoptara por remisión el convenio para resolver los conflictos internos. En cualquier caso, se logra que tanto los supuestos interregionales como los internacionales queden sujetos en igual medida a un Convenio que persigue favorecer la validez de la disposición testamentaria. Este principio contribuye a desmentir el pretendido carácter territorial estricto de algunas normas autolimitadas, como el artículo 105.3 CSCM o la ley 185 FNN, máxime cuando el principio *favor validitatis* es compartido por todos los Derechos civiles españoles. Teniendo en cuenta la naturaleza integrativa, que no constitutiva, de la forma en las disposiciones testamentarias en los distintos Derechos españoles, la norma de conflicto opera de manera neutra –al integrar y respetar un valor compartido por todos los Derechos civiles españoles–. Lo mismo sucede en el ámbito de los pactos sucesorios, en el que no es aplicable el Convenio de La Haya de 1961, sino el artículo 11 Cc.

41. La regulación del contenido de la sucesión en Derecho interregional no descansa en la igualdad de los Derechos civiles coexistentes en España ni, en consecuencia, recoge la riqueza de un sistema plurilegislativo como el nuestro. Este defecto podría ser paliado si la norma de conflicto distinguiera entre la sucesión prevista por el causante, *ex testamento* o bien *ex pacto* sucesorio, y la legal. Ciertamente, el artículo 9.8 Cc. tiene la virtud de considerar la validez de los testamentos y pactos sucesorios a la luz de la ley personal del disponente en el momento de otorgar, pero no admite que ésta pueda ser la ley sucesoria. No se trata de incorporar la autonomía conflictual en el ámbito interregional. Se trata simplemente de designar la ley sobre la que se asienta la voluntad del disponente: la ley personal en el momento de disponer. De esta manera, la autonomía conflictual es innecesaria, porque los modos de adquisición de la vecindad civil ya permiten una flexibilidad suficiente para que se traduzca la voluntad del disponente y se garantice su proximidad con la ley aplicada. Acoger esta conexión evitaría las incongruencias presentes en la regulación actual como

la imprevisión de las incapacidades específicas, la distorsión de la voluntad del causante por un sistema legitimario no previsto en su momento o la falta de respeto a las vocaciones y delaciones previstas en los distintos Derechos civiles españoles. De este modo, se conseguiría mayor simplicidad y coherencia en la regulación de la sucesión.

Una comprensión global –que considerara todos los Derechos civiles españoles– de la norma de conflicto estatal supondría además la superación de los inconvenientes que presentan normas como el artículo 134 LDCFPV, así como la supresión de normas reiterativas, como la ley 148 FNN o las normas de extensión relativas al testamento mancomunado.

42. La cuestión es si ello se puede abordar mediante normas de conflicto multilaterales²³⁰. En la medida en que los principios materiales de los distintos Derechos de sucesiones españoles no coinciden, es difícil conseguir adoptar una norma que por sí sola respete la igualdad entre los mismos, puesto que en una norma de conflicto siempre subyacen consideraciones de carácter material que traicionan su neutral función localizadora. En efecto, admito que tan tendenciosa puede llegar a ser la norma contenida en el artículo 9.8 Cc. como la que se recoge en este trabajo. Hay que decir que la solución no pasa tampoco por la adopción de normas unilaterales, ni autonómicas ni estatales, para cada uno de los Derechos de sucesiones españoles porque se presentarían problemas de acumulación o de vacío normativo. En mi opinión, la respuesta se encuentra en la incorporación de normas de adaptación que permitan la transición de un sistema legitimario a un sistema basado en la libertad de testar, o bien de un sistema personalista a otro basado en la territorialidad.

²³⁰ En este sentido se manifestaba el Magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en su voto particular a la STC 226/1993, aunque más adelante puso de relieve la falsa neutralidad de la norma de conflicto, *vid. op. cit.* «El paradigma de la norma de conflicto multilateral». La orientación material de las normas de conflictos también ha sido puesta de relieve por A. BUCHER, «Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes», *TCFDIP*, 1994-1995, pp. 209-228. Especialmente interesante el debate entre B. ANCEL y A. BUCHER, *vid. p.* 237, a raíz de la ponencia.

