

Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal

ELISA TORRALBA MENDIOLA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El estudio de los problemas de Derecho internacional privado suscitados por las sucesiones internacionales se ha realizado tradicionalmente desde la contraposición de dos grandes sistemas de concreción de la ley aplicable: el sistema de unidad, que considera que el conjunto de la sucesión debe regirse por una única ley, ligada a la persona del causante, y el sistema de fragmentación, para el cual la sucesión puede regirse por distintas leyes, cuya concreción vendrá determinada por el lugar de situación de los bienes que integran la herencia.

En el presente trabajo se analizan las ventajas e inconvenientes de los dos sistemas y se propone un modelo de análisis que permitiría superar algunos de los problemas suscitados por uno y por otro y que podría resultar de utilidad en la elaboración de una futura reglamentación comunitaria de la materia. De acuerdo con dicho modelo las semejanzas en el ámbito internacional entre gran parte de las cuestiones que plantea la reglamentación de las sucesiones y las suscitadas en las situaciones concursales, permitirían extender a las primeras algunas de las soluciones que ya se manejan para la reglamentación de las segundas.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Primera parte: Unidad y pluralidad de la sucesión:* 1) Evolución y situación actual de la cuestión. 2) El Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. 3) Justificaciones teóricas de uno y otro sistema. 4) Solución del sistema español.—III. *Segunda parte: Cuestiones previas al desarrollo del procedimiento sucesorio:* 1) Introducción. 2) Cuestiones previas. A. *Apertura de la sucesión y el registro de últi-*

mas voluntades: a) El Registro General de Actos de última voluntad; b) El Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972. B. *El reenvío:* a) El reenvío en Derecho comparado; b) La posición del ordenamiento español frente al reenvío: la pretendida preservación del sistema de unidad; c) Consecuencias.–IV. *Tercera parte:* el desarrollo del proceso sucesorio.– 1) Validez del testamento. A. *Validez formal.* B. *Validez material:* a) Capacidad y vicios del consentimiento; b) Contenido del testamento; c) Especial referencia al artículo 9.8 del CC español. 2) Aceptación de la herencia: modalidades e incidencia sobre la situación de los herederos y los acreedores.– A. *Forma de aceptación.*– B. *Modalidades de la aceptación:* a) Cuestiones previas relativas a la situación de los acreedores; b) La contribución de los herederos a las deudas del causante. 3) La administración de la sucesión. 4) La partición y la transmisión de los bienes.– A. *La partición.* B. *La transmisión de los bienes:* a) Soluciones alternativas: la fragmentación funcional; b) *Lex successionis/lex rei sitae;* c) Aspectos registrales. V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Comunidades Europeas presentó el 1 de marzo de 2005 el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos¹ dando con ello una muestra del creciente interés de la Unión Europea por las cuestiones de Derecho privado y, más específicamente de Derecho internacional privado, ya que las materias a las que se refiere son tres, que constituyen los tres pilares esenciales sobre los que tradicionalmente, en éste y otros ámbitos, se ha centrado la disciplina del Derecho internacional privado: competencia judicial, Derecho aplicable y eficacia extraterritorial de resoluciones.

2. Esa línea de interés creciente por las materias de Derecho internacional privado tiene su origen en el tratado de Ámsterdam y en la comunitarización del llamado tercer pilar –la creación de un espacio de seguridad, libertad y justicia– operada por su artículo 65². El Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos es una muestra de

¹ COM (2005) 65 final, SEC (2005) 270.

² Sobre este artículo ver BORRÁS, A., «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1999, 2, pp. 383 ss., espec. pp. 393 ss.; IGLESIAS, J. L., «La cooperación judicial en materia civil (JC) antes y después del tratado de Ámsterdam», *Revista General de Derecho*, núm. 644, mayo 1998, pp.; DE MIGUEL, P., «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley*, 30 de marzo de 1998, pp. 1 ss., también en «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1998, I, pp. 373 ss.; MOURA RAMOS, R. M., «O Diritto internazionale privato Della Comunità Europea: Origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali», *Divenire sociale e adeguamento del Diritto. Studi in onore de Francesco Capotorti*, Milano, 1999.

que el elenco de materias a que se extiende esta «nueva» competencia comunitaria está cada vez más estrechamente imbricado en cuestiones que, desde luego, en los inicios de la integración comunitaria hubieran sido consideradas completamente ajenas a ella. La extensión de dicha competencia a la determinación de la competencia judicial en materia patrimonial o a la de la ley aplicable a los contratos resulta más evidente; sin embargo, entender que también alcanza al ámbito del Derecho de familia, o, como ahora ocurre, de sucesiones, supone adentrarse en sectores hasta una época reciente considerados ajenos al fenómeno de la integración y que son incluso actualmente puestos en duda por voces autorizadas que se plantean si es realmente necesario armonizar el conjunto del Derecho internacional privado para garantizar la libre circulación de personas o si se está yendo demasiado lejos, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo citado del Tratado de Ámsterdam está destinado a asegurar la cooperación judicial en materia civil «*en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior*»³ y que es dudoso que ese buen funcionamiento dependa, aunque sea tangencialmente, de la norma de conflicto en materia sucesoria⁴.

No obstante, no se puede dejar de reconocer que la evolución de la UE se dirige hacia la ampliación de las competencias comunitarias en los sectores mencionados. En el Proyecto de Tratado por el que se creaba una Constitución para Europa se eliminó el

³ El artículo 65 del Tratado de Ámsterdam establece que «*las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: [...] b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción [...]*». Este artículo ha sido modificado por el Tratado de Lisboa (DOUE, C 306/62, de 17 de diciembre de 2007). De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 6 del Tratado éste entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que en esa fecha se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación, o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad.

⁴ En este sentido, GAUDEMET-TALLON, H., «*Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union Européenne*» en: *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Deutsches Notarinstitut, 2004, p. 445. No es de extrañar, sin embargo, que la Comunidad aprecie su competencia en esta materia, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia se consideró competente para responder a una cuestión prejudicial en relación con el cambio de apellido de dos niños, de nacionalidad belga y española, que había sido solicitado por los padres a las autoridades belgas, a fin de hacer coincidir los que figuraban en el registro español con los del registro belga y que este último había denegado (Sentencia de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Rep.* 2003, pp. I-11613 ss.) o ha ligado la libre circulación de personas con la correcta transliteración a la grafía latina de un apellido griego (Sentencia de 30 de marzo de 1993, as. 168/91, *Rep.* 1993, pp. I-1991 ss.), o, más recientemente, ha considerado contrario a esa libertad la denegación del reconocimiento del apellido de un niño tal como se inscribió en el Estado miembro en el que nació y del que es nacional (Sentencia de 14 de octubre de 2008, as. C-353/06).

requisito de que las medidas adoptadas fueran necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Aunque es cierto que ese Tratado no llegó a aprobarse, en el recientemente aprobado Tratado de Lisboa se modifica el mencionado artículo 65, pasando su párrafo 2 a establecer que el Parlamento y el Consejo adoptarán medidas en ciertas materias «*en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*». La expresión «en particular» hace pensar que se ha pretendido introducir una ampliación del ámbito competencial de las instituciones comunitarias, si bien todavía es pronto para aventurar interpretaciones al respecto. En cualquier caso, lo cierto es que, incluso antes de la reforma, gran parte de la doctrina ya afirmaba el carácter amplio de las materias que pueden ser susceptibles de afectar al funcionamiento del mercado interior, admitiendo la posibilidad de que se incluyan las cuestiones de familia y sucesiones⁵, o ni siquiera llegaba a plantearse abiertamente la cuestión⁶.

Por otra parte, cuando el artículo 65 del Tratado de Ámsterdam alude a las normas de conflicto no habla de su uniformización, ni siquiera de su armonización, sino sólo de «*fomentar la compatibilidad*», lo que, unido a la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad previstos en el artículo 3 del TCE, hace que de su lectura resulte cuanto menos dudoso que se disponga de base jurídica para proceder a la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de sucesiones⁷. Pero el nuevo artículo 65, que resulta del Tratado de Lisboa,

⁵ BASEDOW, J., «The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, vol. 37, núm. 3, pp. 687 ss., espec. p. 699; KOHLER, C., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Rev. Crit. de Droit international Privé*, 1999, vol. 88, pp. 1 ss. con los matices que se señalan en el texto; LELEU, Y., «Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe», *European Review of Private Law*, 1998, pp. 159 ss. Este último autor se muestra partidario, no obstante, de adoptar un tratado de ley uniforme.

⁶ Junto a ello, algunos autores, sobre la base del Tratado de Ámsterdam, antes de la reforma del artículo 65 operada por el de Lisboa, admiten que si bien es cierto que quizás no quepa descartar materias en abstracto, no lo es menos que la justificación de la actuación comunitaria tiene que producirse para cada instrumento concreto. En este sentido, se ha señalado que, frente a la amplitud material, las modalidades de actuación de la Comunidad al amparo del artículo 65 son limitadas, no siendo posible intervenir más que en la medida necesaria para eliminar los obstáculos al mercado interior y no más allá, lo que implica que es como mínimo muy dudoso que dicho artículo justifique la adopción de Reglamentos o Directivas destinados a la unificación –los primeros– o a la armonización –las segundas– de normas de conflicto (KOHLER, C., «Interrogations sur les sources...», cit., pp. 18 ss.).

⁷ Señala A. BORRÁS que fomentar la compatibilidad «*parecería implicar, en principio, que se pretende sólo eliminar desajustes normativos que pueden afectar al buen funcionamiento del mercado*», pero que «*el ámbito a que se refieren los tres apartados del artículo 65 desborda ampliamente tal objetivo y más lo hacen todavía las acciones emprendidas*» («Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», cit., p. 400). Esta referencia al fomento de la compatibilidad ha sido calificada de «tibia» por DE MIGUEL, P. A., quien considera que las normas introducidas por el artículo 65 del Tratado de Ámsterdam no determinan con precisión el alcance de las competencias asignadas en esta materia y

elimina la referencia al «*fomento de la compatibilidad*» para referirse a la necesidad de «*garantizar*» la compatibilidad de tales normas. Todo lleva, pues, a la afirmación de la competencia comunitaria en sectores como el descrito, pese a que resulte cuanto menos dudosa la necesidad de dicha extensión en atención a los objetivos de la Unión.

3. En esa situación se inscribe el libro verde de la Comisión, en el que se suscitan una serie de cuestiones, que se pretende sean contestadas por instancias públicas y privadas de los Estados miembros, a fin de proporcionar a la Comisión una visión general de la situación en la Unión Europea, que le permita abordar su trabajo en este sector. Entre esas cuestiones hay algunas que merecen especial consideración porque suscitan problemas de base que deben resolverse antes de iniciar ningún intento de regulación concreta⁸.

4. Con el presente estudio no se pretende contestar a todas las preguntas suscitadas por el Libro Verde, sino sólo hacer a propósito del mismo algunas reflexiones sobre ciertos aspectos del Derecho internacional privado de sucesiones. Por ello se dejan fuera del estudio los temas de competencia y de reconocimiento de resoluciones, a los que sólo en algún caso se hará alguna referencia tangencial. El objeto de análisis es, pues, la ley aplicable, y la finalidad que se persigue con dicho análisis es tratar de dar respuesta a la cuestión, por otra parte ya clásica, de cuál es el sistema que debe seguirse para determinar el Derecho aplicable a la materia sucesoria en una futura reglamentación y sobre todo determinar si la tradicional contraposición entre sistemas no debe matizarse para acabar concluyendo que tal vez no sea tan relevante. Junto a ello se analiza también el paralelismo que presentan ciertos aspectos del derecho sucesorio con el concursal: en ambos casos se trata, en definitiva, de la liquidación⁹ de un patrimonio que en unos sistemas, entre ellos el nuestro, se considera universal y en otros territorial y en ambos casos también para lograr una regulación de sus aspectos internacionales a escala comunitaria puede ser necesaria una cierta conciliación de ambas concepciones.

que la formulación utilizada parece buscada para limitar el alcance de los compromisos sobre el particular (en «La evolución del Derecho internacional privado comunitario...», cit., p. 376). No parece, sin embargo, que la práctica de la actuación comunitaria se haya acogido a esa interpretación restrictiva.

⁸ Este Libro Verde se inscribe en un cuadro de cambios de la reglamentación de sucesiones internacional, como es el caso de la ley belga, e interna (modificaciones en curso de elaboración en Italia y Francia).

⁹ Es cierto que los procedimientos concursales pueden no tener por finalidad la liquidación sino el saneamiento del patrimonio del deudor, pero este matiz no es, a nuestros efectos, relevante.

II. PRIMERA PARTE: UNIDAD Y PLURALIDAD DE LA SUCESIÓN

5. El punto de partida para establecer un régimen conflictual en materia sucesoria es la opción por un sistema de unidad, en el que la sucesión en la totalidad de los bienes del difunto se rige por una única ley, o por un sistema de fraccionamiento, en el que se aplican leyes distintas a la sucesión de un mismo individuo en función de la naturaleza y la localización de sus bienes.

Como es bien sabido, en el ámbito europeo coexisten ambos y probablemente la primera de las afirmaciones que hay que realizar es que no parece que en la práctica, y pese a las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos, quepa afirmar una mayor eficacia o bondad intrínseca de uno u otro. En efecto ¿puede decirse seriamente, y sin dejarse llevar por la rutina o por el apego a lo conocido, que la práctica en materia de sucesiones internacionales demuestra una mayor adecuación a las necesidades de los supuestos concretos del sistema español que del inglés o a la inversa? Como señalaba Nussbaum «*Nothing however, is more inconsistent with harmonious international cooperation than insistence upon national viewpoints under the pretense of their being international*»¹⁰.

Por ello, el estudio que se hace en este trabajo, si bien parte del análisis de la sucesión en Derecho español, pretende proporcionar una visión neutral del problema, sin caer en posiciones apriorísticas a favor de nuestro sistema.

6. Sea cual sea la conclusión a la que se llegue, lo que sí resultará útil, no tanto desde la perspectiva de la integración comunitaria, cuya afectación por esta materia he puesto en duda al inicio de este trabajo, sino desde la del mejor funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado, es la unificación de las soluciones que se adopten, que evitara a su vez gran parte de los problemas que en la actualidad se suscitan y que a veces resultan no tanto de la solución adoptada por la norma de conflicto como del hecho de que dicha solución no sea la misma en todos los Estados implicados¹¹.

¹⁰ «Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of Laws», *Columbia Law Review*, 1942, p. 200.

¹¹ La unificación supone una reducción de costes (el más inmediato es el de costes de información), además de influir en la duración del proceso y en la posibilidad de los herederos de entrar inmediatamente en posesión de los bienes hereditarios. En este sentido: «Reponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Livre Vert de la Comisión Eropéenne», *Quaderni della Rivista del Notariato*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 5.

Además, las normas de conflicto que se adopten deben ser normas *erga omnes*, ya que es desde luego deseable evitar la dualidad de normas de conflicto, unas para las situaciones intracomunitarias y otras para las extracomunitarias, sobre todo porque en la práctica se plantearán situaciones que no serán puramente comunitarias o extracomunitarias, sino que participarán de ambas categorías ¹².

Tal sería el caso, por ejemplo, de la sucesión de un causante francés que comprende bienes inmuebles situados en España, Italia y Estados Unidos y de la que conoce un juez francés. De adoptarse en la futura reglamentación comunitaria un sistema de unidad sólo aplicable a las relaciones ad intra éste resultaría distorsionado, porque en relación con el inmueble situado en Estados Unidos el juez francés seguiría aplicando su sistema conflictual autónomo, que es de fraccionamiento, con lo que no se alcanzaría una reglamentación unitaria del fenómeno sucesorio. Más incoherente sería la situación si la solución adoptada fuera la de fraccionamiento y la sucesión se abriera en España siendo el causante español y estando su patrimonio integrado por inmuebles situados en Francia, Italia y Estados Unidos. En tal caso se aplicaría la ley del lugar de situación a los inmuebles situados en Estados miembros y, sin embargo, la ley española a la sucesión en el situado en Estados Unidos porque a este último caso el juez español aplicaría su norma de conflicto autónoma que prevé, al menos en principio, un sistema de unidad.

1) EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN

7. Desde una perspectiva histórica, hasta el siglo XIX prevalecía el sistema de fraccionamiento de la sucesión, que era el seguido por los estatutarios, aunque había partidarios del principio de la unidad en el siglo XIV en Italia, que luego extendieron su influencia a Francia. En ese período era la costumbre en vigor en la localidad donde se encontraban situados los inmuebles la que regía la devolución. A los muebles, tanto por su propia movilidad como por la escasa trascendencia económica que tenían en la época, no les resultaba adecuada la aplicación de esa regla, por lo que se regían por el principio *mobilia sequitur personam*. Este sistema se explica fácilmente por la organización política de la época, dominada por las ideas del feudalismo en que la posesión del suelo determinaba la situación de cada uno estableciendo sus deberes feudales; la tie-

¹² «Les successions internationales dans l' UE. Perspectives pour une Harmonisation, Deutsches Notarinstitut», 2004, p. 98. Evidentemente, la unificación alcanzada nunca será absoluta, ya que, como señala VON OVERBECK, M., «La unificación del Derecho es la ciencia de lo posible» («Divers aspects de l'unification du droit international privé spécialement en matière de successions», *R. des C.*, 1961-IV, p. 564).

rra dominaba al hombre y la aplicación exclusiva de la *lex rei sitae* era consecuencia de ello¹³.

8. La concepción germana de la herencia consideraba la sucesión como la atribución de la titularidad sobre un patrimonio y no como la sustitución de la persona del causante. Es la escuela francesa de los estatutarios la que recoge esta concepción, con el fin fundamental de evitar el traspaso del patrimonio hereditario a los extranjeros. Pero este criterio encontró muchas dificultades en la práctica por la multiplicación de leyes aplicables a una misma sucesión internacional, por lo que ha evolucionado hacia sistemas mixtos, manteniéndose un sistema puro sólo en algunos países iberoamericanos¹⁴.

La evolución hacia los sistemas llamados mixtos supuso la sustitución de la aplicación de la *lex rei sitae* tanto a los inmuebles como a los muebles por una regla más flexible, según la cual la sucesión en los inmuebles se sigue rigiendo por ésta y la sucesión en los muebles por una ley designada conforme a un criterio personal: ley del último domicilio del causante, que se toma no tanto como tal conexión personal, sino como una ficción, al entenderse que el lugar de situación de los muebles debe ser el último domicilio del causante. Este sistema se siguió en Francia, Austria, Hungría, Rumanía y Suecia y posteriormente fue copiado en Inglaterra y Estados Unidos.

El sistema de fraccionamiento en su versión mixta reduce el número de leyes aplicables, pero no evita que en muchos casos se aplique más de una. Es ya en el siglo XIX, de la mano de autores como Savigny, cuando se extiende la idea de la unidad de la sucesión, sobre la base de la concepción romana de la herencia. Según ésta el centro de la sucesión es un patrimonio sujeto a reglas propias e independientes, la herencia, y la sucesión mortis causa opera la subrogación del heredero en la persona del causante. Eso explica, entre otras cosas, la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada. Este concepto romano de la sucesión basada en las notas de unidad y universalidad tiene como consecuencia la aplicación de una sola ley rectora de la sucesión y de la cuantía de los derechos sucesorios, con independencia de la naturaleza de los bienes. Además, la sucesión forma parte del estatuto personal, por lo que esa ley tiene que ser la ley personal. Esta concepción es la que

¹³ LEWALD, H., «Questions de Droit international des successions», *R. des C.*, 1925, IV, pp. 13 ss.

¹⁴ Es el caso, por ejemplo, de la Convención de Montevideo y los Códigos de Méjico y Honduras respecto de las sucesiones intestadas. Se sigue en esa exposición a CALVO, A., y CARRASCOSA, J., *Derecho internacional Privado*, vol. II, ed. Comares, Granada 2002, pp. 230 ss.

acabó imponiéndose en España, con los matices que luego se verán, Italia, Portugal, Alemania y los Países Bajos.

Entre los países que siguen este sistema hay, no obstante, divergencias en cuanto a la determinación de esta ley personal que unos consideran debe hacerse en base a la ley del último domicilio del causante y otros en base a la nacionalidad del mismo en el momento del fallecimiento. La primera conexión era la defendida por Savigny, para quien el carácter esencial del Derecho de sucesiones es la transmisión del patrimonio del causante a otros, lo que constituye una extensión de su poder y voluntad más allá de su vida, por lo que la sede de la sucesión es el domicilio del causante en el momento de su muerte; de ahí que la ley aplicable sea la *lex ultimi domicilii*, sean los bienes hereditarios muebles o inmuebles¹⁵. Más tarde y por influencia de Manzini, a través de Italia se extiende la conexión nacionalidad¹⁶.

9. En este contexto, el análisis de Derecho comparado en época reciente demuestra que son mayoría los países que siguen un sistema de unidad y que existe una tendencia creciente en esa dirección¹⁷, aunque las conexiones escogidas en unos y otros varían. La conexión retenida habitualmente es la nacionalidad del causante en el momento de su muerte¹⁸, si bien ésta se sustituye en ciertos países, como Dinamarca, por la conexión domiciliar (último domicilio del causante), o por la última residencia habitual del causante (caso de los Países Bajos, en aplicación del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989¹⁹).

La conexión nacionalidad se justifica en este ámbito por la consideración de la estrecha relación entre el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones y por la voluntad de los Estados de extender

¹⁵ «System des römischen Recht», vol. 8, 1849, pp. 295-308. Y se acoge el domicilio y no la nacionalidad porque para Savigny la nacionalidad está destinada a regir aspectos de Derecho Público y no de Derecho Privado y porque la sucesión resulta de un hecho jurídico que es la muerte del difunto y su consecuencia jurídica, la desaparición de la persona, y es en el domicilio de ésta donde se manifiestan los efectos jurídicos de su desaparición porque en él, sede jurídica de la persona, es donde están concentrados todos sus intereses patrimoniales. En este sentido: BOULANGER, F., *Étude comparative du Droit International Privé des Successions en France et en Allemagne*, LGDJ, París, 1964, p. 59.

¹⁶ Report de 1874 del Instituto de Derecho Internacional, *Rev. de Droit int. et de lég. Comp.*, 1875, pp. 329-361.

¹⁷ HAOPEI, LI, «Some recent developments in the conflict of laws of successions», *R. des C.*, 1990, pp. 35 ss.

¹⁸ Es el caso de España, Alemania, Austria, Grecia, Italia, Portugal y Suecia.

¹⁹ La regla en los Países Bajos es la aplicación de la ley del Estado de la última residencia habitual del causante si éste era nacional de dicho Estado o había tenido su residencia habitual en ese Estado durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, salvo, en este último caso, que tuviera vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado de su nacionalidad. En los demás casos la regla es la aplicación de la ley nacional del causante salvo que existieran vínculos más estrechos con otro Estado. Una solución cercana a la anterior es la adoptada en Finlandia.

su ley a sus nacionales establecidos en el extranjero. Junto a ello se afirma que la nacionalidad garantiza la seguridad jurídica mejor que el domicilio, ya que en la mayor parte de los casos es fácil de establecer y es más duradera²⁰. A favor del domicilio o la residencia habitual se alega que, frente a la nacionalidad, responden al criterio de mayor vinculación porque el causante tendrá habitualmente más lazos con el Estado de su domicilio o residencia que con el de su nacionalidad, en ese Estado tendrá la mayor parte de sus bienes y además es una ley de aplicación más fácil para las autoridades y asesores de las partes que una ley extranjera, argumentos todos susceptibles de ser contestados²¹. Con frecuencia los países que escogen la conexión domiciliar la refuerzan con algún otro criterio; eso es lo que hace el Convenio de La Haya de 1989, cuyas reglas se han adoptado en los Países Bajos, en el que la ley de la última residencia habitual del causante sólo se aplica si éste tenía la nacionalidad de dicho Estado o residió habitualmente en él los cinco años anteriores a su muerte, salvo, en este último caso, que presentara vínculos más estrechos con el Estado de su nacionalidad. Además, se aplica la conexión nacionalidad en caso de residencia habitual durante menos de cinco años en un Estado que no sea el de la nacionalidad, salvo vínculos más estrechos con otro Estado. Una regla similar se aplica en Finlandia.

10. Junto a lo anterior, la aplicación al conjunto de la sucesión de una ley única no excluye que, en ciertos países, se tenga en cuenta la ley del Estado de situación de los bienes. Por ejemplo, en Alemania la ley aplicable a la sucesión no se extiende a los bienes situados en el territorio de otro Estado si la ley de ese otro Estado los somete a disposiciones especiales²². En un sentido similar el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1989 establece que «*una persona puede designar para regir la sucesión de algunos de sus bienes la ley de uno o de varios Estados. Sin embargo, esta designación no puede afectar la aplicación de normas imperativas de la ley aplicable en virtud de los artículos 3 y 5*» (que establecen el primero la regla general –de unidad– y el segundo la conexión subjetiva, con la especificación de que la ley escogida por el causante lo es para regir el conjunto de la sucesión).

En Finlandia se reserva la aplicación de la ley de situación de los bienes si ésta somete dichos bienes a una legislación especial

²⁰ Para un análisis comparado de los distintos sistemas en la Unión Europea ver «Les successions internationales dans l'UE. Perspectives...» cit., pp. 69 ss.

²¹ Esta conexión es también la que se usa en la Convención nórdica para la sucesión del nacional de un Estado parte muerto en otro estado parte.

²² Sobre este sistema ver SCHÖMMER, H.P./GEBEL, D., *Internationales Erbrecht, Spanien*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2003, pp. 20 ss.

con la finalidad de permitir la continuación de un negocio o profesión o de mantener una indivisión familiar, cualquiera que sea la ley que rige, en principio, la sucesión. También en Suecia se hace una reserva a la aplicación de las leyes especiales del Estado de situación de los inmuebles con independencia de sus objetivos y en Dinamarca la jurisprudencia acepta la aplicación de la ley de situación de los inmuebles si contiene disposiciones especiales relativas a los mismos.

11. En los países con sistemas de fraccionamiento la sucesión se somete a la ley del lugar de situación de los bienes, entendiéndose que, en el caso de los muebles, éstos están situados en el Estado del domicilio del causante.

Este sistema de fraccionamiento es el que está en vigor en los países de common law, como el Reino Unido y USA pero también en otros como Francia, Bélgica y Luxemburgo. En el Reino Unido y USA caben excepciones al principio general del fraccionamiento en el caso de la sucesión testamentaria, en que es posible someter la totalidad de la sucesión a una única ley, aunque ésa no sea la de situación de los bienes inmuebles, y en ciertos supuestos de reenvío.

En este contexto de divergencia de soluciones normativas ha habido ciertos intentos de unificar criterios, si bien hasta ahora han obtenido un éxito muy escaso. La Conferencia de La Haya llegó a aprobar el Convenio de 1989, ya citado, en esta materia, que sólo ha sido ratificado por los Países Bajos²³ por lo que no ha llegado a entrar en vigor, pero cuyo análisis puede resultar útil en la búsqueda de la solución más adecuada.

2) LA SOLUCIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1989 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

12. El Convenio de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 de agosto de 1989 opta por un sistema de unidad en el que la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento es el criterio fundamental, si bien, siguiendo un sistema de acumulación de puntos de conexión, ésta debe concurrir con algún otro criterio (para ser tenida en cuenta la residencia habitual debe ser la de la nacionalidad del causante en el momento indicado o bien haberse manteni-

²³ El Convenio ha sido firmado por Argentina, Luxemburgo, Suiza y los Países Bajos, pero sólo este último lo ha ratificado.

do durante los cinco años inmediatamente anteriores a su muerte. En otro caso, se aplicará la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento). Además de establecerse esta regla se utiliza la conexión flexible de los «vínculos más estrechos», lo que supone la aplicación de la ley con la que la sucesión esté, en función de sus circunstancias, más estrechamente conectada. Esta conexión no juega en absoluto en los casos en los que el causante tenga su residencia habitual en el Estado de su nacionalidad. En el resto de los supuestos opera con distinto alcance en función de las circunstancias: en el caso de que la conexión retenida sea la residencia habitual continuada durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento en un Estado, esta ley puede dejar de aplicarse si el causante presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento sea nacional. En caso de que la aplicable sea la ley nacional ésta puede dejar de aplicarse si el causante presenta en el momento de su muerte vínculos más estrechos –no necesariamente manifiestamente más estrechos– con la ley de otro Estado²⁴.

En el sistema del Convenio las reglas anteriores solo se aplican en ausencia de ejercicio de autonomía de la voluntad, ya que, de acuerdo con su artículo 5, ésta se admite, si bien limitándola a la elección por el causante entre dos leyes: la de su nacionalidad o la de su residencia habitual en el momento de su muerte, especificándose que esa ley regirá el conjunto de su sucesión. Pero esa referencia al conjunto no alude a la necesidad de mantener a toda costa un sistema unitario, sino a los casos en que la sucesión es en parte testada y en parte intestada.

13. Es cierto que cuando se negociaba este Convenio muy pronto se decidió, en lo que se refiere a la conexión objetiva, que se iba a optar por el sistema de la unidad y ello no sólo por razones relativas a la necesidad de adaptación o los problemas de calificación²⁵ que el sistema del fraccionamiento conlleva, sino también por la orientación favorable a la unidad de algunos delegados de países con sistema de fraccionamiento, como el de USA (Prof.

²⁴ Llama la atención, en cualquiera de los dos casos, que la referencia de los vínculos más estrechos sea el causante y no el conjunto de la situación.

²⁵ Uno de los problemas que se alega que plantea el uso de conexiones distintas en el ámbito sucesorio en función de la naturaleza de los bienes es el de la determinación de qué es mueble y qué inmueble. Esta distinción es propia del Derecho Civil, ya que en los países de common law la distinción es entre los países de personal property y los de real property, aplicándose la primera sólo en casos relacionados con países donde no se conoce la segunda distinción (MILLER, G., *Internacional aspects of sucesión*, Ashgate Publishing Ltd., 2000, pp. 33 ss.).

Scoles) o el de Francia (Prof. Lagarde) y por la ausencia de muchas objeciones de la Delegación británica²⁶.

No obstante, si bien la regla general objetiva del Convenio es la unidad, su artículo 15 es una excepción a la misma, al establecer que la ley aplicable en virtud del Convenio lo es sin perjuicio de los regímenes sucesorios particulares a los que se someten ciertos inmuebles, empresas u otras categorías de bienes de acuerdo con la ley de su situación en razón de su destino económico, familiar o social²⁷. También constituye una excepción la admisión del reenvío de segundo grado en el artículo 4, que puede llevar a una fragmentación de la sucesión²⁸. Además en su artículo 6 el Convenio establece la posibilidad de que una persona designe para regir la sucesión de alguno de sus bienes la ley de uno o varios Estados, lo que no puede atentar a las normas imperativas de la ley aplicable en virtud de las disposiciones anteriores.

14. En consecuencia, este texto es un reflejo bastante fiel de la situación: si bien opta por uno de los dos grandes sistemas –el de unidad– no puede dejar de incorporar elementos propios de los sistemas de fraccionamiento porque la realidad es mucho más compleja de lo que puede parecer y obliga a hacer concesiones que impiden hablar de «sistemas puros»²⁹.

²⁶ BRANDI, T., «*Das Haager Abkommen von 1989 über die auf die Erbfolge anzuwendende Recht*», Dunker & Humblot, Berlín, 1996, pp. 207 ss. La propia doctrina inglesa se muestra en ocasiones muy crítica con el sistema de fragmentación, señalando al respecto que aquél podía estar justificado en el pasado, cuando el Derecho inglés preveía dos sistemas sucesorios, uno para los muebles y otro para los inmuebles (o mejor, uno para la «personal property» y otro para la «real property») y se consideraba que las deudas debían pagarse primero sobre los muebles; por ello, era lógico que la *lex domicilii* se aplicara a los muebles y, puesto que los inmuebles no estaban sujetos en primer lugar al pago de las deudas, había pocos inconvenientes en aplicar la *lex situs*. Pero ahora que hay un sistema unificado algunos califican la fragmentación de ilógica e incómoda (SHERRIN, C.H. y BONEHILL, R.C., «*The Law and Practice of Intestate Succession*», Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. 312-313).

²⁷ En el informe explicativo del Convenio se pone de relieve que el precepto no se refiere a todos los bienes inmuebles, incluso si las disposiciones que afectan a los mismos se basan en consideraciones de carácter económico, familiar o social, sino que hay que interpretar este artículo de manera restrictiva, de forma que sólo queden comprendidas en él las situaciones en que sea necesaria la protección de derechos hereditarios irrenunciables (párr. 12).

²⁸ Se puede hacer, no obstante, una reserva a este artículo sobre la base del artículo 24 del Convenio.

²⁹ Por otra parte, el propio elenco de materias que el Convenio considera sucesorias es una muestra de las divergencias entre sistemas y de la concepción mucho más amplia que de la materia sucesoria existe en los sistemas continentales –devolución, transmisión y administración– respecto de la de los países de Common Law –sólo devolución–, ya que la transmisión y la administración se rigen por la ley del foro. En este sentido se ha señalado que el artículo 7.2 del Convenio representa el mínimo común denominador de materias que todos los Estados consideran sucesorias y que el 7.3 contempla la «zona gris» (*A Law Reform Comisión Report on The Hague Convention (1989) on the Law of Succession to Estates of Deceased Persons*, Dublín, 1991, p. 64).

3) JUSTIFICACIONES TEÓRICAS DE UNO Y OTRO SISTEMA

15. El tema de la opción por un sistema de unidad o por un sistema de fragmentación ha sido tratado abundantemente y desde distintas aproximaciones por la doctrina.

Para algunos se trata de hacer un análisis de los intereses en juego y de determinar qué sistema satisface mejor, y en qué medida lo hace, tales intereses³⁰. Desde esta óptica se afirma que el interés fundamental del causante es que su sucesión se rija por aquel ordenamiento que esté más estrechamente vinculado con su persona, lo que conduce a un sistema basado en una conexión personal –en la forma de ley nacional o de la residencia habitual– y no a una conexión real, ya que difícilmente, se dice, será equivalente la vinculación que el causante pudiera tener con el Estado de situación de sus bienes y la existente con el Estado de su residencia o nacionalidad. Para los herederos, siempre según esta teoría, el interés es el mismo, es decir, la aplicación del ordenamiento con el que estén más estrechamente vinculados. Lo que ocurre es que, en su caso, de tomarse este interés en cuenta podría aplicarse una ley distinta en relación con cada uno de los herederos, lo que no se considera una solución deseable. Pese a ello, el fraccionamiento jugaría en su contra, ya que les llevaría a la aplicación de ordenamientos estatales, sobre la base de una conexión real, con los que pueden no tener ningún vínculo y también porque las posibilidades de manipulación de tales conexiones reales por el causante son mayores (por ejemplo a través de la venta de muebles y compra de inmuebles con el fin de que la sucesión se rija por la ley de situación de éstos, o a través de la colocación de los inmuebles en manos de una sociedad, de forma que lo que se hereden sean acciones o participaciones sociales).

Desde la perspectiva de los acreedores, y siempre según esta teoría, es indiferente la adopción de un sistema u otro, puesto que en los sistemas que admiten la fragmentación ésta se refiere sólo a los activos de la sucesión, pero no al pasivo, que sigue siendo único, de manera que de las deudas del causante sigue respondiendo el conjunto del patrimonio de éste. Por último, los intereses del tráfico resultan beneficiados por un sistema de conexiones reales, ya que éste permite llevar a una misma ley los aspectos puramente sucesorios y los reales, lo que evita las discrepancias que pueden

³⁰ BRANDI, T., «Das Haager Abkommen...», cit., pp. 162 ss. Para un análisis de los intereses presentes en las sucesiones internacionales, si bien desde la óptica del estudio de la autonomía de la voluntad en el ámbito sucesorio ver DREHER, K., *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht*, Meter Lang, 1998.

llegar a producirse entre una y otra, que dificultarían en algunos casos la efectiva transmisión de la propiedad de los bienes. Sin embargo, desde la perspectiva de los intereses del Estado de situación, esta postura no considera que su posibilidad de control sobre los inmuebles en él situados sea en sí misma suficiente para justificar la opción por un sistema u otro.

Este análisis, que no difiere en su contenido esencial, y sí sólo en su forma de presentación, del que tradicionalmente se viene haciendo en esta materia, concluye que, de todos los intereses en juego, sólo unos, los del tráfico, abogan por el mantenimiento de una conexión basada en la situación de los bienes, que puede conducir a la fragmentación, mientras que todos los demás remiten a una conexión personal, basada en la persona del causante, lo que conduce a un sistema unitario.

16. Desde la óptica opuesta se han elaborado ciertas teorías a favor de la fragmentación que merecen un comentario por ser un intento de justificación dogmática más elaborada que otras argumentaciones en pro de esta solución. En este sentido se ha distinguido entre los aspectos horizontales y los verticales de la sucesión³¹, señalándose que los primeros hacen hincapié en la consideración del patrimonio del causante como elemento esencial de la sucesión, mientras que los verticales prestan especial atención a los bienes que se transmiten individualmente considerados. Desde una perspectiva puramente teórica señala J. Héron³² que la conexión de la sucesión con la ley personal reposa en tres argumentos que están en la base de todas las tesis personalistas de finales del siglo XIX y principios del XX. En primer lugar que la sucesión se basa en el principio de la continuación de la persona del difunto por el heredero; en segundo que la sucesión no se puede desligar del Derecho de familia y, en consecuencia, se debe sujetar a la misma conexión que éste, es decir, la ley personal del causante y, por último, que la base de toda sucesión es el testamento, no teniendo la sucesión intestada más que un carácter supletorio y pudiendo concebirse como una manifestación de la voluntad implícita del causante. Ello implica que hay que designar una única ley porque no se puede testar conforme a ordenamientos distintos y a veces contradictorios.

No obstante, señala este autor, todos esos argumentos son fácilmente rebatibles. El primero porque numerosos ordenamientos,

³¹ HÉRON, J., *Le morcellement des successions internationales*, ed. Económica, París, 1986.

³² *Le morcellement des successions...*, cit., pp. 102 ss. Esta teoría ha sido específicamente refutada por HAOPEI LI en «Some recent developments...», cit., pp. 9-22, espec. pp. 62 y 63.

angloamericanos y musulmanes, por ejemplo, ignoran la idea de la continuación de la persona del causante. Además la continuación de la persona está ligada a la idea de universalidad y parte de la base de que el heredero recoge el patrimonio del difunto, pero el patrimonio constituye un objeto ideal que no es susceptible de ser localizado. El patrimonio desaparece junto con la persona y la sucesión no consiste en la transmisión de éste, sino en la de todos los bienes del causante y de cada uno de ellos. En cuanto al argumento derivado del Derecho de familia cabe alegar que puede haber sucesión sin familia. Además, si la protección de la familia puede ser una de las finalidades del legislador en materia sucesoria, esta finalidad no determina la ley aplicable a la sucesión, de la misma forma que el matrimonio que, entre otros fines, se admite tradicionalmente que busca la procreación no se somete a la ley de los hijos³³.

Por último, continúa Héron, no puede afirmarse de manera absoluta la primacía de la sucesión testada sobre la intestada y, además, la concepción de la segunda como expresión de la voluntad del causante carece de base alguna. En consecuencia, todos los argumentos personalistas, y por ende unitarios, reposan efectivamente sobre opciones legislativas y no sobre cuestiones esenciales y además sólo se preocupan de la devolución y no de otros mecanismos sucesorios³⁴.

No obstante, el mismo autor admite que hay aspectos de la sucesión en los que, si no absolutamente necesario, sí es desde luego más útil desde la perspectiva de la facilidad en la realización de las operaciones necesarias y de la disminución de los riesgos para los afectados, la consideración de la herencia como un patrimonio global. Ese es el caso de la garantía de la igualdad de herederos que exige la división de la herencia en lotes, lo que hace que los bienes pierdan en cierto sentido su individualidad y que su atribución se haga no sobre la base de sus características propias, sino en razón de su valor, a fin de que todos los lotes alcancen el mismo. El buen sentido aconseja no multiplicar las fracciones porque eso complica inútilmente las operaciones de liquidación de la sucesión,

³³ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 104. Para BATIFFOL H. se trata de una materia en la que confluye todo el Derecho privado tanto el Derecho de familia como el de propiedad y obligaciones («Le pluralisme des méthodes», *R. des C.*, 1973, T.139, p. 440). PLAISANT R. afirma, por su parte, la confluencia en este sector de los intereses de la familia, del Estado, los terceros y el estatuto real (*Les règles de conflits dans les traités*, París, 1946, p. 230). Desde la perspectiva del Derecho español en la contemplación del fenómeno sucesorio no hay que olvidar que, cualquiera que sea su vinculación, evidente por otra parte, con el Derecho de familia, nuestro CC sitúa la regulación del mismo en el Libro III que lleva por título «De los distintos modos de adquirir la propiedad», cuyo Título III regula las sucesiones y no en el Libro I «de las personas».

³⁴ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 105.

lo que hace aconsejable el sometimiento de estas operaciones a una ley única con un solo juego de lotes, señalándose que una ley única que afecta a todos los bienes de la sucesión es el único sistema que permite aportar a la liquidación de las deudas una solución satisfactoria³⁵.

17. Frente a lo anterior, se dice que es cierto que en el sistema de unidad se requiere sólo una ley para gobernar la sucesión, pero se enfrenta a la realidad de que tiene que permitir a los inmuebles situados en otro Estado ser gobernados por la ley de ese Estado si éste tiene un sistema de fragmentación. Al calcular las cuotas de los herederos forzosos un Estado unitario puede tomar en cuenta el valor de la totalidad de los bienes del difunto aunque sólo sea capaz de satisfacer a tales herederos con los bienes que se encuentren en su territorio. En esos casos el cálculo realizado puede resultar en la práctica ficticio, porque es posible que cualquier intento del heredero de obtener el pago de la herencia mediante la realización o adjudicación de bienes inmuebles situados fuera del Estado en que se ha abierto la sucesión es probable que sea rechazado por los tribunales del lugar de situación³⁶.

El argumento es el siguiente: por mucho que el Derecho del Estado A establezca que la sucesión se somete íntegramente a la ley nacional del causante cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes que integran la herencia, si el Estado donde efectivamente se halla alguno de esos bienes no admite esa regla, sino que considera que es su propia ley la que debe regir la sucesión sobre ellos, no admitirá tampoco las consecuencias que sobre la propiedad de tales bienes tiene la aplicación de la ley de A. Desde mi punto de vista esta afirmación es, cuanto menos, matizable. Sobre ello se vuelve al final de este trabajo al tratar de la transmisión de la herencia.

18. Las posturas anteriores, que en absoluto pretenden ser una descripción exhaustiva de los argumentos a favor y en contra de una u otra de las opciones posibles, sí permiten constatar que ninguno de los dos sistemas está exento de inconvenientes y que en relación con cualquiera de ellos es necesario establecer elementos de corrección.

Sea cual sea la perspectiva que se adopte, los argumentos doctrinales a favor de uno u otro de los sistemas se pueden reconducir a una serie de elementos comunes. En contra del fraccionamiento o

³⁵ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 110; BATIFFOL, M., «Réflexions sur la loi applicable aux successions», *Festgabe für A.N. Makarov*, Tübingen et Berlin, 1958, pp. 791 ss. Sobre esta cuestión también se pronuncia SIMÓ SANTONJA, V. L., *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, ed. Tecnos, 1968.

³⁶ HAYTON, D., *European Sucesión Laws*, Jordans, 1998, p. 9.

escisión se señala que facilita la aparición de inadaptaciones o desajustes (por ejemplo en el caso de que un testamento sea válido para un ordenamiento e inválido para otro, o que las cuotas hereditarias difieran en cada ordenamiento, complicando con ello la liquidación de la herencia); que la escisión puede quedar descartada de hecho si no es admitida por el Derecho del foro ante el que se sustancia el supuesto litigioso y, además, que puede hacer ineficaz la voluntad del testador en la sucesión testamentaria al no ser compatibles las disposiciones del testador con los mandatos de la *lex rei sitae*, que puede imponer legítimas u otras limitaciones que no han sido tenidas en cuenta por el testador en su disposición. A cambio, se dice, dicho sistema presenta algunas ventajas, como que garantiza y protege mejor los intereses de terceros, sobre todo de los acreedores del causante, y proporciona una solución muy efectiva al someter la sucesión de los inmuebles a la *lex rei sitae*, lo que es admisible por el ordenamiento en que esta ley se inserta aunque no utilice la misma conexión.

A favor del modelo de unidad de la sucesión se argumenta la ventaja de su correlación con la unidad y universalidad de la sucesión cuando es recogida en Derecho interno; además, se dice, ayuda a que sea el mismo ordenamiento jurídico el que regule las relaciones de familia y la sucesión del causante, situación deseable por la estrecha relación existente entre estas materias, y es una solución sencilla y fácil de aplicar porque evita la multiplicidad de operaciones sucesorias paralelas a que puede dar lugar la fragmentación. Como contrapartida la aplicación de la ley personal del causante puede resultar ilusoria si la totalidad o parte de sus bienes están situados en un Estado que no acepta este tipo de conexiones y se inclina por las de carácter territorial³⁷.

Como es obvio, cualquiera de los argumentos a favor o en contra de los dos sistemas presenta puntos en los que puede ser rebatido. De lo que se trata es de delimitar si existe globalmente un mayor porcentaje de «eficacia» de uno frente a otro.

Por otra parte, todo lo anteriormente señalado no responde sino a simplificaciones excesivas porque lo cierto es que en los países con un sistema de unidad no dejan de encontrarse excepciones a este principio derivadas fundamentalmente de razones de índole práctica y que los autores que con más profundidad se ocupan de estas cuestiones no pueden dejar de reconocer lo artificial de la

³⁷ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, 537, 1989, pp. 3567 ss.; CALVO CARAVACA, A. L., «Comentario al artículo 9.8», cit., p. 355; «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español» *RGD*, 502-503, 1986, pp. 3103 ss.; DAVI: «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato erpeo delle successioni», *Riv. Dir. Not.*, 2005, pp. 297 ss..

categorización. Como señala M. Férid la afirmación de que la sucesión forma un todo es una idea seductora muy fácil de formular pero imposible de realizar porque una ley única no puede regir el conjunto de la transmisión sucesoria sin concesiones sea a la ley del lugar de situación del bien, sea a la del procedimiento, llegando este autor a afirmar que la unidad de la sucesión, sea territorial, sea funcional, solo puede calificarse de «bello sueño» e, incluso, «ficción peligrosa»³⁸.

4) SOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL

19. Nuestro sistema³⁹ designa la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento como ley reguladora de la sucesión, sea testada o intestada, cualesquiera sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, si bien en relación con la sucesión testamentaria el momento en el que se fija la determinación de la ley nacional se modifica, al fijarse en el del otorgamiento del testamento, con algunas salvedades, como se verá en páginas posteriores. Del mismo modo, y a fin de garantizar la adaptación entre el régimen matrimonial y los derechos sucesorios, se someten los derechos sucesorios del cónyuge viudo a la ley reguladora de los efectos del matrimonio, dejando a salvo las legítimas de los descendientes⁴⁰.

20. Se viene señalando tradicionalmente que el sistema español es de unidad⁴¹, y es cierto que desde una perspectiva material la concepción romanista de la sucesión impera en nuestro ordenamiento. Como señalan Díez-Picazo y Gullón la sucesión es la sustitución de un sujeto por otro en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos, pasando a definir estos autores el Derecho de sucesiones como «*la parte del derecho privado*

³⁸ «Le rattachement autonome de la transmission successorale en Droit international privé», *R. des C.*, 1974-II pp. 190-191. Al realizar esta última afirmación toma la cita de M.E. Mezger en Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 24 de noviembre de 1953, *Rev. Crit.*, 1953, p. 699.

³⁹ Artículo 9.8 del CC.

⁴⁰ Sobre esta necesidad de adaptación y las formas de conseguirla ver ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, ed. Aranzadi, Madrid, 1993.

⁴¹ El sistema de unidad es el que viene imperando desde el siglo XIX, primero por vía jurisprudencial y luego legislativa, al recogerse esta solución en el anterior artículo 10.2 del CC. Nuestro Derecho más antiguo, sin embargo, recogía un sistema de fraccionamiento. En este sentido, la Partida III, Título XIV, Ley 15, sometía la transmisión de los bienes en general, incluida la que se operaba por vía sucesoria, a la *lex rei sitae*. En los Proyectos de CC redactados durante la primera mitad del siglo XIX no se contenía una regulación específica de las sucesiones en Derecho internacional privado, sino que éstas se sometían al régimen general de los bienes.

*constituida por un conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y de las que con este motivo se producen»*⁴². Pero a esto hay que hacer como mínimo dos acotaciones: la primera es que en España coexisten junto a un sistema sucesorio común regulado en el CC, sistemas sucesorios forales y que de alguno de estos últimos no se puede afirmar que se rija por el principio de unidad. Es el caso, por ejemplo, de la troncalidad vizcaína y el derecho de abalorio previsto en la Compilación de Aragón; incluso dentro de la regulación del CC las reservas previstas en los artículos 811 y 968 y siguientes pueden considerarse excepciones a la regla general.

*El ejemplo de la troncalidad vizcaína es especialmente claro: los bienes raíces situados en la tierra llana de Vizcaya deben conservarse dentro del tronco familiar de que proceden. Eso implica que, de acuerdo con los artículos 18 y siguientes de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, que sustituye a la Compilación Foral de Vizcaya, los vizcaínos, aunque no residan en territorio foral, sólo podrán disponer a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de los bienes troncales a favor de los parientes tronqueros si los hubiere. Como consecuencia de lo anterior, los bienes troncales tienen un régimen sucesorio específico por su conexión territorial, mientras que los demás bienes están sometidos a la conexión personal, de forma que si la vecindad civil del causante era común se aplicará el Derecho común a la sucesión en los demás bienes y el Derecho vizcaíno a los bienes troncales*⁴³.

21. La segunda acotación es que la pretendida unidad debe ser puesta en duda incluso en relación con el sistema del CC, como acertadamente ha puesto de relieve Iriarte. Señala este autor que tal unidad viene contradicha por el propio artículo 9.8 del CC cuando señala que *«las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra ley la que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán,*

⁴² *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 323. Como resulta de la nota anterior, esta no es, no obstante, la concepción de nuestro más antiguo Derecho histórico, que a estos efectos ni siquiera individualizaba el sector respecto de la transmisión de los bienes en general, con lo que indudablemente no primaba esta visión personalista, sino la real.

⁴³ Hay ciertos autores que no consideran que en la situación descrita se pueda hablar de una quiebra de la regla general de la unidad, sino que, puesto que para apreciar que estamos en el supuesto de la troncalidad es necesario apreciar además de la ley de situación del bien la condición personal de vizcaíno que imperativamente debe tener el causante se trata de un Derecho excepcional al Derecho Común y no de Derecho especial del mismo rango que el común. Siendo así, no puede influir en los principios generales de Derecho Internacional Privado, como los de unidad y universalidad en la sucesión (CASTELLANOS, E., *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, ed. Comares, Granada, 2001, p. 79).

en su caso, a esta última» y que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»⁴⁴, así como por el Convenio de 6 de marzo de 1919 entre España y Grecia⁴⁵.

Este autor añade un argumento más de orden lógico que de apoyo legislativo, como es que el tratamiento unitario de la sucesión no respeta la naturaleza de los inmuebles, por lo que la propia lógica jurídica invita a pensar que la unidad de la sucesión no es absoluta y que se puede prescindir de ella «cuando el juego de las normas de conflicto y de aplicación españolas al incidir sobre inmuebles fueren a la ruptura de la misma»⁴⁶.

III. SEGUNDA PARTE: CUESTIONES PREVIAS AL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO SUCESORIO

1) INTRODUCCIÓN

1. Descrita la situación desde una perspectiva teórica hay que ponerla, además, en relación con la práctica de las sucesiones internacionales. Para ello puede resultar útil partir de los distintos pasos a seguir desde la apertura de la sucesión ante una autoridad estatal hasta la liquidación de la misma con la correspondiente transmisión a los herederos de los bienes hereditarios.

Adelanto que al hacer este análisis se constata: (i) que la tradicional distinción entre los sistemas de unidad y los de fragmentación en la determinación de la norma de conflicto en el ámbito sucesorio es una simplificación excesiva porque la realidad es mucho más compleja y las diferencias entre ordenamientos en

⁴⁴ Esta interpretación no es acogida, ni mucho menos, por la totalidad de la doctrina española; así, por ejemplo, BORRÁS, A., en su comentario a este artículo interpreta esta remisión como una disposición destinada a resolver el conflicto móvil y garantizar el favor señala que responde al principio de unidad y universalidad («Comentario al artículo 9.8», Comentario del CC, Ministerio de Justicia, 1995, T. I, p. 97). En el mismo sentido CASTELLANOS, E., en *Unidad vs. pluralidad*, cit., p. 71.

⁴⁵ Convenio celebrado el 6 de marzo de 1919 fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente. Su artículo 13 establece que la sucesión de los bienes inmuebles se regirá por los tribunales u otras autoridades competentes del país dentro del cual estén situados los inmuebles y conforme a sus leyes. Por el contrario, el artículo 14.1 prevé que la sucesión de los bienes muebles se regirá por los tribunales o autoridades competentes del Estado a que pertenezca el difunto y conforme a las leyes de ese Estado.

⁴⁶ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío...», cit., pp. 3575 ss. También BORRÁS, A., afirma que en el sistema español «la unidad quiebra en casos que muestran que es un sistema solo preponderantemente personal» («Comentario al artículo 9.8», cit., pp. 95 ss.).

algunas cuestiones lo suficientemente acusadas como para cuestionar la dicotomía. No obstante, a efectos analíticos se mantiene la distinción; (ii) que gran parte de los problemas suscitados en el ámbito de las sucesiones internacionales derivan de la propia internacionalidad del supuesto y no de la opción por un criterio conflictual u otro; (iii) que los problemas tradicionalmente alegados respecto de cada uno de los dos grandes sistemas mencionados y que han sido descritos, en ocasiones no son tales o, cuanto menos, no son de imposible solución; (iv) que algunos de los aspectos de las situaciones internacionales guardan ciertas semejanzas con las insolvencias internacionales y que el análisis de tales semejanzas puede resultar útil para el establecimiento de una regulación de las características de la que quiere emprender la Unión Europea en el ámbito de las sucesiones.

2. Entre las cuestiones que se suscitan con independencia del modo de determinación de la norma de conflicto se encuentra, por ejemplo, la relativa a la constatación de la existencia o no de testamento o la relativa a la admisión o inadmisión del reenvío. Otras cuestiones sí se plantean de forma distinta según cual sea el sistema de determinación de la norma de conflicto escogido, pero al analizarlas hay que tratar de determinar si realmente las divergencias que se suscitan son tan relevantes como en ocasiones se afirma.

Por ello, se van a analizar en primer lugar las dos primeras cuestiones mencionadas (constatación del fallecimiento y, en su caso, existencia o no del testamento y reenvío) para a continuación estudiar la verdadera relevancia de la opción por un sistema conflictual de unidad o de fragmentación en el desarrollo del proceso sucesorio y, en concreto, la incidencia de la fragmentación sobre la determinación de la validez del testamento, las modalidades de aceptación y las consecuencias de aplicar una o varias leyes sobre los acreedores y los herederos, sobre la administración de las sucesiones y sobre la partición y transmisión de la propiedad de los bienes a los herederos. Al analizar este segundo núcleo de cuestiones se va a estudiar la posibilidad de utilizar el paradigma concursal para resolver algunos de los problemas que suscitan.

2) CUESTIONES PREVIAS

A. APERTURA DE LA SUCESIÓN Y EL REGISTRO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES

3. En Derecho español el fallecimiento del causante supone el inicio del proceso sucesorio, si bien no produce por sí solo y auto-

máticamente la transmisión de la herencia. Se parte de la base de que el heredero o los herederos suceden a la persona del causante en sus derechos y obligaciones, pero que para que eso ocurra es necesario que se produzca una aceptación por parte de éstos cuyos efectos se retrotraen al momento del fallecimiento.

El proceso se inicia ante una autoridad española, notario o juez, que actúa no en su función contenciosa, sino en un expediente de jurisdicción voluntaria⁴⁷, al que se aporta el testamento o la declaración de no existir éste. Esta situación plantea varias cuestiones, en primer lugar, si se otorgó o no testamento; si la respuesta es afirmativa es necesaria la certeza de que se trata del último otorgado, ya que el testamento es revocable. En caso de asegurarse que no se otorgó testamento alguno es necesario asimismo garantizar la certeza de que ello fue así.

4. Esta necesidad de certeza, que se plantea tanto en situaciones internas como internacionales, es, sin embargo, más difícil de conseguir en el segundo caso y no es sino una constatación fáctica. Primero habrá que estar seguro de unos hechos: el fallecimiento⁴⁸ y la existencia o inexistencia de testamento. Sólo tras ello se plantea la validez o invalidez del testamento o quién es heredero en caso de sucesión intestada y se da entrada a las leyes aplicables para resolver esas cuestiones. Pero la cuestión previa, fáctica, se produce en cualquier caso y con independencia de qué ley se va a aplicar para regir la sucesión.

a) *El Registro General de Actos de Última Voluntad*

5. En España el Registro General de Actos de Última Voluntad está destinado a cumplir la misión señalada en los párrafos anteriores. Se trata de una entidad dependiente orgánicamente de la Dirección General de Registros y del Notariado, cuya función es el registro del otorgamiento de los testamentos y la emisión de certi-

⁴⁷ El artículo 135 del Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, que fue retirado y cuya suerte resulta en este momento incierta, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 27 de octubre de 2006, núm. 109-1, pp. 1 ss.) preveía que cuando los únicos herederos abintestato de la persona fallecida sean sus descendientes, ascendientes o cónyuge obtendrían la declaración de herederos abintestato mediante acta de notoriedad tramitada por notario hábil para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio en España. Los demás herederos abintestato habrían de obtener su declaración, a su elección, bien mediante acta de notoriedad tramitada conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, bien mediante expediente administrado por el Secretario Judicial.

⁴⁸ Sobre esta cuestión no hay que olvidar la existencia del Convenio sobre constatación de ciertas defunciones hecho en Atenas el 14 de septiembre de 1966 (BOE núm. 71, de 22 de marzo de 1980, corrección de errores en BOE número 170, de 16 de julio), del que son parte España, Grecia, Países Bajos, Portugal y Turquía.

ficados de actos de última voluntad. En concreto incorpora la información remitida por los Colegios Notariales sobre los testamentos otorgados ante todos los notarios españoles y por las Delegaciones Consulares acerca de los testamentos otorgados en el extranjero ante cónsules españoles, así como los testamentos autorizados en cualquiera de los países firmantes del Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972.

Tanto notarios como cónsules están obligados a proporcionar esa información. Se registran también en este órgano los testamentos otorgados en el extranjero por cualquier ciudadano que manifieste el deseo de que sean registrados en España, si bien en este caso la seguridad que proporciona el Registro es evidentemente menor que en los anteriores, al depender la inscripción de la voluntad de los interesados, dada la imposibilidad de imponer a través de una norma española obligaciones a las autoridades extranjeras similares a las impuestas a las españolas, salvo que convencionalmente se haya establecido algún sistema de cooperación.

Como continuación de esa función el Registro emite los Certificados de actos de última voluntad que informan de la existencia de los testamentos, el lugar y la fecha de su otorgamiento y del nombre del notario ante el que se otorgó a solicitud de los posibles herederos, los propios otorgantes de los testamentos que lo solicitan en vida y cualquier ciudadano español o extranjero que necesite conocer si existe o no testamento y lo solicite desde el extranjero. También procede a la legalización de certificados otorgados en el extranjero.

En el supuesto de que el causante falleciera abintestato los herederos acuden al notario para tramitar el Acta de Declaración de Herederos abintestato que el Registro debe incorporar semanalmente tras su remisión por los Colegios Notariales.

En consecuencia, el Registro garantiza la certeza en relación con los documentos y Actas de Declaración de Herederos abintestato cuando éstas se han otorgado ante autoridad española o ante alguna de las comprendidas en el Convenio de Basilea, pero cuando no estamos en ninguno de esos casos lo único que hace es legalizar los certificados expedidos en el extranjero.

6. El sistema es, pues, de alcance limitado. Además ni en todos los países existe un sistema de registro similar al descrito, ni es operativo tener que acudir a los registros situados en todos los lugares donde el causante pudo razonablemente otorgar testamento para tener la certeza necesaria sobre su situación sucesoria porque, aunque no será lo habitual, en ciertos casos eso puede llevar a tener que consultar a varios Estados con los consiguientes gastos y las

dilaciones temporales que ello supone. Ese sería el caso, si por ejemplo, el causante estuvo a lo largo de su vida domiciliado en distintos Estados, o si, sin llegar a estarlo, pasaba frecuentes temporadas en algunos de ellos.

b) *El Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972*

7. El Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972⁴⁹ y en vigor en España desde el 29 de septiembre de 1985 fue elaborado en el seno del Consejo de Europa⁵⁰ y pretende, según sus propios términos, «*instituir un sistema que permita a un testador hacer que se inscriba su testamento con el fin de, por una parte, reducir los riesgos de que éste se ignore o se conozca tardíamente y, por otra parte, facilitar después del fallecimiento del testador el descubrimiento de dicho testamento*».

Con esa finalidad se establece un sistema por el que cada uno de los Estados contratantes crea un organismo único o varios organismos cuyo cometido es la inscripción de los testamentos y la atención a las peticiones de información⁵¹, con el fin de facilitar, después del fallecimiento del testador, el descubrimiento de su testamento. Además, se debe crear un organismo nacional, que no necesariamente debe ser el mismo que el anterior y que puede ser incluso una entidad privada, como una asociación profesional de notarios⁵², que se encarga de la inscripción del testamento, a petición del testador, el notario, la autoridad pública o una persona habilitada para tal otorgamiento en los demás Estados contratantes y de responder a las peticiones de información que procedan de los organismos nacionales de los demás Estados contratantes.

Por otra parte, salvo ampliación por parte de los Estados, no se prevé la inscripción de cualquier testamento, sea cual sea su forma, sino de aquellos expresamente previstos: (i) los que consten en escritura auténtica autorizados por un notario, autoridad pública o

⁴⁹ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1985. El Convenio ha sido ratificado por Bélgica, Chipre, Estonia, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España y Turquía y firmado, aunque no ratificado por Dinamarca, Alemania, Ucrania y el Reino Unido.

⁵⁰ Aunque con la voluntad de no limitarlo a sus miembros, sino de permitir su ratificación también por Estados no miembros, circunstancia que, sin embargo, no se ha producido (*Explanatory Report*, núm. 5, www.conventions.coe.int).

⁵¹ En el caso español ese organismo es, como resulta de párrafos anteriores, el Registro General de Actos de Última Voluntad de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Durante la elaboración del Convenio se analizó la posibilidad de crear un Registro internacional, pero finalmente se decidió no hacerlo.

⁵² Así resulta del *Explanatory Report*, núm. 14. En el caso de España es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

cualquier persona, habilitados a tal efecto por la ley de dicho Estado, así como otros testamentos que hayan sido objeto de un acto oficial de depósito en poder de una persona o de una autoridad calificada para recibirlos en depósito, (ii) los ológrafos que, si la legislación de dicho Estado lo permite, se hayan entregado a un Notario, a una autoridad pública o a cualquier persona habilitados a tal efecto por la ley de dicho Estado sin que se haya extendido acta oficial de depósito. En este caso, el testador podrá oponerse a la inscripción si la ley estatal no lo prohíbe; (iii) si revisten una forma que implica la inscripción, retirada, revocación y demás modificaciones de los testamentos inscritos de conformidad con los criterios anteriores. En cualquiera de los casos es irrelevante la nacionalidad del testador, en virtud del artículo 6 del Convenio.

El último apartado de los indicados en el párrafo anterior se incluye con la finalidad de mantener el Registro actualizado, estableciendo al efecto que las anulaciones, revocaciones y otras modificaciones de los testamentos inscritos, también deben ser registradas. No obstante, esta actualización no siempre se consigue, y así, en los casos en que la revocación o modificación no se hace en una forma que haga el registro obligatorio, según lo hasta ahora visto, no será inscrita (es decir, en el caso de que el Derecho interno permita que esos actos revistan una forma distinta a la del testamento inscrito que modifican es posible que no accedan al registro, si no reúnen los requisitos previstos por el Convenio). Por ejemplo, un testamento otorgado ante Notario se inscribe y es posteriormente revocado por un testamento ológrafo en relación con el cual no se ha extendido un acta oficial de depósito. Si en este caso el testador se opone al registro, el testamento ológrafo que revoca el anterior no será inscrito⁵³.

Se prevé asimismo que la inscripción deberá efectuarse a requerimiento del notario, la autoridad pública o la persona habilitada a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, pero no se señala si por parte de cualquiera de ellos es obligatoria la presentación de los documentos a inscripción. Los Estados pueden además decidir que en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias la solicitud la realice el testador. Este último, el notario, la autoridad pública o la persona equivalente ya mencionada pueden además solicitar la inscripción del testamento, con intermediación de los organismos nacionales establecidos, en otro Estado contratante.

Por otra parte, el mecanismo descrito se establece sólo a efectos de publicidad y en ningún caso prejuzga la validez de los testamentos inscritos, como resulta del artículo 10 del Convenio, que señala

⁵³ *Explanatory Report*, núm. 21.

que el mismo «no afectará a las normas que en cada uno de los Estados contratantes rijan en materia de invalidez de testamentos y otros documentos a que se refiere el presente Convenio». Además, durante la vida del testador el registro es secreto, pero tras su muerte puede ser consultado por cualquiera, con el único requisito de que esa persona presente un certificado de defunción u otra prueba de la muerte.

8. La cuestión que plantea la existencia de este Convenio es si en el ámbito comunitario resulta suficiente y, en consecuencia, lo que hay que propiciar es su ratificación por los Estados miembros que todavía no la han llevado a cabo o sí, por el contrario, es aconsejable su denuncia por quienes lo han ratificado y su sustitución por otro Convenio o, incluso, puestos a admitir la competencia comunitaria en el ámbito del Derecho de sucesiones, por un Reglamento que instituyera un sistema de registro y de cooperación de autoridades para el ámbito de la Unión Europea con un grado de imperatividad mucho mayor.

Desde la perspectiva de la eficacia, el Convenio de Basilea presenta fundamentalmente dos puntos débiles: el primero es el hecho de que sólo algunos testamentos accedan a los registros creados por los Estados a estos efectos y el segundo el escaso grado de imperatividad de las inscripciones. En relación con la primera cuestión la finalidad de publicidad debería verse favorecida permitiendo la inscripción de cualquier testamento que pueda ser considerado válido desde el punto de vista formal en el Estado de inscripción, para lo cual habría que dejar cierto margen de apreciación al encargado del Registro a efectos de que valorase dicha validez. Por otra parte, y para garantizar la eficacia, el grado de imperatividad en lo que se refiere a la obligación de comunicación al Registro de los testamentos otorgados por parte de todos los implicados (autoridades intervinientes y testador fundamentalmente) debería ser mayor.

En consecuencia, y al menos con una finalidad facilitadora resultaría útil el establecimiento de un sistema europeo de registro, cuyo funcionamiento permitiera presumir que en caso de no figurar ningún testamento registrado el causante murió intestado.

B. EL REENVÍO

9. La admisión o no del reenvío es uno de los temas clásicos del Derecho Internacional Privado de sucesiones. El propio interés y actualidad de la figura se cuestiona en los últimos años, conside-

rándose por muchos una institución desfasada⁵⁴ (los Convenios internacionales más modernos lo excluyen casi sistemáticamente)^{54 bis}, que, sin embargo, si en algún ámbito mantiene cierto interés, y no meramente teórico, es en el sucesorio, a la luz de la jurisprudencia.

De nuevo nos encontramos ante una cuestión que se suscita con independencia del sistema sucesorio adoptado, pero si tiene sentido tratarla aquí no es sólo por el amplio tratamiento que le ha dispensado la doctrina en relación con el Derecho de sucesiones, sino sobre todo porque, desde la perspectiva española, las conclusiones a las que tradicionalmente se llega en relación con la valoración que al abordar esta cuestión hace nuestra jurisprudencia sobre el carácter esencial o no del sistema de unidad pretendidamente establecido por el artículo 9.8 del CC deben ser matizadas. Como se verá a continuación, y en contra de la postura mayoritaria, deben serlo para llegar a la conclusión de que nuestro Tribunal Supremo no considera ese principio tan esencial como para no poder ser abandonado en ciertos casos si con ello se consiguiera una mejor regulación del supuesto de hecho sucesorio que se expone a su consideración.

10. En el origen del reenvío se encuentra ya un asunto sucesorio; se suele citar el caso Forgo⁵⁵ como iniciador de esta doctrina, sin perjuicio de que ya con anterioridad en la jurisprudencia francesa se había planteado la cuestión, aunque no había sido tratada individualmente⁵⁶. Tras esta sentencia la doctrina se ha debatido entre la aceptación y el rechazo de esta figura, así como sobre el sentido y utilidad de la misma⁵⁷.

11. Una de las justificaciones tradicionales de la admisión del reenvío ha sido la consideración de que a través de él se consigue la armonía internacional de soluciones, puesto que el juez del foro resuelve el caso de acuerdo con la ley que aplicaría el juez de Estado al que

⁵⁴ FOYER, J., «Requiem pour le renvoi?», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1979-1980, pp. 105 ss. El cuestionamiento del reenvío es una constante de quienes se han ocupado de esta figura en los últimos años; para una visión general ver CALVO, A. y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 226 ss.

^{54 bis} No lo hace, sin embargo, el Reglamento 593, de 17 de junio de 2008 (Roma I), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo artículo 20 lo admite con carácter limitado.

⁵⁵ Sentencia de la Cour de Cassation francesa de 24 de junio de 1878.

⁵⁶ CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 222 ss. Estos autores hacen un muy útil repaso de la evolución doctrinal en esta materia.

⁵⁷ Basta ver al respecto las posturas encontradas de POTU, E., *La question du renvoi en droit international privé*, Dijon, 1913 y PILLET A. : «Contre la doctrine du renvoi», *Rev. de Droit Privé et Droit pénal international*, 1913, pp. 1 ss. y en *Mélanges Pillet*, II, París, 1924, pp. 129 ss. frente a NIBOYET, J. P., «Froland, les conflits de qualification et la question du renvoi», *RDIP*, 1926, pp. 1-25; y BATIFFOL, H., «Principes de Droit international Privé», *R. des C.*, 1959, vol. 97, pp. 435-570, por ejemplo.

su norma de conflicto le remite⁵⁸. No obstante, como acertadamente pone de relieve Virgós, el reenvío no es necesario para producir la armonía internacional, sino que, entendida ésta como una finalidad no estética, sino funcional, que persigue lograr la continuidad jurídica de las resoluciones a través de las fronteras nacionales, se consigue también con independencia de la norma de conflicto que se aplique porque en los modernos sistemas de reconocimiento no hay control de la ley aplicada⁵⁹. Además, incluso de aceptarse la necesidad del reenvío para conseguir la armonía, debería hacerse con alcance limitado, ya que para alcanzarla es necesario que sólo admita el reenvío uno de los ordenamientos en juego, puesto que de lo contrario lo que se produce es una situación de «desarmonía»⁶⁰. En concordancia con ese carácter instrumental del reenvío, el autor llega a la conclusión de que éste no debe ser aplicado en ningún caso de sucesión testada porque la única función que puede asignarse al reenvío tal como aparece regulado en nuestro CC es la simplificación en la aplicación del Derecho y una función meramente instrumental no debe tener como consecuencia la invalidación de la última voluntad del causante⁶¹.

12. Si se admite la figura del reenvío hay que hacerlo con un alcance limitado, siendo la posición más adecuada la de quienes sostienen que el reenvío no debe admitirse como solución general, sino que su aplicación debe reservarse a ciertos casos en los que puede contribuir a alcanzar soluciones justas⁶², como hacen los ordenamientos más modernos⁶³.

a) *El reenvío en Derecho comparado*

13. En el ámbito de la Unión Europea se distingue un primer grupo de Estados que admite ampliamente el reenvío tanto de pri-

⁵⁸ En este sentido CASTELLANOS, E., *Unidad vs pluralidad...*, cit., pp. 80 ss.

⁵⁹ VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 2003, p. 194. Dice también este autor que la norma sobre el reenvío determina la admisibilidad del mismo, pero que la oportunidad de su utilización viene determinada por la norma de conflicto en juego (p. 198).

⁶⁰ VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones...», cit., pp. 192-193. Afirma este autor que «la armonía es irrealizable a través de un instrumento de lógica meramente formal» (p. 193).

⁶¹ VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones...», cit., p. 185. También en *El trust y el Derecho español*, ed. Aranzadi, 2006, p. 144.

⁶² Es la tesis del reenvío funcional defendida, entre otros, por LEWALD, H., «La théorie du renvoi», *R. des C.*, 1929, vol. 29, pp. 519-616 y FRANCESCakis, Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, Sirey, 1958.

⁶³ Véase, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley de Derecho Internacional Privado italiana (Ley 218, de 31 de mayo de 1995, *Gaz. Uff. Rep. It.* de 3 de junio de 1995) o los artículos 16 y ss. del CC portugués. En esa línea se sitúa también la doctrina belga (VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruylant, Bruselas 2003, p. 746).

mer como de segundo grado. En él se integran Alemania, Austria, Italia (que sólo admite el de segundo grado si la remisión es, a su vez, admitida por el tercer Estado) y, a través de la fórmula de la *foreign court theory*⁶⁴ también el Reino Unido. En un segundo grupo se sitúan Estados como Grecia, Dinamarca, Finlandia y Suecia, hostiles al reenvío, y en un tercero el resto de los Estados que, si bien admiten el reenvío, lo hacen de forma limitada. Es el caso de Bélgica, Luxemburgo, Irlanda, Portugal y los Países Bajos.

Por su parte el ya mencionado Convenio de La Haya de 1989, adoptando en su artículo 4 una solución no exenta de complejidad, admite el reenvío sólo si en virtud de la norma de conflicto general es aplicable la ley de un tercer Estado, cuyas reglas de Derecho internacional privado consideran aplicable la ley de otro Estado que, éste sí, aplicará su propia ley⁶⁵.

b) *La posición del ordenamiento español frente al reenvío: la pretendida preservación del sistema de unidad.*

14. Desde la perspectiva del ordenamiento español el reenvío se admite en el artículo 12.2 del CC, si bien de manera limitada, ya que sólo cabe el llamado de retorno e incluso éste, si atendemos a nuestra jurisprudencia, no es de aplicación automática, sino que sólo entra en juego si conduce a soluciones satisfactorias, racionales y justas⁶⁶. En ese sentido se interpreta el tenor literal⁶⁷ del citado artículo que sólo habla de «*tener en cuenta*» y en ningún caso de la obligada aplicación de las normas de conflicto del ordenamiento extranjero, aunque remitan al Derecho español. Dice el Tribunal Supremo en su sentencia Lowenthal, de 15 de noviembre de 1996⁶⁸ que «*la frase tener en cuenta no equivale a que deban*

⁶⁴ Según ésta, el juez inglés aplicará la ley que hubiera sido aplicada por el juez del Estado al que le conduce la norma de conflicto, admitiendo o no el reenvío en función de lo que dicho juez hiciera (Deutsches Notarinstitut: Les successions..., cit., p. 91; CASTELLANOS, E., *Unidad vs pluralidad*..., cit., pp.), lo que ha llevado en ocasiones a los tribunales ingleses a aplicar una única ley a toda la sucesión, incluso aunque su sistema es de fragmentación (in re Duke of Wellington, in re Ross). Sobre el sistema inglés ver MILLER, G., *Internacional aspects*..., cit., 23; Dicey & Morris on the conflicts of laws, 13th ed. 2000, p. 84-95 Sin embargo, al parecer el Derecho alemán sí pone el tema del reenvío en relación con la unidad de la sucesión (BRANDI, T., *Das Haager Abkommen* ..., cit., pp. 196 ss.).

⁶⁵ Resulta del tenor literal de este artículo que sólo se admite el primer reenvío si las reglas de Derecho internacional privado del Estado al que se efectúa la remisión consideran aplicable la ley de éste y no sí, a su vez, condujeran a otro Estado.

⁶⁶ STS 15 de noviembre de 1996 (as. 887/1996, RJ 1996/8212) y 21 de mayo de 1999 (436/1999, RJ 1999/4580).

⁶⁷ Señala este artículo que «*la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*».

⁶⁸ Sentencia 887/1996, cit. En el caso el causante era un nacional del Estado de Maryland, domiciliado en Londres en el momento de su fallecimiento que había otorgado

aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español tener en cuenta quiere decir tener presente, considerar, y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso».

En línea con esa afirmación nuestra jurisprudencia más reciente tiende a rechazar la admisión del reenvío, con la justificación, unida a otras, de que su admisión supondría la fragmentación de la sucesión, sobre la base de que el artículo 12.2 es una norma de aplicación o funcionamiento que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica en materia de sucesiones y que ésta (el artículo 9.8) establece un sistema de carácter universalista⁶⁹.

Para nuestro Tribunal Supremo, el artículo 12.2 del CC, como norma instrumental, está al servicio de los objetivos específicos del concreto sector sobre el que verse el litigio y el de la universalidad de la sucesión es uno de ellos. No así, sin embargo, el respeto de las legítimas de los descendientes establecida en Derecho español. Sobre esta cuestión señala la sentencia Lowenthal citada que el reenvío debe entenderse como *«un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el Derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta sala del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado en España ni la residencia ni el domicilio»*. Añade esta sentencia que la legítima, que conforme al Derecho español se reclamaba en este caso, *«no pertenece a la materia protegida por el orden público interno»*⁷⁰.

Es curioso que en relación con las legítimas nuestro más alto tribunal se plantee si son no de orden público pero que obvие esa cuestión respecto del principio de unidad. En relación con éste se

varios testamentos, en el último de los cuales, otorgado en Málaga, instituye heredero a su hermano y, en caso de premoriencia, a los hijos de éste, expone que tiene dos hijos pero no los excluye expresamente de la herencia y revoca cualquier testamento anterior. Los hijos del causante interponen en España demanda en la que solicitan que se declare la nulidad del testamento basándose en que según la ley del Estado de Maryland la desheredación de los descendientes ha de ser expresa y nominal.

⁶⁹ Este es curiosamente un argumento utilizado por los tribunales ingleses cuando se tienen que plantear el reenvío en relación con el ordenamiento español. Véanse los casos in re Adams e in re Duke of Wellington y el artículo de IRIARTE, J. L., «Doble reenvío y unidad...», cit., pp. 3561 ss.

⁷⁰ Lo mismo afirma BORRÁS, A., que considera que no son de orden público ni las legítimas ni el orden de suceder porque existen distintos sistemas dentro de España que regulan la cuestión de manera no uniforme («Comentario del artículo 9.8», en *Comentarios...*, cit., p. 97).

limita a afirmar que es el previsto por nuestro ordenamiento, pero en ningún caso afirma, como sin embargo sí parece concluir parte de la doctrina, que sea un principio esencial o de orden público. Y probablemente no lo hace porque esa sería una afirmación difícil de argumentar a la luz de lo que se ha señalado en páginas anteriores en relación con nuestra norma de conflicto en materia de sucesiones. Llama asimismo la atención que el Tribunal ponga de relieve el hecho de que el causante no haya mantenido en España ni su residencia ni su domicilio porque puede llevarnos a pensar que, de haber sido de otra manera, de apreciarse vínculos más estrechos con el ordenamiento español, la conclusión podría haber sido distinta.

Por su parte, la sentencia del mismo tribunal de 21 de mayo de 1999⁷¹, en la que la admisión del reenvío no hubiera supuesto la fragmentación de la sucesión, señala que *«la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contraria al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación un principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar; manifestación de la autonomía de la voluntad»*. Añade citando la sentencia de 1996 que *«la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego»*.

Si bien es cierto que en estas sentencias se proporciona como una de las justificaciones de la no admisión del reenvío el argumento de que, de admitirlo, se rompería la unidad de la sucesión, lo cierto es que no es ese el único que utilizan, sino que añaden un argumento que los

⁷¹ Sentencia 436/1999, *cit.* En el caso resuelto en esta sentencia el causante, de nacionalidad inglesa, falleció en España, donde residía, dejando testamento otorgado ante el notario de Almendralejo, en el que deja los derechos legitimarios a sus tres hijos e instituye heredera universal a su segunda esposa. La herencia estaba formada por un inmueble situado en España y varios bienes muebles. Aplicada a la sucesión la ley inglesa, los hijos entienden que debe regirse por la ley española en aplicación del reenvío de retorno.

comentaristas de ellas apenas toman en consideración como es que la finalidad de conseguir la armonía internacional de soluciones no se conseguiría admitiéndolo porque no se respetaría el principio de libertad de testar propio del Derecho anglosajón. Al hacer este razonamiento el Tribunal Supremo está mezclando dos niveles de análisis distintos, el conflictual y el material: si por armonía internacional de soluciones entendemos resolver como haría el juez del Estado a cuya legislación nos conduce nuestra norma de conflicto, esta se consigue en el plano conflictual. Por el contrario el argumento del no respeto a la libertad de testar es material: es el ordenamiento llamado a aplicarse al caso el que decide si tal libertad existe o no existe. Y ese es el mismo argumento que lleva a rechazar el reenvío en la segunda.

En cualquier caso, sí parece poder deducirse de la argumentación de ambas sentencias que el Tribunal Supremo estaría dispuesto a admitir el reenvío incluso aunque eso supusiera la ruptura de la unidad de la sucesión si al hacerse se respetara la armonía también desde el punto de vista de las soluciones materiales. Eso parece llevarnos a la consideración de que el reenvío se admitiría si en España no existiera la limitación de las legítimas, es decir, si en el punto controvertido resolviera como el Derecho de Maryland, porque el respeto de las legítimas propugnado por el Derecho español no conduce a un criterio más justo que el americano. La cuestión es si se admitiría el reenvío si la conclusión fuera la contraria.

En definitiva, lo que viene a decir el Tribunal Supremo en estas sentencias es que el reenvío sólo es admisible si aplicando la ley española se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado la ley extranjera, lo cual lo convierte en un mero instrumento formal: se respeta el Derecho conflictual extranjero siempre que, de hacerlo, se alcance un resultado materialmente similar al que se hubiera producido de haber atendido sólo al mandato de la norma de conflicto española y la consecuencia jurídica de ésta: el Derecho extranjero. Es posible que se piense que de esta manera se garantiza la armonía internacional de soluciones, pero más bien parece que la utilidad del reenvío en estos casos es puramente estética ⁷².

⁷² Señala CASTELLANOS, E. que con esta nueva línea jurisprudencial lo que pretende el Tribunal Supremo es beneficiar el normal funcionamiento de la norma de conflicto y alejarse de la lectura literal del 12.2, de la que resulta que «*la única, verdadera e inconfesable razón del precepto es abrir una vía más para la aplicación de Derecho material español al fondo del asunto: un puro legeforismo. En definitiva, la interpretación que da el Tribunal Supremo sobre la admisión del reenvío supone su muerte*», en *Unidad vs. pluralidad...*, cit., p. 122. Esta visión del 12.2 como puro legeforismo ya había sido anteriormente puesta de relieve por la doctrina (ver BORRÁS, A., «Artículo 12.2 del CC», *Comentarios...*, cit., p. 141; CALVO, A., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, UNED, Madrid, 1995, p. 146).

De estas sentencias, parte de la doctrina extrae una conclusión probablemente más general de lo que las propias sentencias hacen aconsejable. En esta línea Calvo y Carrascosa señalan que para valorar si en un caso concreto procede o no el reenvío deben concurrir ciertas condiciones: (i) que no produzca una vulneración de los principios inspiradores de la norma de conflicto española; (ii) no admitirlo si la norma de conflicto española es una norma materialmente orientada; (iii) no admitirlo si la norma de conflicto se basa en el principio de previsibilidad del derecho aplicable, lo que ocurre en sectores como las obligaciones no contractuales, la persona jurídica y los derechos reales; (iv) no admitirlo cuando la conexión de la norma de conflicto española es la autonomía de la voluntad, ya que se presume que lo que las partes eligen es una determinada ley material⁷³.

En aplicación de la primera de las condiciones mencionadas, los citados autores llegan a la conclusión de que el reenvío no se debe admitir en materia de sucesiones si su admisión lleva a la fragmentación de la sucesión porque la unidad es un principio esencial de nuestro ordenamiento⁷⁴. No obstante, no es evidente que esa sea una visión que responde a la realidad legislativa y jurisprudencial española; como se ha visto en páginas anteriores afirmar que el conjunto del sistema sucesorio español es un sistema de unidad es cuanto menos discutible. Es cierto que ese es el punto de partida del artículo 9.8 del CC, pero también lo es que ese mismo artículo incluye dos apartados que, aunque introducidos con otra finalidad, producen un resultado contradictorio con la pretendida unidad. Siendo eso así no se puede afirmar el carácter esencial de la misma.

15. Las sentencias mencionadas tienen la virtud de venir a aclarar por fin una cuestión que en el tenor literal de artículo 12.2 del CC no está resuelta: el carácter obligatorio o facultativo del reenvío, optando por este último al permitir que el juez decida si procede o no su aplicación en virtud de las circunstancias del caso. De ahí a afirmar que lo que dice el Tribunal Supremo es que el límite está en la unidad del sistema puede ser ir demasiado lejos, puesto que cabe entender que para el tribunal esa es una circuns-

⁷³ *Derecho internacional...*, cit., pp. 231-232.

⁷⁴ En el mismo sentido interpreta las sentencias citadas CASTELLANOS, E., *Unidad vs. pluralidad...*, cit., pp. 80 ss. Frente a esta posición otros autores afirman, con carácter general, que en los países con un sistema de unidad la preservación de ésta no debe llevar al rechazo del reenvío, porque si éste tiene alguna justificación es precisamente en el campo de las sucesiones, donde encontró su origen y donde más ha sido aplicado. En este sentido, FÉRID, M., «Le rattachement...», cit., pp. 99-102; GRAHL-MADSEN, A., «Conflict between the principle of unitary succession and the system of scission», *ICLQ*, núm. 28, 1979, pp. 604-607.

tancia más a tener en cuenta a la hora de valorar la admisión o inadmisión del reenvío en un caso concreto, pero no parece que por sí sola sea suficiente para no admitir el reenvío ⁷⁵.

La jurisprudencia menor se muestra fluctuante en relación con el tratamiento del reenvío, pero, en cualquier caso, incluso en los supuestos en los que lo admite, la referencia a que al hacerlo no se produce el fraccionamiento de la sucesión parece incluirse más como una constatación que como un argumento jurídico relevante. En efecto, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de diciembre de 1996 ⁷⁶ se señala «*siendo además de una gran relevancia a estos efectos el hecho de que la demandada no haya podido acreditar la existencia de otros bienes inmuebles o de naturaleza mobiliaria fuera o incluso dentro de España, lo que podría haber acarreado una fractura del concepto unitario de herencia...*». Pero de ello no cabe deducir que el reenvío no hubiera sido admitido de ninguna manera en caso contrario: la sentencia se limita a señalar que hay un obstáculo que no se presenta, pero en ningún momento dice que, de presentarse, dicho obstáculo fuera insalvable ⁷⁷.

16. Interpretado de esta manera más parece que nuestros tribunales hagan uso o no del reenvío en función de lo que en cada caso les parece que conduce a la solución más justa del caso concreto. Y aunque eso entraña riesgos, e incluso se puede alegar que es contrario a la certeza jurídica, no hay que olvidar que esa es la función última de la labor de juez y que el automatismo en la aplicación o no del reenvío en nombre de un principio, como el de la unidad de la sucesión, que no puede considerarse esencial en nuestro ordena-

⁷⁵ En este sentido se ha señalado que afirmar de manera absoluta la unidad de la sucesión nos lleva «*al círculo de la abstracción excesiva, a la aplicación fría y mecánica de la norma de conflicto*» y que «*la unidad de la sucesión no puede erigirse en la piedra angular sobre la que asiente la admisión o inadmisión del reenvío, y ello en base fundamentalmente a dos consideraciones: en primer lugar porque la propia redacción del artículo 9.8 relativiza en gran medida el valor de este principio; en segundo lugar porque su utilización como criterio determinante no siempre contribuye a la solución más racional y más justa*». I. AYALA en Nota en *REDI*, 1998, 2, pp. 244-249.

⁷⁶ AC 1996/2411. Nota de I. AYALA en *REDI*, *cit.* Junto a esta sentencia hay otras en que los tribunales actúan con mayor automatismo y admiten el reenvío sin más análisis. Tal es el caso de la sentencia de la AP de Alicante de 19 de noviembre de 1991, *RGD*, núms. 577-578, 1992, p. 10751, Nota de S. SÁNCHEZ LORENZO en *REDI* 1993, 2, pp. 498 ss. y de la de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de diciembre de 1988, *RGD* núm. 543, 1989, pp. 8651-8654, Nota de M. MOYA en *REDI*, 1990, 2, pp. 634 ss.

⁷⁷ Más bien parece que en este caso lo que se pretendió fue evitar que prosperase la libertad de testar del derecho inglés frente a las pretensiones de la hija menor del causante no mencionada en el testamento porque no había nacido cuando éste se otorgó, por lo que parece tratarse de lo que en Derecho español se considera una preterición no intencional. La sentencia resuelve reconociendo el derecho de la menor a la legítima. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz se afirma que «*la redacción del actual artículo 12.2 es muy deficiente y resulta muy contradictoria*» (Sentencia de 11 de julio de 1995, AC 1995/1395. Comentario de J. CARRASCOSA en *REDI*, 1996, 2, pp. 312 ss.).

miento, no contribuye a su realización. Como se ha visto, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado con carácter general la imposibilidad de adoptar una postura de aceptación o rechazo sin matices del reenvío y la necesidad de proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. Que ello en algunas ocasiones se traduzca en la conveniencia de mantener la unidad no quiere decir que deba ser así en todos los casos, sino que la flexibilidad preconizada puede hacer necesaria otra postura en función de las circunstancias del supuesto concreto⁷⁸.

c) *Consecuencias*

17. Admitido todo lo anterior no se puede, sin embargo, dejar de señalar que la solución en una futura reglamentación comunitaria debería ser clara y que no puede dejar de regularse en dicho texto la figura del reenvío si se quieren evitar soluciones divergentes para el mismo tipo de cuestiones. Es cierto que si se unifican las normas de conflicto de todos los Estados miembro no se planteará la cuestión del reenvío en las relaciones intracomunitarias, pero si lo que se aprueba es un Reglamento con carácter *erga omnes*, es decir, un Reglamento cuyas normas de conflicto son aplicables aunque la ley a la que remitan sea la de un Estado no miembro se abre de nuevo la puerta a la cuestión del reenvío y a la unidad o el fraccionamiento de la sucesión.

Parece, pues, inevitable concluir que las justificaciones tradicionales del reenvío han perdido su vigencia y si con él lo que se pretende conseguir es la armonía internacional de soluciones⁷⁹ hay otros modos de alcanzarla, de una manera mucho más sencilla: fundamentalmente a través de un sistema de reconocimiento efectivo en el que no se establezca control alguno de la ley aplicada. Junto a ello, una reglamentación internacional que unifica las solu-

⁷⁸ Como señala AYALA, I., «Utilización del reenvío, en suma, como factor de flexibilización no sólo de la rigidez de la norma de conflicto, sino de esos principios pretendidamente absolutos presentes en dicha norma. Y aunque tal planteamiento alarga en alguna medida las sombras de la inseguridad jurídica, no es sino otra manifestación de la dicotomía seguridad jurídica-justicia material presente en el Derecho Internacional Privado moderno» (En Nota, cit., p. 249).

⁷⁹ Es verdad que la armonía internacional no es la única justificación que se da al reenvío sino que, junto a ésta, hay otras, como por ejemplo, el que en ciertos casos permite dejar de aplicar una ley escasamente conectada con el supuesto de hecho para aplicar otra que presenta con el mismo una vinculación mayor. No obstante, como justificación resulta endeble: si la norma de conflicto no garantiza la vinculación lo que hay que hacer es modificar aquella. Además la admisión del reenvío no garantiza dicha finalidad; podrá alcanzarla en ciertos casos, pero no parece que esa posibilidad, por sí sola y en abstracto sea suficiente para el mantenimiento de una figura obsoleta, cuyo mantenimiento en el ordenamiento contribuye a generar mayor inseguridad. Para la panorámica general de las distintas funciones del reenvío, ver CASTELLANOS, E., *Unidad vs pluralidad*, cit., pp. 80-141.

ciones conflictuales debería excluir el reenvío y asegurarse con ello la aplicación de la ley material designada por las normas de conflicto que introduce. Si, no obstante, decide admitirse esta figura en la futura regulación de la materia, al menos desde la perspectiva de Derecho español es cuestionable su rechazo con base en el principio de unidad de la sucesión⁸⁰.

IV. TERCERA PARTE: EL DESARROLLO DEL PROCESO SUCESORIO

1) VALIDEZ DEL TESTAMENTO

1. Establecida la existencia de un testamento pueden surgir dudas acerca de su validez formal o material. Cuando la necesidad de llevar a cabo esa valoración se plantea en un supuesto internacional es necesario determinar, en primer lugar, cuál de entre todas las leyes susceptibles de ser aplicadas es la que debe decidir la cuestión. En este contexto es cierto que los sistemas de fraccionamiento presentan inconvenientes que no se plantean en los de unidad.

Una de las críticas al sistema de fraccionamiento de la sucesión es que, al tener que valorar un mismo testamento de acuerdo con leyes distintas, es posible que aquél sea válido para unas e inválido para las otras, lo que puede llevar a soluciones injustas y, sobre todo, no buscadas por el testador.

Ejemplo: A muere dejando en su testamento como herederos a sus dos hijos, instituyendo a uno de ellos heredero de la totalidad de sus bienes situados en Francia y al otro de la totalidad de sus bienes situados en Italia. Abierta la sucesión en un Estado que somete la sucesión a leyes distintas en función del lugar de situación de los bienes, una de esas leyes puede considerar el testamento válido y la otra inválido. En el ejemplo asumíamos que la ley francesa admite la validez mientras que la italiana la niega. La consecuencia sería que el hijo instituido heredero sobre los bienes en Francia recibiría tales bienes, mientras que en Italia se abriría la sucesión ab intestato que llama a suceder a los dos hijos, con el consiguiente reparto entre ambos de los bienes situados en Italia, con lo cual el primero resulta claramente beneficia-

⁸⁰ En sus respuestas a las cuestiones planteadas por el Libro Verde, el Notariado italiano se muestra partidario de un modelo similar al del artículo 4 del Convenio de La Haya de 1989 si bien con algunos matices, al no limitar los ulteriores reenvíos operados por el Derecho de un tercer Estado, como, sin embargo, sí hace el Convenio. Consideran además que, en aquellos casos en los que el Derecho de un tercer Estado, remite al de un Estado miembro hay que admitir el reenvío incluso si eso supone fraccionar la sucesión («Réponses au questionnaire...», cit. p. 27).

do y el segundo perjudicado. Esa situación no se produce en un sistema de unidad.

2. No obstante, siendo cierto que se pueden llegar a producir situaciones como la descrita en el ejemplo, hay que distinguir entre aquellos casos en los que la causa de nulidad que se alega es de carácter formal y aquellos otros en los que es de carácter material porque ambas cuestiones se plantean de distinta manera en el contexto internacional. Ello es así porque en la mayor parte de los Estados de nuestro entorno se encuentran en vigor disposiciones destinadas a favorecer la validez formal de los testamentos, que hacen que se minimice el riesgo de que un testamento sea considerado nulo por razones formales.

A. VALIDEZ FORMAL

3. Un buen número de Estados miembro de la Unión Europea, entre ellos España, ha ratificado el Convenio de La Haya sobre los conflictos leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias⁸¹ que, por tratarse de un Convenio *erga omnes*, en el caso español implica el desplazamiento del artículo 11 del CC, salvo tal vez por lo señalado en el artículo 3 del Convenio⁸².

El Convenio se refiere a los testamentos y a las disposiciones testamentarias en general, mientras que el artículo 11 del CC regula la forma de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos y es un artículo no exclusivamente aplicable al ámbito del Derecho sucesorio, sino regulador de la forma de los negocios jurídicos en general.

El elemento común de ambos textos es su punto de partida: la idea de que es necesario favorecer la realización de los negocios a que se refieren, de forma que la validez de los mismos se vea en la menor medida de lo posible cuestionada por aspectos exclusivamente formales. Para ello la técnica utilizada es la designación de varias conexiones alternativas de manera que el testamento, o las disposiciones testamentarias, serán válidos si lo son conforme a cualquiera de las leyes designadas por dichas conexiones.

⁸¹ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988. Este Convenio ha sido ratificado por un número considerable de Estados miembro de la unión Europea: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, habiéndose producido además la adhesión de Estonia, Irlanda y Polonia. Además, son parte varios Estados no miembro de la UE.

⁸² No obstante, dada la amplitud de las conexiones que prevé el artículo 1 del Convenio, esta remisión se concreta únicamente en la admisión del testamento consular del 734 del CC.

4. Por lo que se refiere al Convenio, su artículo 1 establece un amplio elenco de conexiones, pero además el artículo 3 señala que el Convenio no se opone a «*las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en los artículos precedentes*», con lo que se abre la puerta al regreso del artículo 11 del CC⁸³.

5. Del juego de ambos textos resulta que en España es válido el testamento que respete la forma de cualquiera de las siguientes leyes: (i) la del lugar en que se otorgó, (ii) la de la nacionalidad del testador sea en el momento en que dispuso, sea en el del fallecimiento, (iii) la del domicilio del testador en cualquiera de los momentos anteriores, (iv) la de residencia habitual del testador también en cualquiera de esos momentos, (v) respecto a los inmuebles la del lugar en que estén situados.

El artículo 11 del CC español afirma, además, la validez de los actos jurídicos cuya forma se adecua a la prevista por la ley que es a su vez aplicable a su contenido. Pese a que la formulación es distinta, con ello no se está introduciendo una nueva ley, ya que la aplicable al contenido será alguna de las relacionadas en el párrafo anterior. Por otra parte, el apartado 3 de este artículo 11 establece que «*si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero*». Esta referencia a la forma *ad substantiam* no puede ser interpretada en este contexto en un sentido estricto que pudiera llevar a privar de contenido las disposiciones del Convenio y poner en peligro el favorecimiento de la validez formal de los actos jurídicos más que en casos muy excepcionales. En ese sentido, en el sistema español, y pese al tenor literal del artículo 687 del CC, que prevé que «*será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*», la jurisprudencia ha mitigado el rigor de este precepto estableciendo que cualquiera que sea la sustancialidad y trascendencia de los defectos atribuidos al testamento, no puede invocar su nulidad quien ha prestado o trae causa de quien prestó

⁸³ Pese a que, como es habitual en los Convenios de La Haya, cuando el artículo 1 del Convenio recoge las conexiones previstas lo hace descartando el juego de las normas de conflicto de la ley a la que remiten, a través de este artículo 3 sí se da entrada a las mismas. Así lo han interpretado ciertos autores, como PLANELL DEL POZO, M. C., y CHECA, M., en VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions...*, cit., pp. 83 ss.). No obstante, también puede interpretarse como una simple remisión a las disposiciones internas del foro.

su conformidad a la disposición o ha ejecutado la misma⁸⁴, lo que parece negar la condición *ad substantiam* de los requisitos formales exigidos.

6. De todo lo anterior resulta que, al menos desde la perspectiva del Derecho español y de la de todos los Estados firmantes del Convenio de La Haya, la validez formal de un testamento, en la medida en que está sometida a una conexión separada y no a la *lex successionis*, no depende de que se haya optado por un sistema de fraccionamiento o no. No obstante, el Convenio reintroduce esta dicotomía al prever la posibilidad de considerar el testamento válido en lo que se refiere a las disposiciones relativas a los inmuebles si lo es según la forma prevista en el Estado de situación de aquéllos. Es verdad que, dado el amplio abanico de conexiones del Convenio, la situación en que el testamento sólo sea válido respecto del Derecho del Estado de situación de los inmuebles y no lo sea para ninguna de las otras leyes que pueden servir de parámetro valorativo se va a producir muy rara vez, pero, de darse esa situación, se reintroducen los problemas que clásicamente se imputan a los sistemas de fraccionamiento sucesorio y permite que se produzcan situaciones como la expuesta en el ejemplo al inicio de este epígrafe.

7. De lo anterior resulta que, sin dejar de contemplar el riesgo que en la sucesión testamentaria supone el fraccionamiento, desde el punto de vista de la validez formal esta posibilidad se minimiza dado el principio *favor testamentii* que, en general, informa las legislaciones en esta materia. Desde esa perspectiva sería aconsejable fomentar la ratificación por los Estados miembro de la Unión Europea del Convenio de La Haya mencionado a efectos de unificar las soluciones en esta cuestión.

B. VALIDEZ MATERIAL

8. Además de por cuestiones relativas a la forma, la nulidad del testamento puede venir determinada tanto por su propio contenido (porque las disposiciones del testador contravengan alguna norma del ordenamiento jurídico de un determinado Estado de forma tal que determinen su nulidad) como por falta de capacidad del testador⁸⁵ o vicios del consentimiento. Desde un punto de vista conflictual estos dos grupos de cuestiones pueden recibir un trata-

⁸⁴ Sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908 y 15 de marzo de 1951, entre otras. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, ed. Tecnos, 1990, p. 353.

⁸⁵ La falta de capacidad de los herederos se plantea no en sede de determinación de la validez del testamento, sino en un momento posterior del proceso sucesorio.

miento distinto en función de cuál sea la calificación que del concepto «materia sucesoria» se haga en cada Estado. De este modo, mientras el contenido del testamento se considera sin matices materia sucesoria, los ordenamientos continentales consideran en general que la capacidad para testar y la valoración del consentimiento del testador son cuestiones que deben ser resueltas en aplicación de la ley personal del mismo en el momento de otorgar el testamento; sin embargo, en los países de *common law* tales cuestiones reciben también una calificación sucesoria. Por ese motivo los dos tipos de cuestiones se van a analizar separadamente.

a) *Capacidad y vicios del consentimiento*

9. Como acaba de señalarse, en los países anglosajones las cuestiones relativas a la capacidad para testar y al consentimiento prestado por el testador se someten a la ley rectora de la sucesión⁸⁶, mientras que en los continentales están sujetos a conexiones separadas⁸⁷. En este contexto la doctrina española defiende la sumisión de las cuestiones relacionadas con la capacidad para testar y con el consentimiento, y los vicios invalidantes del mismo, a la ley personal del causante y, en relación con la capacidad, también lo hace nuestra jurisprudencia⁸⁸.

10. En los sistemas que siguen un modelo similar al español, planteada la nulidad del testamento por falta de capacidad o por vicios del consentimiento, el juez analizará en primer lugar la validez del mismo de acuerdo con la ley aplicable a tales aspectos y si llega a la conclusión de que el causante no era capaz, o que se produjo algún vicio que invalidaba su consentimiento, declarará la nulidad de aquél sin llegar a analizar su contenido. Si, por el contrario, llega a la conclusión de que no concurren las anteriores circunstancias, el análisis del contenido del testamento se someterá a la *lex successionis*⁸⁹, una o varias, en función del sistema, de unidad o fragmentación, adoptado. Esta solución puede llevar a situaciones en las que el testamento

⁸⁶ Ver al respecto MILLER, G., *Internacional Aspects of Sucesion*, cit., pp. 161 ss.

⁸⁷ En este sentido también el ya mencionado Convenio de La Haya de 1989, cuyo artículo 7 al determinar el ámbito de la *lex successionis* prevé que se aplicará a la validez en cuanto al fondo de las disposiciones testamentarias, lo que parece excluir las cuestiones de capacidad y consentimiento (párrafo 2, apartado a).

⁸⁸ CAVO CARAVACA, A., en *VVAA: Derecho internacional privado*, Parte Especial, Eurolex. Madrid 1993, pp. 549-551 y sentencias de TS citadas por él de 14 de diciembre de 1901, 18 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928.

⁸⁹ Es cierto que en los sistemas que separan las dos cuestiones (ley aplicable a la capacidad y consentimiento y ley aplicable a la sucesión) ambas se someten a la ley personal, pero ésta se puede concretar de distinta manera o en distintos momentos, con lo que es posible que conduzcan a ordenamientos materiales distintos.

hubiera sido considerado nulo por la ley aplicable al fondo si ésta hubiera entrado a conocer de la capacidad para testar o del consentimiento prestado por el testador y, sin embargo, es válido para la ley considerada aplicable para resolver las cuestiones de capacidad o consentimiento. No obstante, en la medida en que la primera no es la llamada a resolver la cuestión no produce los problemas que derivan de la fragmentación y se han puesto de relieve en el ejemplo.

El sistema descrito, en definitiva, sustrae una materia a la fragmentación y en esa medida permite la valoración del testamento tomando como parámetro un solo ordenamiento. Si, por el contrario, las cuestiones de capacidad y consentimiento se someten a la *lex successionis* se favorece la posibilidad de testamentos válidos para un ordenamiento y nulos para otro. Es decir, y como es obvio, en la medida en que sustraemos elementos a la fragmentación favorecemos la unidad.

11. Frente a lo anterior, si las cuestiones anteriores se someten a la conexión sucesoria, el problema se plantea en todos sus términos: habrá más de una ley determinante de la validez o nulidad del testamento y la posibilidad de respuestas contradictorias con incidencia en la producción o no de un resultado respetuoso con la voluntad de causante se reproducen.

Planteada la capacidad de A para testar, la norma de conflicto del Estado X somete esa cuestión a la ley personal de A y dicha ley considera a A incapaz, por lo que el testamento será declarado nulo y se abrirá la sucesión ab intestato. Si, por el contrario, A es considerado capaz se analizará el contenido de las cláusulas testamentarias de acuerdo con la lex successionis. Si X responde a un sistema de fragmentación, el testamento se deberá valorar en su contenido de acuerdo con distintas leyes, por lo que en este momento, y no antes, se introduce la posibilidad de que se produzcan las consecuencias mencionadas en el ejemplo planteado al inicio de este epígrafe. Si, por el contrario, X somete tanto las cuestiones de capacidad y consentimiento como las de fondo a la conexión sucesoria y ésta responde a un sistema de fragmentación, la necesidad de valorar conforme a parámetros distintos se produce desde el primer «escalón» (capacidad y consentimiento), con lo que las posibilidades de conclusiones divergentes aumentan.

b) *Contenido de las disposiciones del testamento*

12. El contenido del testamento, es decir, el modo en que el testador dispone de sus bienes para el caso de su fallecimiento haciendo uso de su autonomía de la voluntad material es, para todos

los ordenamientos y sin ninguna duda, materia sucesoria. Siendo así, el inconveniente suscitado por la utilización de un criterio de fragmentación en la determinación de la ley sucesoria puesto de relieve al inicio de este epígrafe y que consiste en la posibilidad de que uno de los ordenamientos en presencia considere que el testamento es válido y otro, sin embargo, que es nulo, con los desajustes y distorsiones que eso puede provocar en el procedimiento sucesorio, se plantea claramente en este caso. No obstante, conviene entrar a analizar cuáles son las cuestiones en que estas divergencias pueden llegar a producirse.

En este sentido, una de las materias en que las divergencias en la regulación sustantiva con incidencia en la sucesión testamentaria ha suscitado más comentarios es el de la reglamentación de las legítimas, desconocidas en algunas legislaciones y reguladas de manera divergente en aquellas que las conocen⁹⁰. Esta diferente regulación de la institución hace posible que el testador haya dispuesto libremente de la totalidad de sus bienes asumiendo que su sucesión se rige, por ejemplo, por la ley de su domicilio, que reconoce dicha libertad, sin tener en cuenta que, puesto que alguno de los bienes inmuebles que se integran en la herencia se sitúan en otro Estado distinto, y el Estado de apertura de la sucesión somete la misma a leyes distintas en función de la naturaleza de los bienes y su ubicación, la legislación de este segundo Estado puede tener algo que decir sobre la validez de las cláusulas testamentarias. Si, en el caso descrito, la ley de dicho Estado exige que una porción de los bienes se destine obligatoriamente a ciertas personas en función de su grado de parentesco con el causante, la libertad de que ha hecho uso el testador puede no adecuarse a tales exigencias. Y lo mismo puede ocurrir si el testador tuvo en cuenta un ordenamiento que sí conoce una institución del tipo de la descrita, pero cuyo contenido y alcance es distinto al que se le da en el Estado de situación de los inmuebles. En tales casos cabe que el testamento sea válido para un Estado y no para otro o que, sin llegar a afirmar su nulidad, el Estado que sí contempla la existencia de legítimas o

⁹⁰ Así, por ejemplo, los ordenamientos del ámbito anglosajón no conocen esta institución, mientras que los sistemas continentales sí lo hacen, aunque dándole contenidos regulatorios distintos. Una muestra de esta divergencia regulativa la encontramos incluso en nuestro propio ordenamiento. Basta señalar, a título de ejemplo, que en el régimen común son herederos forzosos los hijos y descendientes, a los que corresponden las dos terceras partes del haber hereditario (si bien el testador puede disponer de una de ellas como mejora); a falta de éstos los padres y ascendientes (cuya legítima es la mitad del haber hereditario, salvo que concurren con el cónyuge viudo, en cuyo caso se reduce a un tercio) y por último el cónyuge, cuya situación difiere según sea efectivamente el único heredero forzoso o concorra con alguno de los anteriores. Sin embargo, en Derecho catalán en el orden de suceder se sitúan primero los descendientes, en segundo lugar el cónyuge y, tras él, los ascendientes.

instituciones equivalentes establezca mecanismos de corrección para que éstas sean respetadas.

13. En Derecho material español el hecho de que el testador no haya respetado las legítimas no es causa de nulidad del testamento, pero sí justifica la modificación de las disposiciones del mismo. Ese es el sentido de los artículos 815 u 817 de nuestro Código⁹¹, que configuran la legítima como «*un conjunto de limitaciones a la libertad dispositiva de causante para que satisfaga el derecho que tienen determinados parientes a obtener de su herencia unas atribuciones patrimoniales en bienes hereditarios como principio general*»⁹², de forma que, si el testador no respeta esas limitaciones, el régimen legal se le impone⁹³.

Desde esa perspectiva la cuestión en un sistema de fragmentación se plantea no tanto en términos de validez del testamento como en términos de adaptación de regulaciones. Es decir, si el testador, al otorgar testamento, lo hizo de acuerdo con un ordenamiento extranjero que prevé un sistema de legítimas cuyo contenido es distinto al previsto por nuestro CC, eso no determina la nulidad del testamento desde la perspectiva española, sino la reducción, que en definitiva no es más que la adaptación de lo previsto por el testador a lo establecido por la ley española⁹⁴.

En una situación puramente interna lo descrito funciona sin mayores problemas. Sin embargo, trasladado al contexto internacional esa reducción no puede hacerse sin tener en cuenta lo previsto por los demás ordenamientos eventualmente llamados a cono-

⁹¹ El artículo 815 dispone que «*el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*» y el 817 que «*las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*».

⁹² Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 455.

⁹³ En su respuesta a Libro Verde de Sucesiones el Notariado italiano ha puesto de relieve respecto de esta cuestión que en la elaboración de una regulación comunitaria de sucesiones no es necesario introducir ninguna regla especial para los casos en que la *lex successionis* ignore la institución de la legítima o la regule de otra manera, porque en la mayor parte de los Estados se ha evolucionado hacia no considerarla una cuestión que justifique la excepción de orden público y, además, cuando se usa la conexión nacionalidad, normalmente los herederos tienen la misma nacionalidad que el causante, con lo que para ellos no será una sorpresa la aplicación de esa institución. Proponen además que en aquellos casos en que el testador actúa de manera fraudulenta para evitar la aplicación de las normas en materia de legítimas que en otro caso serían aplicables, se permita al operador jurídico no tener en cuenta en la determinación de la ley aplicable los hechos cuyo único fin sea escapar a la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley que de otra forma sería aplicable. En la propuesta de reglamentación que elaboran se incluye una regla, el artículo 26, en este sentido («*Réponses au questionnaire...*», cit., pp. 24 y 25).

⁹⁴ Sobre la adaptación se vuelve en páginas posteriores al tratar el tema de las cuotas hereditarias.

cer el caso⁹⁵ y, en ese sentido, se pueden plantear distintas situaciones:

a) El ordenamiento de A prevé un régimen de libertad absoluta del testador y el de B instituye un sistema de legítimas en el sentido en que lo hace el ordenamiento español.

b) Ambos ordenamientos prevén un sistema de legítimas pero divergen en la regulación del contenido de las mismas.

En el primero de los casos la adaptación parece de más difícil realización que en el segundo, por razones que resultan evidentes: es más fácil adaptar lo que está más próximo y lo están dos ordenamientos que conocen la misma institución, aunque la regulen de manera distinta, que un ordenamiento que la conoce y otro que no. Pero en cualquier caso, no es éste el momento para llevar a cabo tal adaptación, sino que ésta se plantea desde el punto de vista temporal, en un momento posterior, por lo que se volverá sobre la cuestión al tratar de la formación de las cuotas hereditarias⁹⁶.

c) Especial referencia al artículo 9.8 del CC español.

14. Por otra parte, y como ha sido apuntado en la Primera Parte de este trabajo, aunque el sistema español es de unidad es precisamente en el ámbito de la sucesión testamentaria donde se opera una cierta fragmentación. Para el artículo 9.8 del CC es la ley nacional del disponente en el momento del fallecimiento la que determina la validez del testamento⁹⁷, si bien, como ya se ha

⁹⁵ Otra solución posible sería hacer operar el testamento sólo sobre los bienes situados en cada Estado, de manera que su «corrección» de acuerdo con los criterios españoles se aplicara sólo a la sucesión en los bienes situados en España, mientras que para los demás bienes los criterios determinantes serían los previstos por los respectivos ordenamientos locales. Esta propuesta, que podría quizás ser defendida para casos de sucesión ab intestato, ante la falta de un ordenamiento que proporcione un criterio que opere como última ratio, no parece adecuada en un caso de sucesión testada, en el que la voluntad del testador sí cumple esa función de última ratio, y sí que permite extraer un criterio para determinar el sentido en el que debe funcionar la adaptación.

⁹⁶ En tales casos algunos de esos países establecen mecanismos para hacer respetar las que afectan a sus nacionales (así, por ejemplo, el Derecho francés conoce la institución del *prélèvement* destinada a paliar esos problemas. Es cierto que tanto en este país como en Bélgica, donde no se vincula a la condición de nacional de los posibles beneficiados por ella es una institución muy criticada, pero no deja de ser una muestra de cómo superar ese tipo de inconvenientes). En otros, como España, la regulación que se lleva a cabo partiendo de un sistema de unidad puede producir efectos tan nocivos como los que se atribuyen al fraccionamiento.

⁹⁷ No olvidemos que, sin embargo, la capacidad de testar se somete a la ley personal del causante. No obstante, a esta afirmación general hay que añadir lo previsto en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias que afirma que «a los efectos del presente Convenio, las prescripciones que imiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria». Esto extiende el elenco de leyes aplicables para valorar la validez formal previstas en el Con-

visto, este artículo admite también la aplicación de la ley nacional del testador o disponente en el momento del otorgamiento del testamento o de los pactos sucesorios, aunque sea otra la ley que rija la sucesión. En todo caso, y éste es el elemento fragmentador, deben respetarse las legítimas previstas por la ley rectora de la sucesión.

Es cierto que no estamos exactamente ante un caso de fragmentación en el sentido hasta ahora expuesto porque no es un elemento territorial, la situación de los bienes, el que determina la aplicación de leyes distintas a la sucesión de un mismo individuo, sino un elemento material, los derechos reconocidos por el ordenamiento a determinadas personas del núcleo familiar del causante, pero la consecuencia de este artículo es que en la valoración del testamento se estará a dos leyes distintas, la aplicable al testamento y la que se aplicaría a la sucesión en ausencia de testamento, correspondiendo a esta última la regulación de las legítimas, sin que estén claras las consecuencias de no haber respetado las legítimas que prevé⁹⁸.

El tratamiento que en este artículo se hace de las legítimas no deja de resultar sorprendente y nos lleva obligatoriamente a plantearnos si el legislador actúa de esta manera porque atribuye a las legítimas la consideración de materia de orden público. Si esa era la justificación nuestra jurisprudencia no ha parecido entenderlo así, porque tras alguna sentencia, como la de 23 de octubre de 1992⁹⁹ en que parece que se afirmaba esa condición, posterior-

venio a las cuestiones de capacidad (PANELLS DEL POZO, M. C., y CHECA, M., en VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions...*, cit., p. 1103. En cuanto a la capacidad para ser heredero, la ley prevista por el 9.1 del CC es aplicable a las incapacidades generales, pero tanto las prohibiciones legales de suceder, así como las causas de desheredación y los motivos de indignidad se rigen por la ley aplicable al fondo (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Cívitas, 1999, pp. 487-488; CALVO CARAVACA, A., «Comentario a artículo 9.8», en *Comentarios*, cit., pp. 365 y 377).

⁹⁸ Las razones de la introducción del inciso final del artículo 9.8 resultan difíciles de entender porque a lo que conducen es a la distorsión de la voluntad del testador. Si éste otorgó testamento en un momento determinado conforme a una ley, su ley personal, sus decisiones las tomó teniendo en cuenta el contenido y las obligaciones impuestas por dicha ley y no es ilógico suponer que, caso de haber sabido que las condiciones eran otras, y que ciertas personas iban a recibir ya una parte del caudal hereditario, el contenido de su testamento hubiera sido distinto.

⁹⁹ RAJ 1992, núm. 8280. Comentario de J. MASEDA en *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 502 ss. Este autor señala que la referencia al orden público en esta sentencia no es más que un argumento *ad abundantiam* para dejar de aplicar un Derecho extranjero que no fue suficientemente probado (p. 504). En relación con esta cuestión, señalan acertadamente FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., que la existencia de reservas hereditarias en Derecho español no es consecuencia del derecho a la sucesión que prevé el artículo 33 de la Constitución, que sólo prevé la salvaguarda de las garantías individuales frente a la intervención del Estado (en *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 496).

mente se ha separado de tal línea para afirmar, sin ningún género de dudas, que las legítimas no son materia de orden público¹⁰⁰.

En consecuencia, al menos desde la perspectiva del ordenamiento español, la vulneración de las legítimas no comporta la nulidad del testamento, pero sí la necesidad de modificar el contenido del mismo. En cualquier caso, y en un plano de regulación distinto, no parece que quepa su alegación como excepción a la aplicación de un ordenamiento extranjero por razones de orden público. Siendo esa la consideración que desde la perspectiva española se hace de la institución de la legítima la solución conflictual adoptada no parece tener mucho sentido: una cosa es que al analizar el contenido de un testamento al que se aplique el ordenamiento español haya que hacerlo en función, entre otros aspectos, del respeto a las legítimas y otra distinta es que dicha institución deba incidir en la regulación conflictual de la materia. Se trata de dos niveles de regulación distintos y en el segundo no deben ser las legítimas un elemento distorsionador de la regulación, como lo son en el artículo 9.8.

15. De todo lo anterior resulta que, si no se puede dejar de reconocer la entidad de la crítica a los sistemas de fraccionamiento en los casos de sucesión testamentaria, ésta debe ser relativizada, en primer lugar porque las reglas en materia de validez formal son lo suficientemente amplias como para reducir al mínimo los casos en que un testamento no sea válido por defecto de forma (y en este sentido habría que fomentar la ratificación de los Estados miembro de la Unión Europea del Convenio de La Haya en la materia) y en segundo lugar porque, desde el punto de vista sustantivo, gran parte de las divergencias entre ordenamientos que se pueden producir, fundamentalmente las que no derivan de cuestiones de capacidad o de consentimiento, sino de contenido, son susceptibles de ser resueltas por la vía de la adaptación, esencial a la labor judicial.

2) ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA: MODALIDADES E INCIDENCIA SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS HEREDEROS Y LOS ACREEDORES

16. Los distintos ordenamientos difieren en la determinación del momento en que el heredero pasa a ser propietario de los bienes del causante. En los países de tradición romanista se distinguen dos grupos: aquellos en los que la transmisión de la herencia al heredero

¹⁰⁰ Es lo que ocurre en la sentencia de 15 de noviembre de 1996, a la que se ha hecho referencia al tratar el tema del reenvío.

ro se produce en el momento de la muerte del causante, como es el caso de Alemania, Suiza y Francia y aquellos otros en los que en el momento de la muerte del causante los herederos adquieren un simple derecho de expectativa sobre los bienes hereditarios. Es el caso de Italia y, con matices, Austria ¹⁰¹.

Además, los ordenamientos que prevén la necesidad de aceptación ¹⁰² contemplan distintas modalidades de la misma, atribuyendo consecuencias distintas a cada una de ellas, así como distintas formas para realizar la aceptación. Del mismo modo, existen divergencias en Derecho comparado, de forma que en unos ordenamientos la aceptación sin más indicaciones es una aceptación simple (es el caso de España o Francia, por ejemplo), mientras que en otros no tiene en ese momento implicaciones en cuanto a la responsabilidad frente a los acreedores, sino que es en un momento posterior cuando esa cuestión se determina.

17. Por otra parte, los sistemas anglosajones difieren considerablemente de los continentales en la organización de la sucesión, ya que en ellos tras la muerte del causante se inicia una primera fase, de administración de la sucesión, en la que la propiedad de los bienes hereditarios se atribuye a los administradores de aquélla (*executors* o *administrators*), que, no obstante, tienen sus facultades sobre tales bienes limitadas, puesto que sólo pueden disponer de los mismos para la realización de los pagos que la propia sucesión requiere. Tras esta fase de administración, y una vez liquidadas las deudas, se atribuyen los bienes a los herederos. Desde la perspectiva anglosajona la primera fase no recibe una calificación sucesoria y sí lo hace la segunda.

A. FORMA DE LA ACEPTACIÓN

18. Por lo que se refiere a la forma de realizar la aceptación, para el Derecho español la aceptación simple puede ser expresa o tácita, pudiendo, a su vez, realizarse la primera en documento público o privado, y siendo la segunda la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero ¹⁰³. Sin embargo, la aceptación a beneficio de inventario sólo puede hacerse ante notario o por escrito ante cualquiera de los jueces que sean compe-

¹⁰¹ FÉRID, M., «Le rattachement autonome...», cit., 142 pp. 71 ss.

¹⁰² Sobre esta cuestión ver LELEU, Y., «Necessité et moyens...», cit., pp. 162 ss.

¹⁰³ Artículo 999 del CC. Ver Comentario de GITRAMA, M., en Comentarios al CC y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO, M., EDERSA, 1989, pp. 192 ss.

tentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato ¹⁰⁴ y, en caso de que el heredero se halle en país extranjero, puede hacer la declaración ante el Agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de notario en el lugar del otorgamiento ¹⁰⁵. La repudiación de la herencia debe hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaría o abintestato ¹⁰⁶.

19. Las formas previstas por el derecho español para realizar la aceptación no son necesariamente compartidas por todos los ordenamientos, por lo que, en un supuesto internacional, es necesario determinar qué ley se aplica a dicha forma. La disyuntiva se plantea fundamentalmente entre la *lex successionis*, la ley del foro y la regla locus.

20. En la doctrina española se afirma que la forma de la aceptación cuando se acepta a beneficio de inventario es *ad substantiam* y tal afirmación se justifica con el argumento de que la publicidad que la forma prevista supone interesa a los acreedores y a los legatarios ¹⁰⁷. Admitir el carácter sustancial de la forma de la aceptación podría llevarnos a considerar que dicha forma debe recibir una calificación sucesoria y que, en consecuencia, es exigible cuando es el ordenamiento español el aplicable a una determinada sucesión, cualquiera que sea la autoridad, española o no, que conoce de la misma. No obstante, la aplicación del Derecho español, como rector de la sucesión, sólo podría justificar la exigencia de un documento público, pero no la de que, además, sea un documento público español ¹⁰⁸.

No obstante, la cuestión sólo tiene una trascendencia relativa porque en la mayor parte de los casos la aceptación no se hará por vía notarial. Si tenemos en cuenta que, según nuestro Derecho, luego es el juez el que debe formar el inventario que sigue a esta modalidad de aceptación, lo lógico es recurrir directamente a la

¹⁰⁴ Artículo 1011 del CC. Ver Comentario de GITRAMA, M., en *Comentarios...*, cit., pp. 325 ss.

¹⁰⁵ Artículo 1012 del CC y Anexo III del Reglamento Notarial. Ver Comentario de GITRAMA, M., en *Comentarios*, cit., pp. 332 ss.

¹⁰⁶ Artículo 1008 del CC. Ver Comentario de GITRAMA, M., en *Comentarios...*, cit., pp. 295 ss.

¹⁰⁷ GITRAMA, M., «Comentario al artículo 1011», *Comentarios...*, cit., p. 328.

¹⁰⁸ Aunque en relación con otro tema, ver SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Diario La Ley* núm. 6425, 20 de febrero de 2006. También el notariado italiano se muestra en general favorable a la posibilidad de que ciertas formalidades se puedan llevar a cabo ante autoridades de otro Estado miembro («Réponses au questionnaire...», cit., p. 44).

posibilidad de aceptación judicial ahorrándose con eso el heredero los costes de hacerlo por vía notarial ¹⁰⁹.

Trasladándonos al contexto internacional, y asumiendo, aunque sólo sea a efectos dialécticos ¹¹⁰, el carácter sucesorio de la forma de la aceptación, el hecho de que haya que respetar leyes distintas para aceptar en cada masa hereditaria y no una sola, implica un incremento de los costes para los herederos, no sólo directos –distintas escrituras notariales, en su caso– sino también de información (al tener que informarse sobre la forma en que haya que aceptar en cada una de ellas). Si dichas formas son muy estrictas y se aplican incluso si el heredero está domiciliado en el extranjero, las dificultades se multiplican ¹¹¹.

Basta pensar en el caso de una herencia integrada por bienes inmuebles en X e Y, en la que además el causante estaba domiciliado en Z. En un sistema de fragmentación las leyes de X e Y se aplicarán a la sucesión en los inmuebles situados en sus respectivos territorios y la de Z a la sucesión en los muebles. Si la aceptación se rige por cada una de esas leyes, el heredero que lo sea en todas las masas hereditarias deberá informarse sobre la forma de aceptar en cada una de ellas, o sobre las consecuencias de no hacer nada al respecto, y, en su caso, cumplir los requisitos de cada una de esas leyes. Si, por el contrario, es una única ley la que determina la forma de aceptar, el procedimiento es más sencillo y menos costoso en términos económicos para el heredero.

No obstante, esta situación no es extraña al Derecho internacional y, además, se puede paliar fundamentalmente flexibilizando los requisitos y permitiendo, por ejemplo, que la aceptación se lleve a cabo ante una autoridad local de lugar del domicilio del heredero y en un único documento para todos los casos. En ese sentido, de la misma forma que se propugna la creación de un Registro eficaz de testamentos y declaraciones de herederos ab intestato, es aconsejable la implantación de un documento unificado que sirva de modelo para recoger las aceptaciones producidas en cualquier Estado que se acoja al mismo sobre sucesiones abiertas en alguno de dichos Estados.

¹⁰⁹ GITRAMA, M., «Comentario al artículo 1011», en *Comentarios...*, cit., p. 328.

¹¹⁰ Tal como se configura la aceptación en nuestro ordenamiento, la forma de aceptar tiene consecuencias materiales, porque está condicionada a la modalidad de aceptación y, en consecuencia, al régimen de responsabilidad frente a las deudas del causante. Siendo así, admitir que se puede dejar a una ley distinta de la *lex successionis* la regulación de la forma que debe revestir esa aceptación no es una solución adecuada. La forma de aceptar y sus consecuencias están, al menos en nuestro sistema, tan estrechamente ligadas que deben regirse por la misma ley y ésta es la *lex successionis* (no obstante parte de nuestra doctrina civil pone en duda esta estrecha relación entre aceptación y consecuencias de la misma. Ver al respecto: PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas de causante*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1967.

¹¹¹ El problema es más grave si a la fragmentación conflictual se suma la competencia, que es innegable que dispararía considerablemente los costes.

B. MODALIDADES DE ACEPTACIÓN

21. El Derecho español prevé la posibilidad de que los herederos acepten la herencia bien de forma simple, bien a beneficio de inventario, con distintos efectos en cuanto al alcance de su responsabilidad por las deudas del causante. Este es el sistema seguido por la mayor parte de las legislaciones, que contemplan la posibilidad del heredero de escoger entre una aceptación que sólo implica para él una responsabilidad limitada (responsabilidad *intra vires hereditatis*)¹¹² y una aceptación que supone una responsabilidad indefinida, (responsabilidad *ultra vires hereditatis*). Junto a este modelo que contempla las dos posibilidades, en los Derechos anglosajones sólo se conoce una aceptación, que limita la responsabilidad del heredero, sin que en mi conocimiento existan legislaciones que adopten la solución inversa, es decir, que impongan al heredero una responsabilidad ilimitada¹¹³.

22. Desde la perspectiva de las modalidades de aceptación previstas y sus consecuencias, la mayor parte de los ordenamientos, y entre ellos el español, consideran que la aceptación es materia sucesoria y, al serlo, se rige por la ley aplicable al conjunto de la sucesión¹¹⁴. Siendo así, las modalidades de la aceptación y las consecuencias de la misma en cuanto a la determinación de la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante se presenta, al menos aparentemente, de manera distinta en función del sistema conflictual que se adopte en materia sucesoria.

Por otra parte, la modalidad de la aceptación, simple o a beneficio de inventario (o con las variantes o denominaciones que cada ordenamiento establece), incide, al menos aparentemente, en la situación de los acreedores, no sólo por la razón aparentemente obvia de que la aceptación simple aumenta sus posibilidades de

¹¹² Frente a esta concepción tradicional PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., considera que el que se produzca o no la responsabilidad *ultra vires* no está vinculado a un modo de aceptar, sino a que se cumplan o no determinadas exigencias legales en la liquidación, de modo que la responsabilidad *ultra vires* no es una consecuencia de la sucesión, sino una incidencia de la liquidación (*La herencia y las deudas de causante*, cit., pp. 164 ss.).

¹¹³ El Derecho alemán, por ejemplo, admite diversas formas de limitación de la responsabilidad de los herederos, y entre ellas la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario, aunque, como en España, la regla general es la responsabilidad *ultra vires* (1967 y 1975 BGB). Sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario en Italia, ver, entre otros, ZACCARIA, A., *Rapporti obbligatori e beneficio d'inventario. Tipologie e disciplina dell'attuazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994 y BRAMA, R., *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, Giuffrè Editore, Milán, 1995.

¹¹⁴ En ciertos países la solución es otra y así, por ejemplo, en Austria, si es una autoidad austriaca la que está conociendo de la sucesión, la adquisición de la herencia y la responsabilidad por las deudas de la misma se rigen por el Derecho austriaco (RECHTBERGER, W. H., en VERWILGHEN, M. (Director), *Régime matrimoniaux, successions...*, cit., p. 678).

cobro, afirmación discutible si se tiene en cuenta que sólo se aceptará de esa forma si los bienes del causante ya eran suficientes para el pago de sus deudas, sino por la forma en que deben proceder al cobro ¹¹⁵.

En relación con lo anterior uno de los argumentos que tradicionalmente se utiliza como crítica a los sistemas de fragmentación es que en ellos la liquidación de las deudas se complica. Por eso es conveniente hacer un análisis de la situación de éstas, y al hacerlo no puede obviarse el paralelismo entre las cuestiones sucesorias y las concursales, sobre todo en un sistema como el previsto en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia ¹¹⁶.

a) *Cuestiones previas relativas a la situación de los acreedores*

23. En una sucesión internacional la situación de los acreedores del causante guarda ciertas semejanzas con la de los acreedores en un procedimiento concursal. En ambos casos es posible que los bienes del causante se hallen dispersos en distintos Esta-

¹¹⁵ La forma de la aceptación incide tanto en la situación de los acreedores del causante como en la de los del propio heredero y los ordenamientos civiles responden con diferentes mecanismos a ello. La confusión patrimonial de la masa hereditaria solvente con el patrimonio extrahereditario del heredero insolvente y aceptante sin el beneficio de inventario podría afectar gravemente a los acreedores hereditarios y legatarios. Para su defensa algunos ordenamientos les conceden el derecho de separación, es decir, la posibilidad de promover, a su instancia, la separación del patrimonio hereditario y extrahereditario del heredero como forma de asegurarse respecto de los acreedores personales del heredero insolvente, el cobro preferente sobre el activo de la herencia (arts. 512 ss. del CC italiano). En España esa posibilidad se contempla en el artículo 37 del Código de Sucesiones de Cataluña y en el 319 de la Compilación navarra. En Derecho Común no se reconoce expresamente esa posibilidad, pero la doctrina más autorizada considera que opera la preferencia legal de cobro de los acreedores hereditarios y legatarios, aunque no se acepte a beneficio de inventario. En este sentido, LACRUZ, J. L./SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, «Derecho de sucesiones», pp. 107 ss. y 113 ss.; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, V, «Sucesiones», vol. 1, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pp. 247 ss. Por otra parte, cabe también que los perjudicados sean los acreedores personales del llamado porque acepte sin beneficio de inventario una herencia gravosa que cause o agrave la insolvencia del heredero aceptante. Para estas situaciones el CC español no prevé un remedio especial, pero la doctrina al firma la posibilidad de plantear en estos casos la acción pauliana de los artículos 111 y 1291 del CC. Junto a las situaciones anteriores se puede plantear todavía una tercera en la que el heredero insolvente no acepte una herencia que, de ser aceptada, hubiera incrementado su activo en beneficio de los acreedores. Para estos casos nuestro CC contempla la acción del 1001, que en un sentido similar recoge el art. 23 del Código de Sucesiones Catalán, y que nuestro Derecho toma del francés (artículo 788 del CC francés). Sobre todas estas cuestiones ver JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 25 ss.

¹¹⁶ Si consideramos lo afirmado en relación con la aceptación a beneficio de inventario, se observará que ésta está pensada fundamentalmente para hacer frente a la posible insolvencia del causante y para proteger de ella tanto al heredero como a sus acreedores personales. Eso explica las características de esta modalidad de aceptación, que en muchos de sus extremos recuerda a un procedimiento concursal.

dos, integrando, según las concepciones que de la institución sucesoria o de la concursal se adopten, distintas masas de bienes o una sola. Si se afirma la existencia de distintas masas de bienes hay que resolver como afecta la división del activo hereditario (o del activo concursal), si es que lo hace, a las reclamaciones de los acreedores del causante (o, en el paralelismo puesto de manifiesto, del concursado).

24. En los casos en que la ley aplicable a la sucesión es única las respuestas a las cuestiones que estas situaciones pueden plantear parecen bastante sencillas. Cuando no es una sino varias las leyes que rigen la sucesión se plantean cuestiones adicionales que aparentemente complican las respuestas.

Por otra parte, y puesto que se trata de la satisfacción de créditos hay que delimitar también que aspectos de los mismos se rigen por la ley aplicable al crédito y cuáles por la ley sucesoria. En este sentido, se acepta generalmente que la ley del crédito regula, por ejemplo, su transmisibilidad mortis causa, mientras que la ley sucesoria regula la extensión de la obligación de los herederos y el derecho de los acreedores de obtener el cobro sobre los bienes hereditarios¹¹⁷.

25. La situación de los acreedores del causante en una sucesión internacional ha suscitado no pocas teorías doctrinales. Sin pretender un análisis exhaustivo de todas ellas sí que puede ser útil hacer un recorrido por las mismas a fin de situar la cuestión. Y antes de hacerlo es necesario distinguir dos planos de análisis que no siempre se diferencian con claridad: el de la obligación a la deuda (quiénes están obligados a hacer frente a las reclamaciones de los acreedores del causante) y el de la contribución a la deuda (en que medida responde cada obligado a la satisfacción de tales deudas). El primero de ellos nos sitúa en el plano de las relaciones entre los herederos y los acreedores. El segundo en el de las relaciones internas entre herederos¹¹⁸.

En relación con estos temas la doctrina francesa se ha planteado si en los casos en los que a la sucesión de un mismo causante se aplican leyes distintas los acreedores de aquél deben o no dividir su reclamación entre las distintas masas de bienes. La respuesta afirmativa se justifica en la idea de que es conveniente, por razones de

¹¹⁷ HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., p. 239.

¹¹⁸ Ver sobre esta distinción HÉRON, J., «Le morcellement...», cit., pp. 239 ss. Asimismo, sobre estos dos conceptos y sobre las distintas modalidades de aceptación en Derecho francés ver DURNERIN, P., *La notion de passif successoral*, LGDJ, 992. Para una descripción de la situación en Derecho alemán, SCHLÜTER, W., *Erbrecht, BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG*, C. H., 2000, esp. pp. 347 ss., así como GOTTWALD, P., SCHWAB, D., y BÜTTNER, E., *Family and Sucesión Law*, Kluwer Law Internacional, 2001, esp. pp. 155 ss.

equidad, repartir las deudas entre las distintas masas en función de la importancia de los bienes que integran éstas, de manera que cada masa soporte deudas en proporción a su valor respecto del conjunto de la sucesión¹¹⁹. La crítica a esta solución es que eso supone una liquidación única y un conocimiento exacto de los bienes que integran cada una de las masas hereditarias que no se da en la práctica, que la hace inviable y que además supone la ineficacia de las garantías reales porque diluye la deuda entre las distintas masas de bienes y causa a los acreedores gastos considerables, siendo así que cuando vivía el causante podían dirigirse contra cualquier bien de éste. No hay que olvidar que las deudas no cambian de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular¹²⁰.

26. Una segunda corriente, que trata de superar los problemas planteados por la anterior, es la que permite a los acreedores pretender el pago de la totalidad de su crédito sobre una sola masa de bienes, a su elección¹²¹. Es decir, según esta teoría los acreedores designan una entre las distintas masas hereditarias y presentan sus créditos al cobro frente a esa masa, con exclusión de las demás. Esto plantea el problema de que una sola masa de bienes puede tener que soportar más pagos que otras, lo que sitúa los problemas no en el ámbito de la obligación a la deuda, sino en el de la contribución a la misma (es decir, este sistema no afecta en principio a los intereses de los acreedores, que pueden exigir el cobro sobre los bienes de la masa de la que consideren que tienen más posibilidades de cobrar, sino a los de los herederos, ya que es posible que unos hagan frente a más pagos que otros). Desde esa perspectiva esta solución es preferible a la anterior porque atiende en mayor medida que aquella a los intereses de los acreedores y en esta fase del procedimiento sucesorio, en que todavía se está determinando la cuantía del remanente de la herencia y aún no la cuota a satisfacer a cada heredero, son los intereses de aquellos los que deben primar. En este sentido lo entiende, desde luego, el Derecho español que parte de un concepto residual de la herencia, cuyo corolario es «*primero es pagar que heredar*»¹²².

27. Junto a las posturas mencionadas, otras han alcanzado menos éxito, pero merecen asimismo un comentario: los autores que las defienden parten de la base de que en Derecho francés la

¹¹⁹ THIBERGE, CL., «Problèmes de transmission et de partage des successions en droit international privé», *Tr. Com. fr.dr.int.pr.*, 1960-1962, pp. 67 ss. Esta solución supone en Derecho francés la extensión de principios de derecho interno en relación con la contribución de los herederos al plano internacional.

¹²⁰ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia...*, cit., p. 207.

¹²¹ NIBOYET, J. P., *Traité de droit international privé français*, T. IV, París 1948, núm. 1370, MAYER, P., *Droit international privé*, París, 1983, núm. 811.

¹²² PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia...*, cit., p. 201.

casí totalidad de las deudas son mobiliarias y que la ley que rige la devolución de los bienes debe regir también las deudas, lo que en ese ordenamiento supone que las deudas siguen la ley del domicilio. Pero en esta concepción eso no equivale a decir que sólo los bienes que se integran en la masa del Estado del domicilio responden frente a las deudas, sino que es la ley de ese Estado la que determina cómo se debe responder: si sólo responden los muebles (porque sigue la vieja idea de que los muebles son la sede de las deudas) o si, por ejemplo, cada heredero debe responder conforme a su vocación sucesoria¹²³.

Según esta teoría, puesto que la sucesión en los muebles se rige por la ley del domicilio, y las deudas se califican de mobiliarias, es esta ley la que determina como se responde, pero al hacerlo puede determinar que respondan todos los herederos, lo sean de muebles o de inmuebles y estén situados en ese Estado o en otro.

28. Frente a todas esas posiciones la teoría que finalmente se acepta de forma más generalizada es la que considera que, cualquiera que sea la fragmentación del activo que llegue a producirse, el pasivo es universal, de manera que los acreedores podrán dirigirse contra cualquiera de las masas en que se divide la sucesión, quedando la cuestión de cómo se reparte la responsabilidad entre los herederos para un momento posterior¹²⁴.

Esta postura nos acerca, una vez más, a la materia concursal. En el sistema del Reglamento de Insolvencia y, en el caso de que se abran varios procedimientos territoriales, concurrentes o no con uno universal, el pasivo es universal, mientras que el activo se fragmenta, no pudiendo los jueces del concurso territorial actuar más que sobre los bienes situados en su territorio y el del universal

¹²³ VOUMARD, P., *Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires spécialement en droits suisse, français et anglais*, Lausana, 1940, pp. 149 ss.

¹²⁴ La fragmentación no puede afectar a los acreedores, que conservan un derecho sobre el conjunto del patrimonio del causante, sin perjuicio de las causas de preferencia o privilegios sobre ciertos bienes que, según algunos autores siguen sometidos a la *lex rei sitae* (ARNICH, L., *Les successions immobilières ab intestat et testamentaires, Relations familiales internationales*, Bruylant, 1993, p. 332). Se ha señalado en este sentido, si bien con referencia a situaciones internas, pero haciendo uso de argumentos en gran medida trasladables al supuesto internacional, que la masa hereditaria permanece de forma unitaria como objeto de responsabilidad de forma que el patrimonio del causante sigue siendo la garantía de pago de todas las deudas hereditarias y que, aunque con la sucesión los coherederos pasan a ocupar el lugar que hasta entonces tenía el causante, este cambio no tiene por que suponer una transformación en la configuración de las obligaciones ni conllevar la división de éstas entre los coherederos, hasta tanto no se produzca la partición. Así no se ven perjudicados los intereses de los acreedores que cuando establecieron una relación jurídica con el causante contaban con la garantía del artículo 1911 del CC (MINGORANCE, C., *El pago de las deudas hereditarias*, ed. Dykinson, 2004, p. 144).

*sobre los situados en su territorio y los situados en cualquier otro Estado en que no se haya abierto un procedimiento territorial*¹²⁵.

*En esta situación, como en las sucesiones, la regulación de los concursos internacionales se suele estudiar a partir de la contraposición de dos modelos normativos: el territorial y el universal*¹²⁶. Planteado en su forma más extrema, el procedimiento territorial implica que cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza el concurso según su propio Derecho, lo que implica que hay tantos procedimientos de insolvencia como Estados donde el deudor tiene bienes, que cada concurso se organiza y resuelve según el Derecho vigente en ese Estado y que tanto la masa activa como la pasiva se limitan al territorio del mismo. No obstante, difícilmente va a encontrarse un sistema territorial puro, sino que éste se manifiesta más bien en la forma de modelos intermedios, en los que, por ejemplo, se condiciona la apertura del procedimiento de insolvencia a la existencia de un establecimiento del deudor en el territorio del Estado en cuestión, que implica la mayor permanencia de aquél, sin que baste la presencia de bienes del deudor en dicho Estado, o se admite que la masa activa sea territorial, pero la pasiva universal, admitiendo a acreedores extranjeros, o se establecen distintos mecanismos de cooperación entre procedimientos territoriales, que permiten una liquidación coordinada de la empresa y la igualdad de los acreedores.

*El modelo universal parte de la base de que, si la actividad económica de la empresa se desarrolla en varios mercados y afecta a varios sujetos, los procedimientos colectivos deben ser únicos para toda esa actividad y para todos esos sujetos*¹²⁷. Sobre esa base hay un único procedimiento que alcanza a todos los bienes del deudor, estén donde estén, y se aplica un único Derecho procedimental y sustantivo, el del concurso. Además, a ese procedimiento concurren todos los acreedores, la masa activa se integra por todos los bienes del deudor, con independencia de su localización, y las decisiones adoptadas en ese procedimiento se reconocen y ejecutan en los demás.

También este modelo universal se desplaza en la práctica hacia modelos intermedios, por ejemplo a través del establecimiento de excepciones a la lex fori concursus, permitiendo la existencia de procedimientos territoriales subordinados al principal, o admitiendo la posibilidad de que en ciertos casos se abran procedimientos territoriales sin necesidad de abrir asimismo uno principal.

En este contexto el Reglamento de insolvencia establece un sistema que se puede considerar intermedio y al que se ha dado en

¹²⁵ Lo que puede llevar a convertir, a esos efectos, el procedimiento universal en un procedimiento territorial más (sin perjuicio de que conserve prerrogativas de los procedimientos universales, como por ejemplo, la de la percepción del remanente, prevista en el artículo, por otra parte, poco probable en la práctica).

¹²⁶ VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Cívitas, 2003, p. 21, que se utiliza como base de la exposición relativa al sistema concursal.

¹²⁷ Es el principio de simetría entre la regulación jurídica y la actividad económica del que habla WESTBROOK, «A global solution to multinational default», *Mich. L. Rev.*, 2000, p. 2283.

llamar «universalismo mitigado»¹²⁸. Parte de un modelo universal porque permite la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado donde esté situado el centro de intereses principales del deudor y le atribuye carácter universal, tanto en su aspecto activo como en el pasivo. A ese procedimiento se aplica una única ley (*lex fori concursus principalis*) tanto para los aspectos procedimentales como para los sustantivos. Pero ese modelo universal se «mitiga» de diversas maneras: mediante el establecimiento de excepciones a la *lex concursus*; admitiendo la apertura de procedimientos territoriales en los Estados donde el deudor tenga establecimiento, bajo ciertas condiciones, con la característica de que esos procedimientos tienen una limitación territorial en la masa activa pero no en la pasiva, porque a ellos puede concurrir cualquier acreedor del deudor y además están subordinados al procedimiento principal en el caso de que se abran los dos tipos de procedimientos.

En consecuencia, en el sistema de Reglamento, en el caso de que sólo se abra un procedimiento de carácter universal y ninguno territorial, será la ley de este concurso principal la que fijará las reglas del mismo, quedando ciertas cuestiones sujetas a una conexión separada. En caso contrario, es decir, si además del procedimiento universal principal se abre uno o varios territoriales secundarios, éstos se subordinan a aquél, de manera que el universal figura siempre como *última ratio* y son sus reglas las que en última instancia marcan la liquidación definitiva.

29. En este punto hay que tener en cuenta otra cuestión que no es, en absoluto, irrelevante: la fragmentación en la determinación de la ley aplicable viene acompañada en muchos casos de la fragmentación competencial. Es el caso de Francia, Bélgica o Luxemburgo, que atribuyen una competencia exclusiva a sus Tribunales en materia de sucesiones sobre los inmuebles situados en su territorio, lo que tiene como corolario, por una razón de coherencia, la incompetencia de dichos Tribunales para conocer de la sucesión de los inmuebles situados en el extranjero.

Pero dicha fragmentación competencial ni es privativa de los Estados que la contemplan asimismo en el ámbito del Derecho aplicable ni, a la inversa, se produce en todos los Estados que propugnan la fragmentación legislativa¹²⁹. Portugal es un ejemplo de lo primero, ya que en este país si el causante estaba domiciliado en el extranjero y deja inmuebles situados en Portugal los tribunales portugueses son competentes para el inventario y la devolución de

¹²⁸ LÜKE, «Das europäische internationale Insolvenzrecht», ZJP, 1998, pp. 280-281 y VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F. J., *Comentario al Reglamento...*, cit., p. 25.

¹²⁹ La cuestión no es tan simple como pudiera parecer porque la complejidad en los criterios atributivos de competencia en este ámbito es grande en algunos Estados que distinguen, además, entre que se trate de supuestos contenciosos o que la cuestión se sitúe en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Austria o Alemania son un claro ejemplo de dicha complejidad.

estos inmuebles¹³⁰. De lo segundo lo es Inglaterra donde se considera que sus tribunales son competentes si los bienes dependientes de la sucesión se sitúan en Inglaterra, sean éstos muebles o inmuebles, siendo necesario además, para que se entienda efectiva la competencia, que el «personal representative» del causante comparezca ante dichos tribunales. En tal caso su competencia se extiende al conjunto de la sucesión (muebles o inmuebles) cualquiera que sea el lugar donde se sitúan los bienes¹³¹.

30. En el contexto descrito las situaciones que pueden llegar a producirse son muy diversas, pero sí se constata que la incidencia de la opción por un sistema conflictual de unidad o uno de fragmentación sobre la situación de los herederos es mínima.

Como se ha visto, algunos ordenamientos sólo contemplan la posibilidad de que se produzca una responsabilidad *intra vires*, mientras que otros permiten asimismo en el ámbito sucesorio la responsabilidad *ultra vires*. Por ello es posible que un heredero responda de una forma limitada según la legislación de un Estado y con carácter ilimitado según la de otro (de la misma forma que es posible que en situaciones puramente internas cada heredero acepte de una manera)¹³². No obstante, lo anterior no lleva necesariamente a la conclusión de que la pluralidad de leyes hace imposible

¹³⁰ Art. 77.2 del Código de Procedimiento Civil.

¹³¹ Además, desde 1932 la High Court tiene jurisdicción para emitir *Grants of Probate* o *Letters of Administration* (en definitiva para designar administradores que desarrollen lo que en este sistema es la primera fase de la sucesión) incluso si el causante no dejó bienes en Inglaterra o Gales. Pero el Tribunal prefiere generalmente no intervenir en esos casos, sobre todo si el causante falleció domiciliado en un tercer Estado porque, como señaló el juez J. Ormond en Aldrich –v– Attorney General, 1968, «such a Grant [...] would be nothing more than a bit of paper» (SMITH, H., en Garb, L. (editor), *Internacional Succession*, Kluwer Law Internacional, 2004, p. 202). No obstante, a veces sí tiene sentido la actuación de los tribunales ingleses en tales casos, por ejemplo, cuando el tribunal del Estado de situación del bien requiere un *Grant* inglés porque el causante es nacional inglés o está domiciliado allí (DENVER, J., en Hayton: p. 74; MILLER, G., *Internacional Aspects of Successions*, Ashgate Publishing Ltd., Hants, 2000, p. 4). La regulación de las sucesiones en el Reino Unido difiere sustancialmente de la de los países continentales. Sin entrar en detalles que excederían el objeto de este trabajo hay que tener en cuenta que en Derecho sucesorio inglés la propiedad de los bienes hereditarios se transmite temporalmente a un «personal representative», sea el ejecutor designado por el causante en su testamento, sea al administrador nombrado por el juez. Estos representantes limitan su competencia a los bienes situados en Inglaterra. Sobre esta cuestión: DICEY & MORRIS; *Les successions...*, cit., p. 39. Frente a lo anterior, los tribunales alemanes, siguiendo la «Gleichlauftheorie», criticada por la doctrina, consideran que son competentes en materia sucesoria en los casos en los que, directa o indirectamente, el Derecho alemán es aplicable, con algunas excepciones (FLICK, H., y PILTZ, D. J., *Der Internationale Erbfall*, Beck, Munich, 1999, pp. 97 ss. Sobre esta cuestión ver asimismo: KRAUS, A., *Die deutsche internationalen Zuständigkeit in Nachlassverfahren*, Würzburg, 1993).

¹³² Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que si la transmisión del activo hace deseable la unidad legislativa, la del pasivo la hace necesaria porque en este punto la pluralidad de leyes provoca dificultades inextricables en dos puntos: (i) hace imposible una solución coherente en cuanto a si la responsabilidad es *intra vires* o *ultra vires*; (ii) desde el punto de vista del procedimiento también es más fácil al unificar todo en una sola persona. EGGER, A., «Le transferí...», cit. p. 78.

una solución coherente sobre el carácter de la responsabilidad, si partimos de la premisa de que, aunque se abran varias sucesiones y sean aplicables varias leyes, el pasivo siempre es universal y la fragmentación se produce sólo respecto del activo. Pero sobre todo, al menos si atendemos al sistema español, cuando las deudas se presentan al cobro antes de producirse la partición y adjudicación de los bienes a los herederos, sólo pueden dirigirse contra los bienes hereditarios; en consecuencia, la trascendencia de la forma de la aceptación se manifiesta después, es decir, una vez adjudicados los bienes hereditarios, que pasan a ser propiedad del heredero. Sólo a partir de ese momento responde el heredero con esos bienes y con los suyos propios¹³³. Es decir, es finalizado el proceso sucesorio cuando se manifiestan las consecuencias de las modalidades de aceptación escogida, pero no cuando se pretende cobrar dentro de él, lo cual es lógico porque el patrimonio del heredero no integra el activo hereditario.

31. Dejando de lado esa cuestión, el paralelismo desde la perspectiva de los acreedores entre la materia concursal y la sucesoria es, de nuevo, evidente. En un procedimiento concursal de carácter territorial, es decir, abierto en un Estado donde el deudor posea un establecimiento, el pasivo es universal mientras que el activo se limita a los bienes del deudor situados en ese Estado. Corresponde a los acreedores decidir en esas circunstancias si presentan su crédito al cobro sólo en ese Estado, o también en los demás Estados en que se haya abierto un procedimiento concursal sobre ese deudor. Al hacerlo deberán valorar tanto sus posibilidades de cobro en cada uno de los Estados, como el coste de acudir a ellos. La situación de los acreedores en un procedimiento sucesorio cuando hay fragmentación competencial no se plantea en términos diferentes. Pero difiere considerablemente si es una sola autoridad ante quien se plantea la sucesión, aunque al conocer de la cuestión aplique leyes distintas, porque, en este caso basta con que el acreedor acuda al único procedimiento sucesorio abierto para cobrar, en principio, lo mismo que cobraría si hubiera varios, pero con menos costes. La cuestión no es, en este punto, tanto un tema de ley aplicable como de competencia judicial internacional. Es cierto, además, que el paralelismo con el concurso no es absoluto porque en los procedimientos concursales cada autoridad aplica su propio ordenamiento, de manera que, incluso si se trata de un procedimiento universal, es una sola la ley aplicable¹³⁴.

¹³³ Artículos 1068, 1082 y 1084 del CC.

¹³⁴ A salvo las cuestiones que se someten a conexión separada como el tratamiento de los derechos reales, por ejemplo.

32. En consecuencia, los problemas que pueden surgir en relación con el pago de las deudas del causante dentro del procedimiento sucesorio no resultan de la diversidad de leyes aplicables a la sucesión (y, en concreto, a las modalidades de aceptación de la herencia¹³⁵). Siguiendo con el paralelismo concursal, la situación descrita no es muy diferente de aquella en la que la existencia de varios procedimientos de insolvencia abiertos en distintos Estados sobre un mismo deudor puede obligar a los acreedores a analizar dónde es más conveniente presentar sus créditos al cobro y, en su caso, a hacerlo en más de un procedimiento si quieren asegurarse la posibilidad de cobrar el mayor porcentaje posible de dichos créditos. En el sistema previsto por el Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia la correcta regulación de esas situaciones obliga a establecer mecanismos de coordinación de procedimientos, con el objeto de garantizar dicho cobro íntegro. En un futuro reglamento comunitario de sucesiones, en caso de que se mantuviera la fragmentación en la determinación de las autoridades competentes para conocer de la sucesión, habría que buscar mecanismos de cooperación similares que llevaran a liquidar adecuadamente las deudas del causante. Evidentemente tales medidas deberían ir precedidas de la correspondiente publicidad de cada uno de los procedimientos abiertos y exigen la identificación de uno de los procedimientos como principal, de forma que pueda servir como vértice del sistema. En este punto, frente a la fragmentación que una regulación como la descrita supondría, se hace necesaria una concesión a la universalidad: una vez más ese papel sólo puede ser asumido por el procedimiento abierto en el Estado que justifica su competencia en una conexión personal con el causante, puesto que es el elemento común a toda la sucesión.

33. Frente a lo señalado, los distintos órdenes de prelación de créditos que contemplan las legislaciones comparadas pueden tener alguna incidencia en la situación de los acreedores. La cuestión se plantea en España en los casos de aceptación a beneficio de inventario, en que el pago a los acreedores se realiza antes de que el heredero quede «*en pleno goce del remanente de la herencia*»¹³⁶, o en los sistemas anglosajones en que hay una fase de administración que tales sistemas conciben como previa a la sucesión propiamente dicha. Sin embargo, cuando la aceptación del heredero es simple éste irá respondiendo del pago de los créditos a

¹³⁵ En España el artículo 1084 del Código Civil prevé que «*Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio [...]*».

¹³⁶ Artículo 1.032 del CC.

medida que se vayan presentando, y habitualmente en un momento posterior, es decir cuando ya ha quedado en pleno goce del remanente de la herencia, sin que se le pueda exigir caución en caso de conocer la prioridad de uno frente a otro que no se haya presentado al cobro. La idea de establecer una prelación solo tiene sentido si hay un procedimiento colectivo¹³⁷, pero no en los demás casos, lo que acerca de nuevo ciertos aspectos del régimen sucesorio al concursal¹³⁸.

El paralelismo es evidente si tenemos en cuenta que la posibilidad de aceptación a beneficio de inventario se regula en el Código para hacer frente a aquellas situaciones en que existe una sospecha fundada de la insolvencia del causante. Por ello, se constatan dos realidades: (i) es infrecuente que se acepte a beneficio de inventario, ya que, salvo que se produzca la circunstancia señalada, el heredero preferirá aceptar de forma simple, que es más sencillo y menos costoso y (ii) es también infrecuente que uno solo de los herederos acepte a beneficio de inventario y no lo hagan los demás, aunque sea teóricamente posible.

34. Si se acepta a beneficio de inventario, al menos tal como se regula en Derecho español, se observa cierto, aunque lejano, acercamiento entre nuestro sistema y el de los países anglosajones, porque se inicia una fase que podríamos calificar de administración de la sucesión en la que se designa un administrador que debe elaborar un inventario. Dejando de lado cuestiones relativas a la forma de llevarlo a cabo, desde la perspectiva de los acreedores sí se produce una circunstancia que creo sustancial: deben presentar en ese momento sus créditos al cobro y éste se producirá de acuerdo con el orden legalmente previsto. A estos efectos el CC español prevé en su artículo 1028 que *«cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de gradua-*

¹³⁷ En contra, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La herencia...», cit., p. 182. Para este autor haya o no beneficio de inventario entre los acreedores rige respecto de los bienes hereditarios la misma prelación de órdenes o grados. Considera que si estas normas están colocadas dentro del régimen del beneficio de inventario se debe a que tradicionalmente ese régimen se consideró el ordinario.

¹³⁸ Es en esos casos cuando de manera más evidente se manifiesta la existencia de una masa de bienes individualizada. Ello ha llevado a ciertos autores a afirmar que en los casos de heredero único que acepta de forma simple los bienes del causante, al menos en un sistema como el francés o el español, aquéllos pasan inmediatamente a ser propiedad del heredero y las deudas de la sucesión se dirigen tanto contra los bienes del causante como contra los del heredero, de manera que este último no está al frente de dos universalidades distintas. Es la aceptación a beneficio de inventario la que aísla los bienes del causante del patrimonio del heredero, pero la universalidad de bienes y deudas procede de ese tipo de aceptación y no es algo que existía con anterioridad a la misma. BILLARANT, S., *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Dalloz, París, 204, pp. 41-42.

ción»¹³⁹, pero que, no habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten, si bien, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho, siendo la clasificación de los créditos las que prevén los artículos 1921 a 1929 del CC.

35. Situándonos en ese contexto y en un modelo de fragmentación de la sucesión, si asumimos que ésta va acompañada de una fragmentación competencial, los acreedores del causante presentarán sus créditos al cobro ante cualquiera de las autoridades que han abierto un procedimiento sucesorio, o, en su caso, ante todas ellas, de manera equivalente a como ocurre en un procedimiento concursal y, como en el sistema concursal, el orden de prelación de créditos a aplicar en cada procedimiento será el previsto por su ordenamiento –que en el caso del concurso es la ley del foro en tanto que *lex concursus*– y en el procedimiento sucesorio la *lex successionis*. Puede ocurrir en esta situación que el acreedor privilegiado en un sistema no lo sea en el otro, o lo sea en mayor o menor medida.

Si es una sola la autoridad que abre un procedimiento sucesorio pero aplica al mismo distintas legislaciones se plantea de nuevo la necesidad de determinar cuál, entre los distintos en presencia, es el orden de prelación aplicable a los créditos. En este caso la necesidad de dar respuesta a esta cuestión se plantea en los mismos términos que en el anterior, pero quizás de manera más acuciante.

En esta situación posiblemente la única solución de carácter conflictual es establecer un paralelismo con el sistema concursal y considerar que, en última instancia, es el ordenamiento que presenta conexiones con el conjunto del supuesto y no sólo con una parte del mismo el que debe prevalecer y éste será el que establezca la conexión desde el elemento que da unidad a la sucesión, es decir, el causante y no desde el que la fracciona, los bienes¹⁴⁰. Eso supone propugnar una solución en la que el orden de prelación de los créditos lo establezca el Derecho del Estado de la nacionalidad o el domicilio de causante, como único que presenta una conexión con la totalidad de la sucesión y no solo con una parte de la misma.

¹³⁹ Se trata de un precepto que parte de una hipótesis considerada por la doctrina «singular y extraña»: la de un juicio entre los acreedores para determinar su respectiva preferencia. LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho civil...*, cit., p. 394.

¹⁴⁰ Una aproximación más de la situación al Derecho concursal se pone de manifiesto en el hecho de que, al menos desde la perspectiva española, en los pagos rige, en su caso, la doctrina sobre la rescisión de los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, tal como prescribe el artículo 1292 del CC (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia...*, cit., pp. 277-278).

De nuevo la situación no es distinta a la planteada en aplicación del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, en la que, ante la necesidad de coordinar uno o más procedimientos territoriales y uno universal, se atribuye a este último un papel de vértice, de manera que es su *lex concursus*, la que en última instancia determina el criterio a tener en cuenta en relación con el orden de prelación de créditos ¹⁴¹.

Pero junto a la solución conflictual apuntada, y pensando en una futura reglamentación comunitaria, otra posibilidad es buscar una solución material, de forma que se acabe instaurando, en definitiva, si no una autoridad central para administrar la sucesión, como sugiere M. Férid, a la que se proporcione un criterio único, si al menos una solución única aplicable cualquiera que sea la autoridad comunitaria que conozca de la cuestión. Como se ha indicado, esto supone no buscar la solución partiendo de un esquema conflictual, sino de uno sustantivo, al modo en que lo hacían los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, aunque no reteniendo necesariamente las soluciones de los mismos ¹⁴². Cuál deba ser dicho orden de prelación es una cuestión que escapa al objeto de este trabajo y que será posiblemente mucho más certeramente abordada por los civilistas.

b) *La contribución de los herederos a las deudas del causante*

36. Dado que se parte de la base de que el pasivo es universal y, en consecuencia, los acreedores pueden dirigirse a cualquiera de las masas hereditarias para obtener el pago de sus créditos, puede ocurrir, en las situaciones de fragmentación tanto conflictual como competencial descritas, que una masa de bienes haya hecho frente al pago de la totalidad o la mayoría de las deudas del causante

¹⁴¹ En este sentido, VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., *Comentario al Reglamento...*, cit., p. 237; TORRALBA, E., «Comentario al artículo 229» en Bercovitz, R. (coord), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, ed. Tecnos, 2004, p. 2209.

¹⁴² Los artículos 46 a 48 del Tratado de Montevideo de 1889 prevén que las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozan de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante; en caso de que dichos bienes no alcancen para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobran sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del derecho preferente de los acreedores locales y si las deudas deben ser canceladas en algún lugar donde el causante no hubiera dejado bienes los acreedores pueden exigir su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares con la misma salvedad a favor de los acreedores locales. El de 1940 establece las mismas reglas con el único añadido de que los créditos con garantía real quedan exentos de tales reglas. El primero de estos Convenios fue aprobado por el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, reunido en Montevideo el 25 de agosto de 1988 y es un Tratado de Derecho civil internacional que, entre otras materias, aborda la sucesión en sus artículos 44 a 50. Este Tratado fue reformado por el de 1940, surgido del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado celebrado en Montevideo en julio-agosto de 1939 y marzo de 1940.

mientras que otra permanezca intacta o sólo haga frente a algunas de tales deudas. Surge entonces la segunda de las cuestiones mencionadas al inicio de este epígrafe: la de la contribución de cada uno de los herederos a la deuda ¹⁴³.

No hay que olvidar, en relación con esta cuestión, que puede ocurrir que los herederos no sean los mismos en todas las masas hereditarias. En esa situación si A es heredero en la masa del Estado X, pero no en la del Estado Y, las deudas se pagan con cargo a los bienes situados en X, A puede tener interés en dirigirse a quienes son herederos en Y para resarcirse, al menos parcialmente, del pago efectuado.

De nuevo la situación va a plantearse sólo si se han abierto varios procedimientos sucesorios, pero no si se abre uno solo y en él se aplican distintas leyes rectoras de la sucesión sobre masas hereditarias diferentes. Si es uno solo el procedimiento, los acreedores se limitarán a presentar en el mismo sus créditos al cobro, sin especificar sobre qué bienes quieren que éstos sean satisfechos.

37. Para resolver esa cuestión pueden adoptarse dos posturas: la que considera que es necesario establecer un mecanismo de compensación entre las distintas masas hereditarias y la que considera innecesario ningún tipo de intervención sobre la base de que mientras vivía el causante el acreedor podía dirigirse frente a cualquier masa de bienes de aquél, sin que se establecieran luego mecanismos de compensación entre unos y otros.

Esta segunda postura debe ser rechazada porque supone analizar la cuestión sólo desde la perspectiva de los acreedores y no desde la de los herederos. Aunque en páginas anteriores se ha partido de la base de que los derechos de cobro de los acreedores tienen preferencia frente a los derechos hereditarios de los sucesores del causante y no deben verse afectados por la muerte de éste, salvo

¹⁴³ Los artículos 1084, 2.º, 1085 y 1087 del Código Civil regulan estas cuestiones, siendo el criterio que establece el segundo el que constituye la regla general, al señalar que «el coheredero que hubiese pagado más del que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional». Además, el artículo 1084 del Código Civil, ya citado, prevé que «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio [...]». Pero no hay ningún precepto que establezca cuál es el régimen antes de la partición, lo que ha permitido la aparición de distintas teorías, decantándose una parte de la doctrina por la responsabilidad solidaria de los herederos y otra por la mancomunidad. Entre los primeros, CASTÁN, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo VI, vol. 1, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1989, pp. 250-251 y 317; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 3, ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 590; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Apuntes de Derecho sucesorio. (Posición y derechos de los legitimarios en el CC)», *ADC*, Tomo IV, fasc. II, Madrid, 1951, p. 298. Entre los partidarios de la mancomunidad, GARCÍA VALDECASAS, G., «La comunidad hereditaria», *AAMN*, VII, 1953, p. 267; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, IV, 2.º, ed. Nauta, Barcelona, 1966, p. 1023; LACRUZ, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Derecho de Sucesiones, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 104-105.

en los casos en que la ley aplicable al crédito en cuestión así lo prevea, una vez satisfechos tales créditos, nos situamos fuera de la esfera de la obligación para entrar en la de la contribución. En ese momento los intereses de los acreedores desaparecen del análisis y éste se centra en los herederos y en la forma de garantizar en la mayor medida de lo posible la igualdad en el trato a los mismos, que no está reñida con la desigualdad de sus respectivas posiciones en relación con la herencia que pueda resultar de la ley aplicable o de la voluntad del legislador.

38. En consecuencia, admitida la necesidad de restablecer el equilibrio entre herederos, es posible, de nuevo, buscar una solución conflictual o tratar de dar una solución material al supuesto de hecho. Si la solución se busca en el ámbito conflictual es necesario acudir a una ley única y ésta tiene que estar ligada a la persona del causante. En este sentido se pronuncia Héron¹⁴⁴, partidario por lo demás de un sistema de fraccionamiento sucesorio¹⁴⁵. Este autor justifica la llamada a una ley única en este punto por la naturaleza del problema a resolver: en la contribución a las deudas no son los bienes del difunto y la ley de los mismos lo que aparece en primer plano, sino que lo hace la posición común de todos los herederos como causahabientes del difunto, lo que obliga a incidir sobre el aspecto unitario de la sucesión y a resolver la cuestión desde esa perspectiva. Para este autor el rol de esa ley única consiste en determinar, a la vista de todos los bienes, dondequiera que estén situados, en qué proporción debe contribuir cada heredero a las deudas, para lo cual habrá que tener también en cuenta las disposiciones sustantivas de cada una de las leyes de los bienes. Como ley única propugna la del domicilio del causante básicamente por tres razones: (i) una persona desarrolla la mayor parte de sus relaciones jurídicas en el Estado donde está domiciliada, por lo que, en la mayor parte de los casos, esa ley del domicilio coincidirá también con la de los créditos, (ii) suele coincidir también con la ley aplicable a la mayor parte de los bienes que integran la sucesión y (iii) la sumisión de la contribución a la ley del domicilio contribuye a atribuir competencia al juez del domicilio, en el sentido de que constituye una vinculación con dicho tribunal susceptible de ser tomada en consideración para determinar si procede considerarlo competente o no.

¹⁴⁴ *Le morcellement...*, cit., pp. 282 ss.

¹⁴⁵ Este autor no niega la bondad de la solución unitaria, pero sí afirma que ésta no puede hacerse más que si viene precedida de una armonización de las legislaciones sustantivas en materia sucesoria y que mientras ello no ocurra el fraccionamiento es la solución que presenta el mayor número de ventajas con el menor número de inconvenientes (*Le morcellement...*, cit., p. 322).

39. Frente a la búsqueda de una solución conflictual cabe también buscar una material, lo que, probablemente y si pensamos en una norma comunitaria reguladora de la materia sucesoria, puede ser lo más apropiado y de más sencilla aplicación, a la vez que más fácil de aceptar por los Estados que no tendrían en este caso que ceder frente a la aplicación de una ley extranjera, sino frente a una disposición comunitaria.

Desde esa perspectiva una regla que considerase que el importe del recurso contributivo de un heredero debe calcularse en función del montante de la herencia que habría percibido efectivamente si no hubiera soportado más que los demás la carga de pagar a los acreedores es, a mi juicio, una regla adecuada. Según esto habría que calcular la participación global de ese heredero, sea determinada por una sola ley, sea por el juego de varias, en el activo hereditario y determinar su participación en el pasivo en proporción a la que tiene aquél ¹⁴⁶.

3) LA ADMINISTRACIÓN DE LA SUCESIÓN

40. Como se ha señalado anteriormente, los ordenamientos anglosajones prevén una fase de administración de los bienes hereditarios que conciben como previa a la sucesión en sentido estricto y que, en consecuencia, no recibe una calificación sucesoria. En consonancia con una concepción de la sucesión en que el heredero no es continuador de la persona del causante, sino un nuevo adquirente, la fase que va desde la muerte del causante hasta el momento de la distribución de los bienes de la sucesión es una fase de administración, a cargo del ejecutor designado en el testamento, del administrador designado judicialmente o del trustee en el caso de un trust testamentario. A estos administradores, en sentido general, corresponde la realización de las actividades necesarias para reunir los bienes del causante, proceder al pago de las deudas y establecer cual es el remanente disponible para los herederos. Dado que el Derecho anglosajón no considera que esa fase inicial de administración forme parte de la sucesión, la misma no se rige por la *lex successionis*, sino que se somete a la ley del foro de acuerdo con cuya decisión el ejecutor ejerce sus facultades y donde se encuentran los bienes sujetos a administración.

¹⁴⁶ En este sentido BARNICH, L., *Les successions immobilières...*, cit., p. 332. Esta es la solución, en el ámbito interno, del artículo 1085 del CC, que establece que «*El coheredero que hubiere pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional [...]*».

Si bien la regla general es que tales administradores limiten su actuación a los bienes situados en el territorio para el que han sido nombrados, no es descartable que, en ciertos casos, puedan tener que actuar fuera del territorio del Estado del foro, de la misma forma que ocurre en un caso de insolvencia en el que el administrador nombrado en un procedimiento territorial, cuyas facultades en principio se limitan a los bienes situados en el Estado que lo nombra, excepcionalmente tiene que actuar en el territorio de otro Estado porque, por ejemplo, alguno de esos bienes fue trasladado, después de solicitado el concurso, a aquél.

41. Frente al sistema descrito, los ordenamientos continentales organizan la sucesión de manera distinta, sin que ello signifique que desconocen la figura del administrador. No obstante, tanto el nombramiento de los administradores como su actuación se consideran integrados en la sucesión y se rigen por la *lex successionis*.

En Derecho español es posible que el testador haya designado uno o varios albaceas, a los que corresponden las facultades que el testador les confiera o las previstas por el CC si aquél no hubiera establecido nada al respecto. Entre ellas destaca el artículo 902 del Código la de «tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes», estableciéndose asimismo que cuando los bienes no fueren suficientes para el cumplimiento de algunas de sus funciones (pago de legados y gastos de funerales) los albaceas promoverán la venta de los bienes muebles y, en su caso, de los inmuebles¹⁴⁷.

Además de lo anterior, si la herencia se acepta a beneficio de inventario hay necesariamente una fase que se considera de administración, siendo posible que la función de administrador sea asumida por el propio heredero o por un tercero nombrado por el juez¹⁴⁸. Corresponde a los administradores la representación de la herencia para ejercitar las acciones que le competan y contestar a

¹⁴⁷ Artículo 903 del CC. Ver, además, el Convenio consular entre España y el Reino Unido e Irlanda del Norte. También prevé esta posibilidad el artículo 2197 del BGB (GOTTWALD, P., SCHWAB, D., y BÜTTNER, E., *Family and Succession Law in Germany*, Coges Law International, 2001, pp. 153-154; SCHLÜTER, W., *Erbrecht*, Verlag CH Beck, Munich, 2000, pp. 386 ss.).

¹⁴⁸ El artículo 1020 del CC prevé que «en todo caso el juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil» y el 1026 que «hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá en ese concepto la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma».

las demandas que se interpongan contra la misma ¹⁴⁹ ; además el administrador no podrá pagar los legados sino después de pagar a todos los acreedores ¹⁵⁰ y si para el pago de los créditos y legados es necesaria la venta de los bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de los abintestatos o testamentarías, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

42. En cualquiera de los sistemas previstos para la organización de la sucesión es necesario determinar la extensión de las facultades de los administradores y sus posibilidades de desarrollar su actuación más allá de los límites territoriales del Estado cuyas autoridades les nombran. La cuestión no es otra que la eficacia de la resolución extranjera que nombra a los administradores y, en concreto, si se acepta la extensión de las facultades que les atribuye dicho nombramiento, con independencia de que coincidan con las que tendría de haber sido nombrado por el Estado receptor ¹⁵¹, que, evidentemente, puede establecer ciertos límites ¹⁵².

43. Una vez más el paralelismo entre esta situación y la concursal es evidente ¹⁵³. Como ocurre con los administradores concursales, la necesidad de determinar la eficacia del nombramiento de los administradores designados en un procedimiento concursal –reciba esta fase de administración una calificación sucesoria o no– sólo se plantea en los casos en los que el administrador extran-

¹⁴⁹ Artículo 1026 del CC.

¹⁵⁰ Artículo 1027 del CC.

¹⁵¹ Se señala tradicionalmente que el primero de los sistemas supone el riesgo de que puede atribuir al administrador en cuestión unas funciones que no le atribuya la decisión que le nombró, desvirtuando éstas en consecuencia.

¹⁵² El Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre administración internacional de las sucesiones, en vigor desde el 1 de julio de 1993, establece un sistema destinado a resolver esas cuestiones aplicable únicamente a la sucesión mobiliaria. De acuerdo con él se crea un modelo de certificado cuya emisión corresponde a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del causante en el que se designa a la persona habilitada para administrar la sucesión y sus facultades. La autoridad competente para emitir este certificado aplica su ley interna, excepto en ciertos casos, en los que aplica la ley interna del Estado de la nacionalidad del causante. El certificado así emitido deberá ser reconocido en los demás Estados contratantes, que pueden exigir su presentación, pero no la legalización o algún formalismo análogo. No obstante, se prevé la posibilidad de que los Estados contratantes subordinen el reconocimiento del certificado a la decisión de una autoridad que se pronunciará tras un juicio rápido o a cierta publicidad. Las únicas causas por las que se puede negar el reconocimiento son la no autenticidad del certificado o no adecuación al modelo establecido en el Convenio o si del mismo no resulta su emisión por una autoridad competente según el Convenio. Se prevé asimismo que el Estado requerido subordine el ejercicio de los poderes del titular del certificado al respeto de las reglas de supervisión y control de las autoridades locales, y en concreto, que subordine la toma de posesión de los bienes situados en su territorio al pago de las deudas. Este Convenio no ha sido ratificado por España. Lo han ratificado la República Checa, Portugal y Eslovaquia y son signatarios Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Turquía y el Reino Unido.

¹⁵³ FÉRID, M., «Le rattachement autonome...», cit., p. 107. Señala este autor que «*la fonction du personal representative ressemble à celle d'un syndic qui liquide la faillite*».

jero tiene que adoptar medidas sobre bienes situados fuera del territorio del Estado que lo nombra ¹⁵⁴.

La cuestión se liga fundamentalmente al criterio de determinación de la competencia en los distintos sistemas, siendo la necesidad de regular esta cuestión mayor en los países que prevén la competencia de un solo tribunal para conocer de la sucesión, aunque luego se produzca un fraccionamiento legislativo, que en los que unen a la fragmentación legislativa la competencial. Y ello es así porque si el tribunal considerado competente va a conocer del conjunto de la sucesión de un causante cualquiera que sea el lugar donde se encuentran los bienes del mismo, el administrador nombrado en esa sucesión tendrá que extender su actuación a bienes situados fuera del Estado que lo nombra, lo que no ocurriría si se limita a los situados en su territorio (y en consecuencia a ese ámbito se circunscribe la actuación de los administradores).

No obstante, la limitación en la actuación de los administradores ni siquiera en ese segundo caso sería total. Podría establecerse respecto de los inmuebles, pero no respecto de los muebles, puesto que no sería operativo abrir un procedimiento sucesorio en cada lugar en el que se sitúan bienes muebles del causante, por lo que el administrador nombrado por la autoridad del Estado del domicilio del causante con competencia para pronunciarse sobre los bienes muebles que integran la herencia tendrá necesariamente que actuar en Estados distintos de aquel cuya autoridad lo nombró. Sí es cierto, sin embargo, que en la mayor parte de los casos no será necesario porque los bienes muebles del causante se localizarán en el Estado de su domicilio.

44. En este punto es útil volver a lo señalado en relación con el paralelismo de estas situaciones con las concursales. Tanto la Ley Concursal como el Reglamento comunitario en materia de insolvencia prevén un sistema en el que el procedimiento concursal se concibe como un *continuum*, de forma que tras el reconocimiento de la resolución de apertura, que en el primer caso se hace siguiendo un sistema de homologación y en el segundo es automático, el resto de las resoluciones adoptadas en el procedimiento se reconocen de manera automática y se les atribuyen los mismos efectos que producían en el Estado del que emanan ¹⁵⁵.

No obstante, en relación con los administradores se establecen ciertas reglas especiales, una referida a la forma de acreditar el

¹⁵⁴ Sobre esta cuestión, CHECA, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, 1998, pp. 120-121 y 140-142; VIRGÓS, M., *El Trust y el Derecho español*, ed. Aranzadi, 2006, pp. 135 ss.

¹⁵⁵ AMORES, M., «Comentario al artículo 220» en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios...*, vol. II, cit., pp. 2138 ss.

nombramiento y otra a los límites a su actuación. Respecto de la primera de las cuestiones el Reglamento prevé que para acreditar el nombramiento de los administradores concursales basta la certificación de la resolución que los nombró, u otro certificado expedido por el Tribunal competente de los que, en su caso, se podrá pedir traducción. La Ley Concursal, que debe ser aplicada en un contexto distinto, exige que dicho nombramiento se acredite mediante copia autenticada del original de la resolución por la que se designe al administrador mediante certificado expedido por el tribunal o la autoridad competente, con los requisitos necesarios para hacer fe en España ¹⁵⁶.

Por lo que se refiere a los límites de la actuación de los administradores, éstos deben respetar la ley del Estado miembro en cuyo territorio actúen, en particular en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes, sin que puedan usar medidas de apremio ni pronunciarse sobre litigios o controversias ¹⁵⁷ y siempre con el límite del orden público.

Si se traslada el sistema descrito al ámbito sucesorio, para reconocer en el territorio de un determinado Estado miembro la actuación de un administrador sucesorio habría que reconocer en primer lugar la apertura de la sucesión y a continuación, de manera automática, la del nombramiento de los administradores que gozarán de los poderes que les haya atribuido el Estado donde aquélla se abrió, sin que ello implique que el Estado receptor no pueda establecer ciertos límites ¹⁵⁸.

No obstante, desde la perspectiva del ordenamiento español no hay que olvidar que la sucesión es un expediente de jurisdicción voluntaria y que nuestras normas en materia de reconocimiento se refieren a resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos ¹⁵⁹. El reconocimiento de los expedientes de jurisdicción volun-

¹⁵⁶ Es decir, los previstos en el artículo 323 de la LEC.

¹⁵⁷ Artículo 18 del Reglamento. La Ley Concursal recoge asimismo la primera de estas limitaciones pero no hace ninguna referencia a la segunda (art. 221).

¹⁵⁸ No es ésta la solución adoptada actualmente en la mayoría de los Estados. En el Reino Unido e Irlanda, por ejemplo, salvo en ciertos casos, es necesario obtener un *Grant of Probate* o *Letters of Administration* para poder tomar posesión de los bienes comprendidos en la herencia, dondequiera que estuviera domiciliado o residiera el causante (GARB, L., *Internacional sucesión*, cit., p. 203). Por otra parte, en Inglaterra los *Grants of Administration*, salvo que expresamente se limiten a propiedades en el territorio inglés se extienden a todas las propiedades del causante dondequiera que estén situadas. Pero lo cierto es que en la práctica hay que contar con las autoridades locales. A la inversa, y salvo en ciertos casos, la persona que ha obtenido un «grant» en otra jurisdicción no puede actuar simplemente con él en Inglaterra o Gales, sino que tiene que obtener uno de los tribunales de estos lugares (DENKER, J., en Hayton, D., *European Successions Law*, Jordans, Bristol, 1998, p. 74).

¹⁵⁹ No hay que olvidar además que el reconocimiento de las resoluciones contenciosas en materia sucesoria no se produce por los trámites previstos en el Reglamento 44/2001, ni en ningún instrumento internacional multilateral ratificado por España. España sí es

taria debe hacerse de acuerdo con las normas previstas en la LEC sobre el reconocimiento de documentos públicos extranjeros que no conoce más límite que el orden público¹⁶⁰, lo que acerca el reconocimiento de estos administradores al descrito en relación con los administradores concursales, tal como se prevé en el Reglamento comunitario en materia de insolvencia.

Es decir, al menos en Derecho español basta que los administradores nombrados por una autoridad extranjera acrediten su nombramiento para que puedan ejercer sus funciones, siendo éstas las que establece la ley que rige la sucesión, con el límite del orden público, al que en una futura regulación comunitaria podría añadirse, en consonancia con lo previsto en el Reglamento de insolvencia, el respeto de la ley del Estado miembro en cuyo territorio deba actuar el administrador, en particular, en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes (aun reconociendo que este límite se impone por la fuerza de los hechos), añadiendo además que dichos poderes no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias¹⁶¹.

parte, sin embargo, en varios Convenios bilaterales en los que se regula esta cuestión. El único Convenio bilateral del que España es parte cuyo ámbito de aplicación material es exclusivamente la materia sucesoria es el Convenio hispano-griego de 6 de mayo de 1919. Pero también son aplicables algunos Convenios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de Derecho privado de los que no se excluyen los litigios en materia sucesoria, como el hispano-suizo, de 19 de noviembre de 1896, el hispano-colombiano, de 30 de mayo de 1908, el hispano francés, de 28 de mayo de 1969, el hispano-italiano, de 22 de mayo de 1973, el hispano-alemán, de 14 de noviembre de 1983, el hispano-austriaco, de 17 de febrero de 1984, el hispano-checoslovaco, de 4 de mayo de 1987, el hispano-chino, de 2 de mayo de 1992, el hispano-soviético, de 26 de octubre de 1990 y el hispano-uruguayo, de 4 de noviembre de 1987. En ausencia de convenio se aplica el régimen de la LEC.

¹⁶⁰ Artículo 323 de la LEC.

¹⁶¹ En un sentido que no se aleja de lo que acabamos de ver, el artículo 1030 del CC prevé que cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios ésta se realizará en la forma establecida por la LEC respecto de los abintestatos y testamentarias salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa. Es verdad que se trata de un artículo que está contemplando sólo situaciones de Derecho interno, pero que parece de indudable aplicación también en los casos en que el administrador nombrado en un procedimiento sucesorio extranjero debe ejercer sus facultades en España. El artículo 11 del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, cit., preveía la necesidad de previo reconocimiento para que los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras accedan a los registros públicos españoles, siendo las únicas causas de denegación posibles: (i) que el acto haya sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente; (ii) que el acto haya sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados, y (iii) que el reconocimiento del acto produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.

En la propuesta de regulación que acompaña a las respuestas del Notariado italiano al Libro Verde se prevé que cuando la administración y la transmisión de los bienes se ha organizado por un administrador o por una autoridad pública, sus poderes deben ser reconocidos en todos los Estados miembros y cuando la ley aplicable sea la de un Estado miembro dichos poderes deben extenderse, independientemente de las disposiciones de dicha ley, y dejando a salvo los límites eventualmente dispuestos por el testador, a todos los bienes de la sucesión, dondequiera que se encuentren, incluso si la *lex successionis* los limita a los muebles (artículos 22, 2.º y 3.º y pp. 78-79).

45. Visto lo anterior, sería recomendable que la futura norma comunitaria en esta materia contemplara no sólo las cuestiones relativas al reconocimiento de las resoluciones dictadas en un procedimiento contencioso en materia sucesoria, sino también las relativas a la eficacia de las resoluciones adoptadas en el desarrollo de una sucesión y de la posible actuación de los administradores de la misma, para lo cual el modelo adoptado por el Reglamento 1346/2000 puede proporcionar ciertas pautas.

4) LA PARTICIÓN Y LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES

46. En esta fase del procedimiento sucesorio es necesario dar respuesta a tres cuestiones distintas: la primera de ellas es a qué ley deben sujetarse las operaciones concretas de partición; la segunda es qué ley nos debe señalar cuál es el resultado a que debe conducir esa partición y la tercera qué ley rige la transmisión de propiedad que se debe producir como consecuencia de la partición¹⁶².

Ya en la década de los setenta M. Cassoni¹⁶³ puso de relieve la «bipolaridad» de la partición, que se sitúa entre la ley sucesoria y la ley de la situación de los bienes. Está claro que las operaciones judiciales de partición (dejamos de lado los casos, en que los propios herederos deciden cómo se efectúa la partición porque en ellos el problema no se plantea en estos términos) y su procedimiento no pueden estar sometidos a una ley extranjera por razones prácticas, aunque esas operaciones tengan por objeto la distribución de la herencia con el resultado indicado por la ley sucesoria¹⁶⁴.

En consecuencia, respecto de las dos primeras cuestiones las respuestas se imponen por su propia obviedad: las operaciones concretas –materiales– de partición se sujetan a la ley del foro y deben llevar al resultado previsto por la *lex successionis* que es la que determina el contenido de dicha partición¹⁶⁵. En cuanto a la

¹⁶² Se ha señalado por parte de la doctrina española que «por partición entendemos la institución que tiene por objeto materializar la porción que a cada heredero –o en su caso legatario de parte alícuota– corresponde en la herencia, mediante la designación de un derecho exclusivo en bienes concretos» (MINGORANCE, C., *El pago...*, cit., p. 59), si bien se observa que el concepto se usa en unos casos en sentido amplio (conjunto de operaciones necesarias para la fijación de los derechos privativos de los coherederos) y en otros en un sentido estricto (división y adjudicación del caudal relicto). Aquí se está usando la segunda de las acepciones.

¹⁶³ *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato. Contributto alla teoria dei limiti dello statuto successorio*, Milán 1974.

¹⁶⁴ FÉRID, M., «Transmisión...», cit., pp. 146-147.

¹⁶⁵ Creo que éste es el sentido en el que hay que interpretar el artículo 786 de la LEC que establece que el partidor realiza las operaciones de partición conforme a la ley aplicable a la sucesión del causante, pero que si el testador había establecido reglas diferentes

transmisión de la propiedad la cuestión merece un análisis más detallado¹⁶⁶.

47. Las cuestiones que estamos analizando guardan relación con un tema que han puesto de relieve ciertos autores que es la distinción, propia de los países de common law, entre distribución o devolución y transmisión de los bienes, siendo esto último, de lo que con frecuencia la doctrina no se ocupa, una cuestión que, se dice, plantea no pocos problemas¹⁶⁷.

Como se ha visto al exponer las ventajas e inconvenientes de los distintos sistemas sucesorios al inicio de este trabajo, la crítica que en mayor medida se hace al sistema de unidad en la determinación de la ley aplicable a la sucesión es que no resuelve adecuadamente los problemas que se suscitan en relación con la transmisión de los bienes inmuebles que integran la masa hereditaria. Se alega que la aplicación de una ley extranjera a la sucesión de un inmueble puede dar lugar a dificultades de delimitación del ámbito de la ley sucesoria respecto del de la *lex rei sitae*, que se ocupa de los aspectos reales. Además, la transferencia de la propiedad de un inmueble en la mayor parte de los ordenamientos necesita de la intervención de un notario o de una autoridad local, por lo que someter todos los aspectos de la situación al Derecho local puede facilitar la liquidación, lo que a veces será el primer interés de los herederos¹⁶⁸.

En consecuencia, en esta última fase del procedimiento sucesorio la fuerza de la ley de la situación de los bienes hereditarios, cuando estos son inmuebles, se manifiesta de manera muy eviden-

para el inventario, evaluación, liquidación y partición de sus bienes habrá que estar a lo establecido por él, a salvo siempre los derechos de los reservatarios.

¹⁶⁶ La definición de ROCA SASTRE, R. M., de que haya que entender por partición ilustra adecuadamente esta distinción: «*aquel acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones, verificadas sobre ciertas bases, supuestos de hecho y de derecho, y en el cual, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo o liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio y propiedad exclusiva)*». En: «Estudios de Derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, 1948, p. 71. Aunque la definición responde a la concepción amplia de la partición, que no es la que se usa en este trabajo, sí diferencia de forma clara la existencia de una serie de aspectos puramente sucesorios y de otros de contenido real, lo que tiene forzosamente que tener consecuencias en la delimitación del Derecho aplicable.

¹⁶⁷ FÉRID, M., «Le rattachement autonome...», cit., pp. 71 ss., esp. pp. 89 ss. Este autor propugna una regla de conflicto alternativa a las existentes a la que califica de «escisión funcional» (por oposición a la «escisión territorial») y que consiste en someter la devolución a la *lex successiois* y la administración a la ley del foro (pp. 198 ss.).

¹⁶⁸ OVERBECK, A. V., «Divers aspects...», cit., p. 567.

te, haciendo necesaria la delimitación de los ámbitos de aplicación respectivos de dicha ley y la *lex successionis* ¹⁶⁹.

A. LA PARTICIÓN

48. En el análisis de las ventajas e inconvenientes de los distintos sistemas conflictuales posibles en materia sucesoria se ha señalado reiteradamente que la elaboración de la masa activa se complica con la aplicación de leyes distintas a la sucesión de un mismo causante porque (i) si la sucesión es abintestato la determinación de quien es o no heredero y el orden de suceder pueden no ser los mismos en una ley y otra; y si es testamentaria es posible que, como se ha visto, el testamento sea válido para un ordenamiento y no para otro; (ii) unos ordenamientos conocen el sistema de legítimas y otros no e, incluso, entre los que lo conocen éstas no se regulan de la misma forma; (iii) la regulación de los bienes que deben llevarse a colación es susceptible de recibir tratamientos divergentes en los distintos ordenamientos ¹⁷⁰; (iv) junto a las anteriores se alegan razones de economía procesal ¹⁷¹.

¹⁶⁹ Uno de los problemas que tradicionalmente se alegan en relación con este tema es el de la indivisión de la herencia mientras no se procede a la transmisión, ya que, así como en ciertos Estados esta indivisión puede mantenerse ilimitadamente, en otros está sujeta a límites temporales, de manera que, si la *lex successionis* no establece plazos pero la de situación del inmueble sí, se pueden producir discordancias entre una y otra que inciden sobre el régimen de la propiedad. En consecuencia, siendo la indivisión una forma de copropiedad, la ley sucesoria entra en conflicto con la ley de la situación, siendo las soluciones que dan los distintos Estados diferentes, y así, mientras en Francia el régimen de la masa indivisa viene determinado por la ley del lugar de situación, con el argumento de que es una forma de propiedad y además interesa fundamentalmente a los acreedores (BOULANGER, F., *Étude comparative...*, cit., pp. 176-177), en Alemania, por el contrario, tal cuestión se atribuye a la ley sucesoria. En relación con esta cuestión el CC español señala que ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, salvo que el testador hubiera prohibido expresamente la división y que, incluso en ese caso, la división siempre tendrá lugar mediante alguna de las causas por las que se extingue la sociedad según el artículo 1051 del CC. Añade el artículo 1052 que todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. La comunidad tiene, pues, un claro carácter provisional (MINGORANCE, C., *El pago...*, cit., p. 64).

¹⁷⁰ HOOFT, E. R., *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1981, p. 12.

¹⁷¹ Desde mi punto de vista las razones de economía procesal deberían tomarse en consideración sólo en igualdad de condiciones, es decir, sólo en casos en que las alternativas barajadas sean igualmente adecuadas para resolver una determinada situación pero una de ellas presente la ventaja añadida de la economía procesal. Y en cualquier caso lo que sí se constata es que esas razones no sólo están ligadas a la determinación de la ley aplicable, sino también al establecimiento de los criterios de competencia: si ésta se atribuye a las autoridades de un solo Estado las razones de economía procesal se minimizan, a salvo las cuestiones relativas a la información del Derecho extranjero, pero éstas no son decisivas. Si lo fueran no tendría sentido, por ejemplo, que el Convenio de Roma permitiera la fragmentación del contrato al regular la autonomía de la voluntad y que esa solución se haya mantenido en el Reglamento Roma I. Las razones de economía procesal mencionadas sí son más defendibles si la fragmentación legislativa va acompañada de la competencial.

49. Es evidente que en esta fase del procedimiento sucesorio el hecho de que sea una única ley la que rige el orden de suceder, la parte de libre disposición, las legítimas, la colación, etc. facilita la realización de las operaciones necesarias, puesto que no hay que acudir a la adaptación de distintas leyes para elaborar las cuotas, sino que es posible actuar con un cierto automatismo. Si, por el contrario, hay que aplicar distintas leyes, es necesario realizar una adaptación de las mismas y la operación se complica.

Pero lo anterior es cierto en la hipótesis en que la fragmentación en la determinación de la ley aplicable no está acompañada también de la fragmentación en la determinación de la competencia, porque en el caso contrario la labor de cada uno de los jueces individualmente considerada es unidimensional: la reglamentación de todas esas cuestiones conforme a una sola ley nacional que en lugar de operar sobre la totalidad de los bienes del causante lo hace solo sobre una parte de los mismos. En esta hipótesis la cuestión que se plantea es si es necesario arbitrar mecanismos de adaptación de dichas leyes a fin de conseguir un resultado similar al que se produciría de resolver un solo juez.

Es decir, planteada la sucesión ante cada autoridad estatal, si estas tienen que distribuir entre los herederos sólo los bienes situados en su territorio, distribución a la que, en consecuencia, van a aplicar una sola ley –normalmente la del foro– actuarán, en relación con el tema que se analiza en este epígrafe, considerando el supuesto como puramente interno. La situación es la misma que la del juez del concurso territorial. La cuestión es si en tales casos, y como hace el Reglamento de insolvencia, sería adecuado establecer reglas para la coordinación de tales procedimientos. No hay que perder de vista que en este momento del procedimiento sucesorio es donde se pone de manifiesto el carácter del heredero como «acreedor» del causante, en el sentido señalado en páginas anteriores.

50. En este contexto los ordenamientos que conocen un sistema de legítimas plantean una dificultad añadida: si de los Derechos aplicables a la sucesión sólo uno conoce esta institución o, conociéndola varios, la regulan de forma distinta, cada uno pretenderá imponer sus soluciones sobre el conjunto de los bienes de la sucesión y no sólo sobre los bienes situados en su territorio. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés que, pese a adoptar un sistema de fragmentación, pretende garantizar a sus nacionales el respeto de los derechos hereditarios establecidos por el Derecho francés, tomando como referencia para el cálculo el conjunto del caudal hereditario.

En situaciones internacionales el Derecho francés prevé un llamado derecho de «prélèvement» a favor de los nacionales franceses que implica operar de la siguiente manera: de forma ficticia se reúnen

todos los bienes hereditarios, estén en Francia o en el extranjero, en una sola masa. Sobre esa masa ficticia se calcula lo que el heredero francés hubiera debido percibir de haberse aplicado el Derecho sucesorio francés y la diferencia entre esa cantidad y lo que efectivamente se ha percibido conforme al Derecho extranjero es lo que integra el «prélèvement». El cobro efectivo se hace, lógicamente, sobre los bienes situados en Francia¹⁷². La misma institución es conocida en Derecho belga, aunque con una regulación algo distinta¹⁷³.

51. Lo primero que hay que plantearse en esta situación, es si es realmente necesario coordinar las leyes que establecen el orden de suceder, las legítimas, y, como consecuencia de eso las cuotas hereditarias, o si la coordinación, argumentada como problema en los sistemas de fragmentación, no es necesaria porque las divergencias que se producen entre los distintos ordenamientos no tienen por qué corregirse. Hay dos cuestiones a analizar: una es la perspectiva de los herederos en cuanto a la determinación de la cuota hereditaria que les corresponde, que no debe ser tenida en consideración al analizar este punto, y otra distinta, y aquí sí radica el problema real, en la que lo que hay que resolver son aquellos casos en los que la aplicación de distintas leyes a distintas partes de la sucesión conduce a situaciones en las que el resultado alcanzado no era el querido por ninguna de las leyes consideradas aplicables.

52. El hecho de que los bienes del causante se dividan en dos o más masas distintas y que sobre cada una de ellas se designen herederos diferentes (o los mismos, pero con cuotas hereditarias distintas) no es, desde mi punto de vista, una dificultad sustancial y sólo será percibido como situación más o menos justa en función del grado de beneficio o perjuicio incurrido por cada uno.

Aquel que se sitúe en primer lugar en la línea sucesoria respecto del ordenamiento de A y sólo en segundo o en tercero según

¹⁷² Así lo establece el artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1989. La doctrina francesa se lamenta de que continúe una institución a la que califican de «expropiación larvada», contraria a las reglas del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (ver al respecto: DURANTON, G., en Verwilghen, M. (Director), *Régime matrimonial, successions...*, cit., pp. 1265 ss.; COHEN, D., «La Convention Européenne des droits de l'home et le Droit international privé», *Rev. Crit.*, 1989, p. 451; LAGARDE, P., *Rep. Droit international*, Dalloz, núm. 103. Las críticas a esta figura vienen de antiguo; para una exposición de las mismas ver OVERBECK, A. VON, «Divers aspects...», cit., pp. 590-591.

¹⁷³ BARNICH, L., *Les successions immobilières...*, cit., pp. 326-327. También este autor lo califica como de «técnica exorbitante» (p. 332). Esas instituciones justamente criticadas por la doctrina no pueden ser propugnadas desde una perspectiva supranacional en cuanto que suponen, al menos en la regulación que reciben en Derecho francés, dar prioridad a un ordenamiento para la defensa de sus nacionales, circunstancia no sólo criticable desde la perspectiva más moderna del Derecho internacional privado, sino desde luego, desde la perspectiva de la integración comunitaria que contempla como uno de sus principios inspiradores el de la no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea.

el ordenamiento de B tendrá, desde luego, interés en que sea el ordenamiento de A el que se aplique a la totalidad de la sucesión, cualquiera que sea el lugar donde estén situados los bienes, pero si es designado heredero con la misma prioridad por todos los ordenamientos en presencia, desde la perspectiva de la ley aplicable le va a resultar indiferente la aplicación de una ley o de otra. Por el contrario, desde la perspectiva inversa no le interesará la unidad de la sucesión si eso implica la aplicación a todo el caudal hereditario de la ley de B que no lo considera heredero o lo sitúa en el último lugar del orden sucesorio. En esas circunstancias preferirá la fragmentación, que al menos le reconoce ciertos derechos en relación con una parte de los bienes.

Visto lo anterior, parece que la adaptación no es necesaria: si cada cuota opera sobre masas distintas la ley aplicable a cada una de ellas es la que determina cuánto corresponde a cada heredero en relación con esa masa en concreto. Es verdad que eso implica el riesgo de que en unos casos un heredero pueda recibir más de lo debido conforme a un ordenamiento y menos respecto de otro, pero ¿qué razones objetivas podemos alegar para entender que tiene que primar una solución sobre la otra? Estamos ante el «valor relativo de las soluciones internas»¹⁷⁴.

53. La situación descrita puede producirse también en relación con la obligación de colacionar, que puede recibir un tratamiento distinto en las distintas leyes (o no recibir ninguno)¹⁷⁵. Asumiendo que una misma persona herede en virtud de dos ordenamientos y que uno prevea la obligación de colacionar y el otro no, se alega como argumento contra el sistema de fragmentación que el heredero sólo llevará a colación lo recibido en el Estado donde esa obligación existe y no la totalidad de lo recibido. Si eso ocurre puede generar desigualdades entre los herederos en el caso de que uno solo hubiera recibido bienes en el Estado donde se contempla la colación y otro en un Estado que no conoce dicha obligación o que la regula en forma distinta¹⁷⁶.

¹⁷⁴ GRAULICH, P., *Principes de Droit International Privé*, París, 1961, p. 1. La expresión es retomada por OVERBECK, A. VON, a propósito de las sucesiones en «Divers aspects...», cit., p. 565.

¹⁷⁵ Las divergencias pueden venir determinadas no sólo porque en unos ordenamientos se prevea la obligación de colacionar y en otros no, sino porque en aquellos que sí lo hacen es posible que los casos en que esa obligación se prevé no sean los mismos o que existan divergencias sobre los criterios de valoración de los bienes colacionables o el momento en que esa valoración debe llevarse a cabo. Esa cuestión ha sido ampliamente estudiada por nuestra doctrina civil. Para un resumen de las distintas posturas ver CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador partidor testamentario*, Civitas, 1989, pp. 134 ss. Para un análisis de esta cuestión en Derecho suizo, BENN, J., *Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung*, Schulthess, 2000.

¹⁷⁶ Una institución similar a la colación se conoce también en Inglaterra, pero sólo para casos en los que el causante murió domiciliado en Inglaterra o Gales, sin que haya habido

La primera de las afirmaciones no parece del todo exacta. Al menos desde la perspectiva del Derecho español no se establecen límites a la obligación de colacionar en función del lugar donde se hayan recibido los bienes, que, por otro lado, no tiene por qué coincidir forzosamente con ninguno de los lugares cuyo ordenamiento resulta aplicable a la sucesión. A estos efectos el CC se limita a señalar que el heredero forzoso que concurre a una sucesión con otros que también lo son debe traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante durante la vida de éste por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas o en la cuenta de partición¹⁷⁷, sin que en ninguna de las disposiciones dedicadas a la regulación de esta materia se haga referencia a la cuestión mencionada. Es verdad que el tema no se plantea porque se están regulando supuestos internos y por la visión universalista que de la sucesión tiene nuestro Código, pero en cualquier caso no hay nada que permita afirmar que el heredero forzoso de acuerdo con la ley española pueda dejar de llevar a colación un bien colacionable conforme a nuestro Derecho por la única razón de que el bien que resultaría afectado se encuentra situado en otro Estado.

54. En consecuencia, el problema no surge cuando quien es heredero según una ley lo es también según la otra, y sí puede plantearse cuando alguien sólo es heredero para la ley que no le obliga a colacionar y recibió en vida del causante bienes que sí serían colacionables desde la perspectiva del otro ordenamiento también aplicable a la sucesión. En este segundo caso, si el ordenamiento que prevé la colación sólo la contempla en relación con los bienes situados en su territorio se pueden producir desigualdades en el tratamiento de los herederos, contemplado el fenómeno sucesorio desde un punto de vista unitario.

Ejemplo: A muere dejando bienes en los Estados X e Y. Asumiendo que la sucesión se abre ante la autoridad de un Estado que conoce un sistema de fragmentación, X e Y aplican su ley sucesoria a los bienes situados en sus respectivos territorios. De acuerdo con ambas leyes B y C son herederos y les corresponde recibir una cuota sucesoria de 100 en el primer Estado y de 80 en el segundo, pero puesto que B ya había recibido previamente por donación del causante 20 en X y la legislación de ese Estado le obliga a colacionar recibirá 80 en cada uno de ellos. De esta forma queda garantizado que B no se beneficia respecto de C. Lo mismo ocurriría si X no obligase a colacionar pero si lo hiciera Y, sin limitación del

jurisprudencia que se pronuncie sobre si se aplica dicha institución a los casos en que se refiere a bienes situados fuera de esos lugares (MILLER, G., *Internacional...*, cit., pp. 227 ss.).

¹⁷⁷ Artículo 1035 del CC.

lugar donde se hubiere producido la donación, puesto que la recibida en X se computaría también en Y.

Si, sin embargo, no fuera esa la solución adoptada en Y, sino que sólo fueran llevados a colación los bienes donados en su territorio la igualdad entre herederos no quedaría garantizada.

55. La cuestión es, no obstante, y una vez más, si es realmente necesaria la búsqueda de esa igualdad. La respuesta afirmativa supone una concepción universalista de la sucesión que no responde más que a una visión, la de nuestro ordenamiento, del fenómeno sucesorio, que es sólo una de las visiones posibles. Esta puesta en cuestión resulta tanto más evidente si pensamos en otra de las situaciones que pueden plantearse: la de aquel que es heredero en una de las masas y no en la otra y había recibido previamente una donación del causante no colacionable de acuerdo con el ordenamiento aplicable a la masa sucesoria en la que está llamado a heredar, pero que sí lo sería según la ley que le instituye heredero. En este caso, puesto que no es heredero de acuerdo con el segundo ordenamiento, no podrá aplicarse la colación respecto de él. Y a la inversa: si fuera colacionable sólo en el ordenamiento en que es heredero vería todavía más reducidos sus derechos sucesorios.

Lo anterior nos lleva a la consideración de que en caso de herederos en todas las masas sucesorias que resultan de un sistema de fragmentación la colación no plantea problemas de desigualdad siempre que sean colacionables los bienes dondequiera que se hubieran recibido. Se pueden suscitar más dificultades cuando quien es heredero en una masa no lo es en otra, pero la duda en este caso es si es necesario realmente restablecer la igualdad por la vía de la colación, siendo, a mi juicio, la respuesta negativa, ya que el punto de partida es en sí mismo desigual, de tal forma que la comparación sólo puede establecerse entre herederos sobre la misma masa y no entre quien lo es para una y no para otra.

Cuestión distinta es que ambos ordenamientos obliguen a colacionar porque en ese caso sí que habrá que arbitrar un mecanismo para no hacerlo dos veces. Y de nuevo en este caso creo que propugnar una solución material similar a la propuesta en relación con la contribución de los herederos a las deudas del causante es la solución más adecuada para la regulación de la materia a nivel comunitario¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Los Convenios de Montevideo de 1889 y 1940 ya mencionados regulan esta cuestión en un sentido idéntico y ambos en sus respectivos artículos 50 que establecen que «*La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a las que concurra el heredero que deba la colación, proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.*»

Fuera del ámbito comunitario o en su caso de un convenio multilateral que regulara la materia el problema se minimiza si es un solo tribunal el que conoce de la sucesión y no varias autoridades distintas y no coordinadas porque al final la cuestión se reduce a un problema de cálculo y deja de tener un contenido jurídico ¹⁷⁹.

56. Se trata, en definitiva, de un problema de adaptación que no se plantea en términos muy distintos a los que se dan cuando de lo que se trata es de conciliar los derechos sucesorios del cónyuge viudo con los determinados por su régimen económico matrimonial ¹⁸⁰. Nos situamos, en consecuencia, en una fase en la que, habiendo operado el Derecho conflictual, corresponde aplicar el Derecho material y «*se produce un desajuste tal, que da lugar a un resultado, que no se derivaría en ningún caso, si la situación se hubiera desarrollado enteramente conectada a uno solo de los ordenamientos en presencia*» por lo que «*se hace preciso articular un remedio o correctivo, que permita aportar una respuesta armoniosa*» ¹⁸¹. Y ese remedio o correctivo es la adaptación ¹⁸².

Lo que se hace a través de esta figura es dejar operar a las normas de conflicto y, una vez analizado el contenido de las mismas y las consecuencias de su aplicación al caso concreto, crear, si es necesario, una norma *ad hoc* que resulte de modificar dichas normas materiales o de aplicarlas parcialmente ¹⁸³. Esa creación de una norma *ad hoc* se hace sobre la base del caso concreto, siendo innecesaria si, de no hacerlo, no se producen resultados distorsio-

¹⁷⁹ Desde esa perspectiva, la unidad competencial se favorece si el criterio que se retiene es personal (CASTELLANOS, E., *Unidad vs. pluralidad...*, cit., p. 17). No obstante se ha puesto en duda la posibilidad de llegar a un único tribunal (GAUDEMÉT-TALLON, H., «*Quelques réflexions...*», cit., p. 453).

¹⁸⁰ De esta cuestión se ha ocupado abundantemente la doctrina tanto nacional como extranjera. Sin ánimo de exhaustividad, entre los primeros, ZABALO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo...*, cit.; BOUZA, N., *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, 1977; CALVO CARAVACA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD* núm. 502-503, 1986, pp. 3103 ss. Entre los segundos: BOURSEAU, R., *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruselas, 1982; DROZ, G., «Régimes matrimoniaux en Droit international privé», *R. des C.*, 1974, 143, pp. 11 ss.; GRAUE, E. D., «The right of surviving spouses under private international law», *AJCL*, 1967, pp. 164 ss.; HERZFELDER, F., *Problèmes relatifs au régime matrimonial en Droit international privé français et allemand*, París, 1978.

¹⁸¹ ZABALO, E., *La situación jurídica...*, cit., p. 101.

¹⁸² En palabras de AGUILAR NAVARRO, M., la adaptación se define como un correctivo funcional de carácter material cuyos principales fines son lograr corregir los resultados que podrían derivarse del acusado carácter formal, conflictual, del Derecho internacional privado, coadyuvar a la empresa de coordinación de los ordenamientos jurídicos y confirmar la *presencia de la justicia material junto a la justicia formal* (*Derecho civil internacional*, Madrid, 1983, p. 258).

¹⁸³ BOUZA, N., *Problemas de adaptación...*, cit., p. 188.

nadores. Evidentemente tal adaptación sólo es posible si el contenido de las normas en presencia no es totalmente inconciliable¹⁸⁴.

Aceptar la necesidad de adaptación en esta fase supone aceptar asimismo una visión universalista del fenómeno sucesorio: sólo desde ella se entiende la necesidad de adaptar los ordenamientos para llegar a un resultado global, porque de considerar la sucesión en cada una de las masas de bienes formadas según criterios territoriales como fenómenos totalmente independientes tal adaptación es innecesaria¹⁸⁵.

Situándonos en la perspectiva de una futura reglamentación comunitaria del Derecho de sucesiones parece que está claro que, al igual que ha ocurrido al regular la insolvencia, es difícil afirmarse de manera absoluta en alguno de los dos grandes bloques de sistemas –el universalista o el de fragmentación– por lo que, de admitir la fragmentación al menos en alguna medida, deberá venir acompañada de algún elemento de corrección que satisfaga a los ordenamientos que, como el nuestro, tienen una visión universalista de la sucesión y, a la inversa, la solución universalista que parece, a priori, tener más posibilidades de ser adoptada, deberá hacer algunas concesiones a la fragmentación. En ese contexto la adaptación se convierte en la herramienta necesaria.

Si se considera necesaria la adaptación hay que establecer cuál es la ley cuyo criterio debe primar y, como se ha visto en relación con otras cuestiones, ésta no puede ser más que la que se vincula a quien da unidad a la sucesión: la persona del causante, por lo que debería ser la ley personal de éste la que en último término proporcionara el criterio de corrección, con la eliminación además de cualquier disposición estatal del tipo de las contempladas por los derechos francés o belga y descritas en páginas anteriores.

¹⁸⁴ Frente a la adaptación material a la que nos estamos refiriendo se dice que el legislador español, al referirse en el 9.8 del CC a los derechos del cónyuge superviviente, realiza una «adaptación conflictual», cuestión sobre la que no se va a entrar porque excede el objeto de este trabajo.

¹⁸⁵ Así lo pone de relieve la doctrina anglosajona cuando señala que el hecho de que un Estado adopte un sistema de unidad de hecho no afecta a la devolución de los inmuebles situados en Inglaterra porque la ley de dicho Estado deberá aceptar que la sucesión de los inmuebles en Inglaterra se produce de acuerdo con la ley inglesa, siendo «powerless to alter the devolution of that property unless, of course, the proceeds of sale are remitted to the country of domicile». Pero, pese a esa impotencia de la ley personal es posible que sí haga algunos ajustes en la distribución de la propiedad bajo su control para tener en cuenta lo que ya se ha recibido de los inmuebles situados en Inglaterra. En este sentido, MILLER, G., *Internacional aspects ...*, cit., pp. 149-150. Este autor llega a afirmar la posibilidad, discutible desde mi punto de vista, de dar en estos casos al heredero acción para reclamar a sus coherederos según el Derecho inglés, admitiendo que las posibilidades de prosperar de esa acción dependen de entre otros factores de la residencia de los herederos que lo son según la ley inglesa y de la situación de sus bienes (p. 150).

57. Pero, puestos a buscar soluciones de este tipo, en realidad la cuestión no se plantea tanto desde una perspectiva conflictual como, en su caso, desde una perspectiva material¹⁸⁶. En relación con la primera no se puede dejar de admitir que en ciertos casos el uso de una conexión única para determinar la ley que debe regir el conjunto de la sucesión conduce a la aplicación de un ordenamiento que poco o nada tiene que ver con la realidad de la situación.

Sirva el siguiente ejemplo para ilustrar la afirmación: un nacional español ha pasado toda su vida en Francia, donde posee varios inmuebles, con excepción de los últimos cinco años, que han transcurrido en el sur de Italia, sin haber tenido, sin embargo, ningún contacto con la vida local y encontrándose sus bienes en Francia donde también residen sus herederos. Parece evidente que en este caso la conexión del Derecho francés con la sucesión es más evidente que la que puedan tener el ordenamiento español o el italiano, que sin embargo, serían los llamados a aplicarse de utilizarse la conexión personal (nacionalidad o domicilio) propugnada por los sistemas de unidad. En tales circunstancias no puede considerarse inapropiada una regla que deja cierto margen de actuación al Derecho francés, sobre todo si tenemos en cuenta que la conexión de los inmuebles con el lugar de su situación presenta una certeza evidente y, además, la aplicación de una ley extranjera a la devolución de un inmueble puede generar dificultades de delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la ley sucesoria respecto de la lex rei sitae.

Sin embargo, la búsqueda de una solución material puede proporcionar soluciones más adecuadas sobre todo en el contexto de una legislación comunitaria unificadora en que se pueden establecer mecanismos de compensación¹⁸⁷.

B. LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES

a) *Soluciones alternativas: la fragmentación funcional*

58. Una vez determinado el activo y el pasivo y determinadas también las cuotas y adjudicadas a los herederos el ordenamiento español atribuye a cada uno de ellos la propiedad de los bienes¹⁸⁸.

¹⁸⁶ OVERBECK, A. VON, «Divers aspects...», cit., pp. 565 ss.

¹⁸⁷ OVERBECK, A. VON, «Divers aspects...», cit., pp. 567-568.

¹⁸⁸ El artículo 1068 del Código Civil prevé al respecto que «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Sobre la forma de llevar a cabo la partición cuando los herederos no se entendieren sobre el modo de hacerlo, ver artículos 1054 a 1093 de la LEC por remisión del 1059 del CC. La doctrina civilista distingue tres fases: (i) fijación de haberes, que en definición de ROYO MARTÍNEZ (*El Derecho de sucesiones mortis causa*, Edelca, Sevilla, 1951, p. 357) consiste en el señalamiento de las cifras de valor que corresponden a cada heredero y el concepto o conceptos por los que se les asignan; (ii) la formación de lotes, y

No obstante, la transmisión de la propiedad no opera con tanto automatismo, sino que hay que atender en cada caso al régimen de los bienes.

59. Este tipo de problemas hacen que incluso autores indiscutiblemente partidarios de los sistemas de unidad, como M. Férid, busquen soluciones destinadas a paliar los inconvenientes que en esta fase suscitan tales sistemas. Para este autor esa solución pasa necesariamente por un fraccionamiento de la sucesión, pero de características distintas al que se ha descrito en las páginas iniciales de este trabajo, porque no se trata de un fraccionamiento territorial, sino funcional.

Según esta postura hay que distinguir entre dos aspectos de la sucesión: la devolución y la transmisión y, aunque reconoce las ventajas de someter ambas cuestiones a la misma ley, la sucesoria, no deja de ver los problemas apuntados en relación con esta solución, por lo que se plantea la posibilidad de someter los dos aspectos mencionados a distintas leyes, aplicando la ley sucesoria sólo a la devolución y una ley distinta, como la de situación de los bienes, la de foro o la del domicilio, por ejemplo, a la transmisión ¹⁸⁹.

A favor de tal fragmentación argumenta que todas las medidas y formalidades relacionadas con la transmisión presentan lazos muy estrechos con el procedimiento; por eso para el juez la obligación de aplicar en ciertos casos en materia sucesoria reglas de fondo extranjeras y reglas de procedimiento internas puede generar dificultades cuyo origen está en la interdependencia de las reglas de uno y otro tipo, es decir, las de fondo y las de procedimiento. Frente a ello, propone aceptar la escisión no de las distintas categorías de bienes, sino de los diversos estadios de la sucesión, aplicando una ley distinta a la transmisión con lo que se evitan dificultades derivadas de la incompatibilidad mencionada. En ese contexto Férid propone una solución según la cual la ley sucesoria se aplica a los aspectos relativos a la devolución y la ley del foro a los relativos a la transmisión. Eso hace necesario establecer un catálogo que permita determinar cuándo estamos ante una u otra materia, para lo cual puede servir de orientación el proyecto de Convenio Benelux, cuyo artículo 9 establecía una distinción ¹⁹⁰, si bien respecto de él este autor establece algunas modificaciones.

(iii) la adjudicación propiamente dicha, a la que se refiere el artículo 1068 del CC citado. Sobre esta cuestión ver CARBALLO, M., *Las facultades ...*, cit., p. 318.

¹⁸⁹ «Le rattachement autonome...», cit., p. 68.

¹⁹⁰ Entre las materias sucesorias situaba: la designación de los herederos, el orden en el que son llamados a suceder, la cuota que le corresponde, las legítimas y la obligación de colacionar. Se consideran incluidas en la transmisión (que en el proyecto se regía por la ley del domicilio) la liquidación, la partición, las reglas relativas al ejecutor testamentario, la

Desde el punto de vista de los intereses en juego se alega a favor de esta solución que implica una mayor rapidez en la reglamentación de la sucesión y desde un punto de vista metodológico que la ley del foro coincidirá habitualmente con la de situación de los inmuebles, con lo cual todos los argumentos que se pueden aportar a favor de la *lex rei sitae* están presentes en esta solución. De hecho, en Francia con frecuencia se alega una cierta autonomía de la transmisión respecto del conflicto de leyes, reclamándose la aplicación si no de la ley del foro sí la de la situación de los bienes, con el argumento de que las instituciones relacionadas con la transmisión sufren ineluctablemente la influencia de la situación real¹⁹¹ o de que las cuestiones relativas a la transmisión de los bienes están tan ligadas a la propiedad que difícilmente pueden regirse por una ley que no sea la del lugar de situación¹⁹².

No obstante, FÉRID considera que, sean cuales sean las ventajas de la ley del lugar de situación, es preferible la aplicación a las cuestiones relativas a la transmisión de la ley del foro, que además elimina los problemas derivados de la actitud de ciertas jurisdicciones nacionales que no se consideran competentes en materia de transmisión sobre bienes situados fuera de su territorio y que da lugar a teorías como la del paralelismo entre la ley aplicable y la jurisdicción internacional, propia del Derecho alemán, que el autor califica de peligrosas¹⁹³. Añade este autor en defensa de su postura que hay países en los que el sistema que propone ya está funcionando y cita como ejemplo el Derecho angloamericano, con la distinción entre distribución y administración¹⁹⁴.

60. Desde mi punto de vista la solución propugnada por FÉRID si bien resuelve alguno de los problemas planteados en esta fase deja de resolver otros: es verdad que la ley del foro facilita al juez la realización de las operaciones requeridas para la transmisión, pero si no coinciden *lex fori* y *lex rei sitae* esos problemas se reproducen en un momento posterior, sobre todo si tenemos en cuenta que en la mayor parte de los Estados para la transmisión de los inmuebles se requiere una cierta constancia registral que se

aceptación y la renuncia, la relación de las deudas y el modo en que se realiza la relación de las liberalidades.

¹⁹¹ DROZ, «Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé», *Rev. Crit.*, 1970, p. 57; LEROUURS-PIGEONNIERE-LOUSSOUARN, *Précis de Droit international Privé*, París, 1962, p. 481.

¹⁹² LOUSSOUARN, «L'administration des successions de Droit international privé», *Journal de Droit International*, 1970, p. 254; DROZ, «Saisine...», cit., p. 23. Sobre todo se invoca el régimen de los bienes para la renuncia y la aceptación y sus modalidades (LEROUURS-PIGEONNIERE-LOUSSOUARN, *Précis...*, cit., p. 481).

¹⁹³ FÉRID, M., «Le rattachement...», cit., pp. 70 ss.; BAUER, H., BAUMANN, W., y LIMMER, P., en VERWILGHEN, M., *Régimes matrimoniaux, successions...*, cit., pp. 573 ss.

¹⁹⁴ «Le rattachement...», cit., p. 184.

va a valorar en función de lo previsto en la ley que rige dicho registro que es, en definitiva, la de situación del inmueble. Por eso creo que la disyuntiva es entre estas dos leyes: la sucesoria y la de situación.

b) *Lex successionis/lex rei sitae*

61. A la vista de lo anterior, la cuestión es fundamentalmente la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la ley sucesoria y la ley de situación de los bienes. En este sentido, quién sea el nuevo propietario tras la muerte del causante lo determina la ley sucesoria, no la del lugar de situación de los bienes. Pero el estatuto sucesorio no priva a cada uno de los bienes de su individualidad y de ahí se derivan ciertos límites a la competencia de la ley sucesoria: si la ley de situación no conoce o no acepta la transmisión global de los bienes o establece trámites especiales para la transmisión de determinados bienes, dichos trámites serán efectuados conforme a lo prescrito por la *lex rei sitae*. Lo mismo ocurre si el tipo de derecho ordenado por la ley sucesoria no es compatible con el sistema de derechos reales de la *lex rei sitae*¹⁹⁵.

62. En consecuencia, lo primero que hay que analizar es la naturaleza de las relaciones entre la ley sucesoria y la *lex rei sitae*. La primera respuesta, y tal vez la más evidente si partimos de un ordenamiento como el español que distingue entre el título y el modo en la transmisión de la propiedad, es que la *lex successionis* se aplique a todas las modalidades de la transmisión siempre que no entre en contradicción con la *lex rei sitae*, con lo que la intervención de esta última es puramente pasiva, defensiva. Otra solución posible es regir la causa por la ley sucesoria y la realización de los efectos reales en función del título por la ley real. Esta segunda solución es la que parece mejor si atendemos a nuestro sistema, pero es también más compleja¹⁹⁶.

63. La cuestión no nos resulta, por otra parte, desconocida. En el ámbito contractual, por ejemplo, es posible que la compraventa de un inmueble se rija por un Derecho que no es el del Estado de situación de aquél. Es cierto que el 4.1.c del Reglamento Roma I prevé que «*el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble*», pero también lo es que el aparta-

¹⁹⁵ VIRGÓS, M., *El trust y el Derecho español*, cit., p. 146. Señala este autor que el artículo 9.8 de nuestro CC desplaza tanto al artículo 10.5 como al 10.1 del mismo texto legal, si bien a este último dentro de los límites señalados.

¹⁹⁶ Sobre esta cuestión ver EGGER, A., *Le transfert...*, cit., pp. 67 ss.

do 3 del mismo artículo 4 y prevé que «si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país»¹⁹⁷. Además, el artículo 3 admite siempre la posibilidad de que las partes sometan su contrato a la ley que consideren más oportuna, sin que ésta tenga que ser necesariamente la del lugar de situación del inmueble. Junto a ello, el artículo 10.5 del CC español establece que «a falta de sometimiento expreso se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos [...]».

64. Por otra parte, se señala tradicionalmente¹⁹⁸ que la aplicación imperativa de la *lex rei sitae* a todas las cuestiones que se refieren al régimen de un bien se destina a garantizar la seguridad del Derecho y en esa medida sirve a los intereses de todas las personas afectadas: (i) a las partes porque es en el lugar de situación del bien donde se concreta la relación jurídica que les une. Puesto que necesitan saber qué ley tienen que aplicar para conocer el contenido del derecho que quieren crear o transferir, la situación del bien les ofrece una ley fácil de determinar y neutral, al ser un compromiso entre las respectivas leyes personales; (ii) salvaguarda también los intereses de terceros, puesto que determina con facilidad la ley que deben consultar para conocer el estado jurídico del bien, y (iii) el Estado de situación de los bienes tiene interés en que en su territorio se garantice la seguridad de sus transacciones.

Junto a lo anterior, la aplicación de la ley de situación responde también al criterio de los vínculos más estrechos y corresponde a la idea de que la mejor localización para una relación o situación jurídica es la que indica su objeto material si lo hay¹⁹⁹.

Además, para que sea plenamente eficaz el régimen de los bienes se debe aplicar cada vez que dicho bien se ve afectado por un acto jurídico y se debe poder oponer a los terceros. Eso sólo es posible si se dotan de la suficiente publicidad, y a su vez la publicidad sólo puede ejercer su rol si se somete a ella todo bien situado

¹⁹⁷ Todavía es más claro el paralelismo con la situación contemplada en el Convenio de Roma de 1980, aún en vigor en el momento del cierre de estas páginas, ya que su artículo 4.3 sólo prevé la presunción de que en la medida en que el objeto del contrato fuera un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble los vínculos más estrechos los presenta con el lugar de situación del mismo. Si el juez considera que a través de esta presunción no se llega a la ley más vinculada con el contrato se puede determinar ésta por otros métodos.

¹⁹⁸ Vid. EGGER, A., *Le transfert...*, cit., pp. 3 ss.

¹⁹⁹ BATIFFOL, H./LAGARDE, P., *Droit international privé*, París 1975/76, 267 I, p. 342.

en el territorio. Esta es la necesidad que justifica la aplicación de la *lex rei sitae* a toda cuestión de carácter real²⁰⁰.

65. En esta situación ciertos autores se han planteado si en el plano internacional sigue siendo necesario respetar las reglas del Estado de situación en aquellos casos en que no puede garantizar la seguridad de las transacciones o simplemente no es necesario hacerlo, alegándose que en el caso de la sucesión universal la protección de los intereses de terceros es menos necesaria que en las transmisiones inter vivos porque el causante no puede proceder a una doble transmisión²⁰¹. La consecuencia de ello sería la ausencia de necesidad de respetar las reglas del Estado de situación por desaparecer la razón que la justifica²⁰². Pero frente a estos argumentos se puede alegar que la función principal de la *lex rei sitae* es la salvaguarda de la seguridad jurídica, función que cumple de dos maneras: (i) elimina las dudas en cuanto a la ley aplicable y (ii) rige el poder de hecho sobre los derechos, con lo que salvaguarda los intereses de los acreedores²⁰³. Por ello, y sobre todo por la segunda de estas razones, no se puede prescindir de ella en el ámbito internacional, por lo menos no en relación con todas las cuestiones que se pueden suscitar.

66. El problema señalado se evita si se someten ambas cuestiones –sucesorias y reales– a la misma ley, siendo ésta la del lugar de situación de los inmuebles. En pura teoría podría producirse la unificación si todos los aspectos, sucesorios y reales, se sometieran a la misma ley fuera la que fuera y, en consecuencia, sería planteable la extensión de la *lex successionis* también a las cuestiones reales²⁰⁴. No obstante, eso no solucionaría el problema, ya que de nada sirve que un Estado pretenda extender sus disposiciones a la regulación de cuestiones cuya eficacia práctica no depende de sus propias autoridades. Sólo en el caso de que el Estado de situación

²⁰⁰ EGGER, A., *Le transfert...*, cit., pp. 36-37.

²⁰¹ En este sentido se pronuncia LIGEROPOULOS, A., *La transmission héritaire et le concept de succession à titre universel*, Atenas, 1961.

²⁰² Eso parece defender asimismo KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, 4 ed., Inc. 1977, p. 329.

²⁰³ EGGER, A., *Le transfert...*, cit., p. 39.

²⁰⁴ Señalan CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA, J., al establecer cuál es en Derecho español el ámbito de la ley aplicable a la sucesión, que dado que el problema de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios no ha sido abordado por nuestra jurisprudencia reciente, en principio son dos las posibles leyes aplicables: la ley personal rectora de la sucesión ex artículo 9.8 del CC, o la ley real vigente en el lugar donde se encuentren los bienes integrantes de la masa hereditaria ex artículo 10.1 del CC, pero que la ley sucesoria excluye cualquier posibilidad de aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, puesto que nuestro sistema jurídico parte de la aplicación de una ley única a la sucesión internacional, considerando la sucesión mortis causa como una transmisión a título universal de un patrimonio sometido a reglas propias y únicas. En: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. Comares, Granada, 2002, p. 257.

admitiera la posibilidad de que las leyes de otro Estado regularan tales cuestiones se solucionaría el problema, pero eso es hoy por hoy inimaginable. Por ello la solución no es la atracción de los aspectos reales por la ley sucesoria, sino a la inversa, lo que parece conducir necesariamente a afirmar en este punto la mayor eficacia del sistema de fragmentación frente al de unidad en el tratamiento de las sucesiones (inevitablemente si hay varios inmuebles, pero también si sólo hay uno y el resto de los bienes son muebles: nada justifica que la sucesión sobre ellos sea «absorbida» por la ley de situación del inmueble, sobre todo si tenemos en cuenta que hoy día con mucha frecuencia el valor económico de los muebles excede en mucho el de los inmuebles).

67. En consecuencia, si se delimita claramente el ámbito de aplicación de cada una de las leyes (*lex successionis-lex rei sitae*) no deben surgir problemas insalvables en la regulación de estas cuestiones tampoco en un sistema que recoge un tratamiento unitario de la sucesión. La cuestión que se suscita en relación con la delimitación de ambas leyes no es distinta de la que se produce en relación con otras transmisiones no sucesorias que nos obligan asimismo a distinguir entre el título y el modo y se resuelve con una clara delimitación de las funciones que corresponden a cada una de las leyes mencionadas²⁰⁵.

c) Aspectos registrales

68. Lo anterior no se plantea sólo como un problema de ley aplicable, sino también como un problema de carácter registral. En

²⁰⁵ La propuesta de regulación que acompaña la respuesta del Notariado italiano al Libro Verde sobre sucesiones prevé que para garantizar a los herederos y legatarios la certeza y fiabilidad de la transmisión de los bienes hereditarios, sobre todo de los inscritos en los Registros públicos, habrá que tener en cuenta la forma de disponer de la ley de la situación de los bienes. En concreto, el último apartado del artículo 22 de esta propuesta distingue entre los aspectos sucesorios y los reales al señalar que «*la administración y la transmisión de un bien se rigen por la ley del Estado del territorio en que el bien está situado si esta ley exige la intervención de sus tribunales o autoridades y en el ejercicio de esas competencias estos tribunales o autoridades deben respetar las reglas sucesorias de la ley aplicable a la sucesión*». Por otra parte, el artículo 23 de esta propuesta prevé la aplicación de la *lex successionis* a la devolución, aceptación y renuncia, pero, también en esos casos, hay que aplicar la ley de situación en lo que se refiere a las «*formalidades ulteriores respecto de las prescritas por la ley aplicable a la sucesión*» y se prevé la aplicación de la ley del Estado de situación a los límites a la transferibilidad por causa de muerte de los bienes, la transcripción o inscripción en un registro público de la aceptación, renuncia, adquisición de la propiedad u otros derechos reales. A cambio se aplica la *lex successionis* a la aceptación a beneficio de inventario y sus consecuencias, pero si los bienes están situados en un Estado miembro que no conoce esta modalidad de aceptación es necesario darle publicidad para hacer oponible a terceros el límite de la responsabilidad de los herederos y la preferencia de los acreedores del causante sobre los bienes de éste frente a los del heredero. Esto no deja de recordar, una vez más, a las medidas de publicidad del concurso previstas por el Reglamento de Insolvencia y por nuestra Ley Concursal.

efecto, en gran número de sistemas de nuestro entorno la propiedad inmueble tiene acceso a un registro público que ejerce funciones no sólo de publicidad, sino también de control. En esas circunstancias la fuerza del Estado de situación es evidente. Sean las que sean no se puede olvidar ese dato real que ha llevado a que en otros ámbitos se adopten soluciones que, aceptando esa realidad, la extienden al ámbito de la ley aplicable.

69. En esa situación cobra especial relevancia el tratamiento que a estos efectos se da en cada Estado a los documentos extranjeros²⁰⁶. La más reciente doctrina de nuestra Dirección General de registros ha adoptado una postura muy definida en relación con los documentos públicos extranjeros al negar su acceso al Registro de la Propiedad español, postura no exenta, en absoluto, de críticas²⁰⁷. En un reciente caso, no vinculado al Derecho de sucesiones, pero a estos efectos con las mismas consecuencias²⁰⁸, la Dirección General ha negado la equivalencia de un documento notarial extranjero y uno español en cuanto a su posibilidad de acceso al Registro.

Los argumentos empleados por la Dirección general son poco convincentes para el caso a que se refiere, pero además algunos de ellos no serían trasladables al supuesto sucesorio que aquí nos ocupa. No se trata de hacer en este momento un análisis exhaustivo de la citada Resolución, pero sí creo útil señalar por qué, en cual-

²⁰⁶ Y es una de las cuestiones que se plantean en el Libro Verde de la Comisión sobre Sucesiones y Testamentos. En él se señala que la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles da lugar a inscripción en distintos Registros y que en algunos Estados miembros los asientos en estos registros sólo se inscriben a la vista de una resolución dictada o de un documento emitido por las autoridades nacionales. Eso lleva a plantear a los Estados las siguientes cuestiones: (i) ¿hay que reservar la competencia de las autoridades del lugar de ubicación de los bienes inmuebles que dependen de la sucesión, cuando la competencia principal se atribuye a las autoridades de otro Estado miembro para: expedir los documentos necesarios para modificar las inscripciones en los Registros de la Propiedad; realizar actos de administración y de transmisión de la propiedad?; (ii) ¿Pueden elaborarse documentos comunitarios uniformes para su uso en todos los Estados miembros donde haya bienes? En caso afirmativo, ¿qué documentos actualmente existentes podrían uniformizarse? ¿Pueden suprimirse o simplificarse algunos trámites actualmente necesarios en el marco de las sucesiones internacionales? En caso afirmativo ¿cuáles?

²⁰⁷ HEREDIA, I., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005», *CCJC*, enero-abril 2006, pp. 115 ss. (espec. p. 127). Además la resolución ha sido revocada en primera y segunda instancia (sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de marzo de 2006-AC 2006/244 y de la A. P. de Santa Cruz de Tenerife nº 391/2006, de 22 de noviembre, AC/2007/188).

²⁰⁸ Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2452). En el caso un residente en Alemania vende a otro, con residencia en el mismo país, ante un notario alemán, la mitad indivisa de una propiedad sobre un apartamento ubicado en las islas canarias. Casi veinte años después el documento alemán se presenta en el Registro de la Propiedad correspondiente a la ubicación del inmueble en España acompañado de una certificación de hechos en la que otro notario alemán presta testimonio del primer documento notarial alemán y advierte de que en todo documento notarial alemán la capacidad legal de los otorgantes debía considerarse implícitamente existente. La inscripción fue denegada. Ver la crítica de HEREDIA, I., en su «Comentario», cit., pp. 115 ss., así como la de SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral...», cit., pp.

quier caso, no parece que su doctrina fuera aplicable a la situación de una sucesión abierta ante una autoridad extranjera en la que dicha autoridad, tras la partición, adjudica la propiedad de bienes inmuebles situados en otro Estado a alguno de los herederos.

En la argumentación que justifica esta resolución la Dirección General empieza por recordar la diferencia entre la forma como modo de exteriorización de la voluntad y la forma como requisito de fondo del negocio, para continuar diciendo que en el primer caso la intervención de la autoridad extranjera que certifique el consentimiento cuando el acto tenga lugar en el extranjero debe merecer *«una consideración equivalente a la forma intervenida por una autoridad del foro»*, pero cuando la intervención de una autoridad del foro se exige como un requisito de eficacia del acto la ley que rige los efectos será la que realice el control de la equivalencia. Añade que no se puede hablar en este caso de una equivalencia de autoridades *«al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo»* ²⁰⁹.

Desde un punto de vista sustantivo los argumentos empleados por la DGRN consisten fundamentalmente en el papel de garante de los intereses de los contratantes, sobre todo el adquirente de un inmueble, controlando una serie de extremos en relación con el inmueble que el notario extranjero no puede controlar con igual nivel de satisfacción porque no tiene medios para ello, y de los intereses de terceros.

70. En relación con la primera cuestión es trasladable aquí la crítica apuntada al principio de este epígrafe en relación con el papel excesivo que la *lex rei sitae* juega en ciertos supuestos del tráfico internacional y en concreto al hecho de que en materia sucesoria el interés del adquirente del inmueble no es ser protegido como en el caso de una compraventa, puesto que aquí las posibilidades de doble venta desaparecen y la existencia de cargas que pesen sobre el inmueble, además de poder en cualquier caso ser conocidas con la simple consulta del registro correspondiente, no afectan al heredero como al comprador en la medida en que aquél no paga precio alguno por el inmueble ²¹⁰. En cuanto a los intere-

²⁰⁹ En el mismo sentido se había pronunciado ya la Dirección General en su Resolución de 18 de enero de 2005 en la que afirma que *«cuando, con carácter general, la Ley requiere la intervención notarial debe entenderse referida a la de un notario nacional, único que con su actuación puede incorporar el juicio de legalidad de nuestro ordenamiento»*.

²¹⁰ Sin que esto suponga dar la razón a la DGRN en su argumentación, es evidente que la existencia de gravámenes sobre un inmueble será tomada en consideración a la hora de determinar el precio de venta del mismo, circunstancia que no se produce cuando se trata de una transmisión sucesoria.

ses de los terceros no parece que vayan a resultar mejor protegidos por un documento español que por uno extranjero que reúna todos los requisitos establecidos por la legislación española para considerarlos eficaces en España.

Desde esa perspectiva no hay nada que justifique la exigencia de que sea una autoridad española la que haya otorgado la escritura de la que resulta la transmisión del inmueble, cuanto menos en supuestos sucesorios.

V. CONCLUSIONES

1. El análisis de las dificultades que en la práctica suscitan las sucesiones internacionales lleva a la conclusión de que gran parte de las mismas son comunes sea cuál sea el sistema de concreción de la ley aplicable que se establezca: cuestiones como la determinación de la existencia del testamento, la acreditación de quiénes son herederos, el reconocimiento de quiénes ejercen funciones de administración o que tipo de documento es necesario para cada una de las actuaciones requeridas se plantean con independencia de que sean una o varias las leyes aplicables.

Por lo que se refiere a la admisión o no del reenvío, si bien es una cuestión en principio externa a la determinación de cuál sea la norma de conflicto, no lo es a su funcionamiento, pudiendo su aceptación provocar la fragmentación de la ley aplicable a la sucesión, incluso en Estados cuyo sistema es el de unidad. El tema ha sido analizado desde esa perspectiva por la doctrina española que ha considerado mayoritariamente, basándose al hacerlo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en alguna jurisprudencia menor, que no es admisible el reenvío en el sistema español si conduce a la fragmentación de la sucesión y que, a la inversa, sería admisible si no produce ese efecto. No obstante, a la luz de la jurisprudencia existente esta conclusión puede parecer un tanto apresurada porque no resulta tan indiscutible que pueda afirmarse que la preservación de la unidad de la sucesión sea en sí misma una finalidad esencial al ordenamiento español que justifique una respuesta generalizable a la cuestión de la admisión o no del reenvío en el ámbito sucesorio. Con esto no se está afirmando la necesidad de admitirlo (más bien parece mejor la postura contraria, no sólo en sucesiones, sino con carácter general) sino simplemente la de no hacer de la unidad de la sucesión un principio absoluto que justifique su negativa.

2. Por otra parte, la tradicional distinción entre los sistemas de unidad y los de fraccionamiento en el tratamiento de las sucesiones es una simplificación excesiva que responde a razones dogmáticas, pero que no describe adecuadamente la realidad de los ordenamientos comparados, que es mucho más compleja. Incluso aquellos sistemas más claramente partidarios de la unidad tienen que hacer concesiones a un cierto fraccionamiento y, a la inversa, en los sistemas de fraccionamiento se arbitran con frecuencia mecanismos que permitan garantizar la unidad de ciertos aspectos de la sucesión. Además de ello, la propia organización de los procedimientos sucesorios responde en ciertos casos a concepciones tan distintas que es difícil circunscribir la comparación a una simple cuestión de unidad-fraccionamiento. Es el caso de la organización de la sucesión en el Reino Unido frente a la de los ordenamientos continentales.

Además, en algunos casos, y frente a lo que se alega por los partidarios de los sistemas de unidad, no es el fraccionamiento en la determinación de la ley aplicable lo que genera las dificultades en el desarrollo de los procedimientos sucesorios internacionales, sino el fraccionamiento competencial, es decir, el hecho de que sean autoridades de distintos Estados las que conozcan de la sucesión de un único causante. Es verdad que el fraccionamiento en la determinación de la competencia y el fraccionamiento en la determinación de la ley aplicable suelen ir unidos, pero no es siempre y necesariamente así y, en cualquier caso, la determinación de dónde se localiza la dificultad puede llevar a distintas conclusiones acerca de las necesidades de la unificación, el sentido de la misma.

3. En cualquier caso parece poco probable que en una futura reglamentación comunitaria pueda pensarse en la adopción de un texto que se alinee en alguna de las dos posturas (unidad/fraccionamiento) sin hacer concesiones a la otra, por lo que el análisis de las ventajas e inconvenientes planteados por cada una de ellas no está, en absoluto, desprovisto de interés. Al hacerlo, la primera de las constataciones es que los problemas que tradicionalmente se han alegado como propios de un sistema de fraccionamiento deben ser relativizados, bien porque su gravedad ha sido sobredimensionada, bien porque es posible arbitrar soluciones para hacer frente a los mismos y en algunos casos por las dos razones. No se me escapa que al proponer estas soluciones se está primando una visión universalista frente a la territorialista (si no se tuviera ésta no se admitiría siquiera la necesidad de buscar un paliativo a las consecuencias del fraccionamiento). No

se trata de negar que presentaría muchas ventajas la posibilidad del tratamiento unitario de una sucesión internacional; de lo que se trata es de analizar si además es posible, y, puesto que parece que no lo es, al menos no absolutamente, de estudiar cuáles son las opciones que lo posible ofrece.

4. Una de las críticas al sistema de fraccionamiento consiste en señalar las dificultades que éste plantea en los casos de sucesión testamentaria, al ser necesaria la constatación de la validez o nulidad de un testamento según distintas leyes. Siendo eso cierto, también lo es que en la práctica los problemas derivados de ese doble, o múltiple, examen difícilmente se van a plantear en relación con los requisitos formales de los testamentos si tenemos en cuenta el criterio *favor testamentii* que en esta materia impregna a la mayor parte de las legislaciones comparadas, así como la existencia del Convenio de La Haya de 1961 ratificado por un buen número de Estados miembros de la UE y cuya ratificación es aconsejable propiciar entre los demás.

Más problemas se pueden plantear en relación con otras circunstancias que pueden determinar la validez del testamento, como las relativas a la capacidad y al consentimiento o las referentes al contenido del mismo. Las primeras se someten en algunos ordenamientos a la conexión sucesoria y en otros a la conexión separada. En aquellos en los que se adopta la segunda postura no les alcanzan las consecuencias del fraccionamiento, pero sí lo hacen, sin embargo, en los segundos. El contenido del testamento sí es en todos los casos materia sucesoria y su análisis se realiza, en consecuencia, en función de la *lex successionis*, por lo que el fraccionamiento incide plenamente en el mismo. No obstante, los problemas que pueden llegar a suscitarse son susceptibles de resolverse por la vía de adaptación entre ordenamientos, en cuya consecución la voluntad del causante puede servir como criterio hermenéutico último.

5. Al analizar el desarrollo de un procedimiento sucesorio internacional desde la perspectiva de unos ordenamientos comparados que responden en unos casos a una concepción universal de la sucesión y en otros a una concepción territorial, no puede dejar de observarse un cierto paralelismo entre el fenómeno sucesorio y el concursal, ni dejar de constatar que los problemas a que puede enfrentarse el legislador comunitario al adoptar el futuro reglamento en materia de sucesiones en ciertos aspectos no se alejan de los que ya se encontró al elaborar el reglamento de insolvencia en el que no tuvo más remedio que alcanzar una solución de compromiso. Es cierto que, como tal compromiso, no

satisface completamente a nadie, pero también lo es que fue probablemente lo único que hizo posible la adopción de un texto que está siendo aplicado con unos resultados bastante satisfactorios en los Estados miembros.

Desde esa perspectiva, algunas de las soluciones a que llega el Reglamento de insolvencia pueden servir de orientación a la hora de elaborar el futuro Reglamento comunitario en materia de sucesiones.

El paralelismo entre las dos situaciones es evidente si se piensa en un sistema en el que no se unifica en una sola autoridad la competencia en materia sucesoria, sino que el fraccionamiento se extiende también a la determinación de tal competencia.

En este caso sobre los bienes de un único causante se abren distintos procedimientos sucesorios, de la misma forma en que sobre el patrimonio de un único deudor se pueden abrir distintos procedimientos de insolvencia. Tal como resuelve la situación el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia el juez aplica siempre su propia ley al desarrollo del procedimiento concursal, de manera que sobre el mismo deudor se pueden desarrollar en paralelo distintos procedimientos de insolvencia regulados por leyes diferentes. De la misma forma, de admitirse la fragmentación mencionada en el ámbito sucesorio se desarrollan distintos procedimientos hereditarios a los que cada tribunal, que habrá basado su competencia en criterios territoriales, aplicará muy probablemente también su propia ley, que se determina asimismo por tales criterios.

En esa situación, lo que hace el Reglamento comunitario es establecer un sistema de coordinación entre procedimientos, en que el vértice es el procedimiento principal-universal (mal llamado así, porque dicha universalidad puede quedar prácticamente en nada en el caso de que se abran procedimientos territoriales en todos los Estados en los que el acreedor tenga bienes, lo que deja en la masa activa del llamado «universal» sólo los bienes situados en su territorio, como si de un procedimiento territorial más se tratase).

6. La propuesta que aquí se hace consiste en señalar que cabe conciliar las posturas enfrentadas en la regulación de las sucesiones internacionales estableciendo un sistema paralelo al que ya existe en la regulación de la insolvencia, que suponga la aplicación de leyes distintas a las distintas masas hereditarias, pero además la atribución de un papel de última ratio y de vértice del sistema a una de las leyes en presencia, que corregirá las eventuales desigualdades finales de acuerdo con sus propios criterios. En el caso de los

procedimientos de insolvencia esta ley es la del procedimiento principal, entendiendo por éste el abierto en el Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. En el de las sucesiones hay que buscar la ley que presente una conexión con el conjunto de la sucesión y no sólo con algunos bienes de la misma, lo que conduce forzosamente a una conexión ligada a la persona del causante, ya que es él el que proporciona unidad al conjunto del fenómeno sucesorio.

La situación descrita y la necesidad de coordinación no son privativas de los casos en que se permite la apertura de distintos procedimientos sino que se plantea también en aquellos otros en los que, abriéndose solo uno, se tienen que aplicar distintas leyes. En ese caso la solución propuesta, es decir, la toma como referencia de la ley personal del causante como forma de coordinar criterios de solución y de resolver ciertas cuestiones en última instancia se presenta también como la más adecuada. Pero ese papel de vértice de la ley personal del causante no debe entrar en funcionamiento automáticamente y para todas las situaciones, sino sólo cuando sea realmente necesario.

7. El tratamiento de las deudas del causante es otro de los problemas cuya adecuada solución en los sistemas de fraccionamiento ha sido puesta en duda. Sin dejar de reconocer la entidad de la crítica, su importancia se ha exagerado. En relación con esta cuestión es necesario distinguir dos aspectos: el primero de ellos se refiere a las relaciones entre los herederos y los acreedores del causante (cuestión que, a lo largo del trabajo, y tomando la terminología empleada por J. Héron, se ha denominado «obligación a la deuda») y el segundo a las relaciones, que podemos llamar internas, entre herederos una vez que uno de ellos ha hecho frente al pago de alguna de las deudas del causante (que en el trabajo se ha denominado «contribución a la deuda», también en palabras de J. Héron).

La primera de las cuestiones, si bien tiene incidencia en el proceso sucesorio, puesto que afecta a la determinación del remanente que, tras el pago de las deudas del causante, va a constituir el activo hereditario, es una cuestión ajena a la propia sucesión, en el sentido de que la lógica a seguir para encontrar una respuesta regulatoria no es una lógica sucesoria, sino una lógica obligacional: los acreedores deben ver satisfechos sus créditos sin que la muerte del causante tenga incidencia sobre los mismos, salvo en aquellos casos en que el propio crédito, o la ley aplicable a éste, así lo prevea. Si en vida del causante el acreedor tenía la garantía del patrimonio del causante, con independencia de su

localización, no hay ninguna razón para que no la siga teniendo sólo por la muerte de aquél. En consecuencia, no se justifican las posturas que pretenden limitar las posibilidades del causante obligándole en caso de distintos procedimientos sucesorios a dirigirse a uno y no a otro. El pasivo debe ser universal, lo que significa únicamente que, sean una o varias las leyes aplicables a la sucesión y sean uno o varios los procedimientos sucesorios, el acreedor puede pretender el cobro de su crédito en cualquiera de ellos. Es verdad que si los procedimientos son varios puede tener que presentarse al cobro en más de uno, lo que no favorece su posición porque le hace incurrir en mayores costes, pero se trata de uno de esos casos antes mencionados en que el inconveniente viene generado por la fragmentación competencial en mucha mayor medida que por la legislativa.

Por otra parte, la admisión de que el pasivo es universal no implica necesariamente hacer una concesión a la universalidad de la sucesión, sino admitir que, aunque pueda integrarse en el procedimiento sucesorio, la satisfacción de las deudas de los acreedores es en cierta forma un «elemento extraño» en dicho procedimiento, que responde a necesidades y lógicas distintas a las del resto de los aspectos que se suscitan a lo largo de la sucesión.

8. La necesidad de que entre en funcionamiento una ley única como vértice del sistema, a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, se plantea en relación con los acreedores sólo en ciertos casos: aquéllos en los que hay que establecer una prelación entre sus créditos porque el cobro de los mismos se pretende dentro del procedimiento sucesorio y no en una fase posterior. En esos casos es el ordenamiento que presenta conexiones con el conjunto del supuesto y no sólo con una parte del mismo el que debe prevalecer y éste será el que establezca la conexión desde el elemento que da unidad a la sucesión, es decir, el causante y no desde el que la fracciona, los bienes. Eso supone propugnar una solución en la que el orden de prelación de los créditos lo establezca el Derecho del Estado de la nacionalidad o el domicilio del causante, como único que presenta una conexión con la totalidad de la sucesión y no sólo con una parte de la misma.

Pero junto a la solución conflictual apuntada, y pensando en una futura reglamentación comunitaria, otra posibilidad es buscar una solución material, de forma que se acabe instaurando, en definitiva, si no una autoridad central para administrar la sucesión, como sugiere M. Férid, sí al menos una solución única aplicable cualquiera que sea la autoridad comunitaria que conozca de la cuestión. Como se ha indicado, esto supone no buscar la solución

partiendo de un esquema conflictual, sino de uno sustantivo. Cuál deba ser dicho orden de prelación es una cuestión que escapa al objeto de este trabajo.

9. La cuestión de la contribución de los herederos a la deuda responde a un razonamiento puramente sucesorio y es por tanto lógico que en ella incidan en mayor medida las consecuencias de los distintos sistemas seguidos en la determinación de la ley aplicable a la sucesión. Pero, incluso tratando de prescindir de la opción por uno u otro de los sistemas, puede admitirse como regla general que todos los herederos deberían en esta fase ser considerados en pie de igualdad, lo que no significa negar la posibilidad de que sean después los ordenamientos nacionales los que, en su caso, puedan tratarlos desigualmente, por no establecer los mismos criterios en la determinación de quién es heredero y quién no, establecer distintos órdenes de suceder o regular de maneras distintas los derechos hereditarios. Pero en este momento, en el que todavía estamos determinando cuál es el activo de la sucesión, es procedente determinar éste de la forma más objetiva posible, no permitiendo que unos herederos hagan frente a más deudas que los demás. No se están todavía fijando sus derechos hereditarios, sino determinando el activo a repartir; las diferencias en el tratamiento de los herederos queridas por los respectivos legisladores entran en la fase posterior, la de la determinación de las cuotas, pero no deberían entrar en este momento, que es previo a dicha determinación.

En cualquier caso la solución no se puede desgajar de la de la participación del heredero en el activo de la herencia y ambas cuestiones están relacionadas, ya que parece que en este punto la solución más razonable para regular esta cuestión es que los herederos respondan de las deudas en proporción a su parte en el activo sucesorio. En este contexto mantener como última ratio el criterio proporcionado por la ley personal del causante, como se ha propugnado en otros casos, parece la solución más adecuada para resolver las reclamaciones internas entre los herederos en caso de que alguno haya hecho frente a las deudas del causante en una cuantía que considere inadecuada por comparación a los demás.

Junto a esa posibilidad puede pensarse también en una regulación material de ese aspecto de la cuestión, lo que en el marco de una futura regulación comunitaria es posiblemente la solución más sencilla. Desde esa perspectiva una regla que considerase que el importe del recurso contributivo de un heredero debe calcularse en función del montante de la herencia que habría percibido efectivamente si no hubiera soportado más que los demás la carga de pagar

a los herederos es, a mi juicio, una regla adecuada. Según esto habría que determinar la participación global de ese heredero, sea determinada por una sola ley, sea determinada por el juego de varias en el activo hereditario y determinar su participación en el pasivo en proporción a la que tiene aquél

10. Por lo que se refiere a las cuestiones suscitadas por la actuación de los administradores nombrados en procedimientos sucesorios extranjeros, éstas son cuestiones relativas a la eficacia de su nombramiento fuera del Estado cuya autoridad lo nombra. Cuestión distinta son las facultades que haya que reconocer a dichos administradores que sí son las determinadas por la *lex successionis*. Desde esa perspectiva, puesto que en los sistemas de fraccionamiento y en lo que se refiere a los inmuebles esa ley es la del lugar de situación de los bienes sobre los que el administrador tiene que actuar no se producirán conflictos en relación con las facultades de los mismos. En los sistemas de unidad, por el contrario, sí puede existir una cierta disparidad que, al menos desde la perspectiva del Derecho español, hay que admitir con el único límite del orden público.

En este punto es útil volver a lo señalado en relación con el paralelismo de estas situaciones con las concursales. Si se traslada el sistema de reconocimiento del nombramiento de los administradores y de la determinación de sus facultades previstos para la materia concursal al ámbito sucesorio, para reconocer en el territorio de un determinado Estado miembro la actuación de un administrador sucesorio habría que reconocer en primer lugar la apertura de la sucesión y a continuación, de manera automática, la del nombramiento de los administradores que gozarán de los poderes que les haya atribuido el Estado donde aquella se abrió, sin que ello implique que el Estado receptor no pueda establecer ciertos límites.

Desde la perspectiva del ordenamiento español no hay que olvidar que la sucesión es un expediente de jurisdicción voluntaria y que nuestras normas en materia de reconocimiento se refieren a resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos. El reconocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria debe hacerse de acuerdo con las normas previstas en la LEC sobre el reconocimiento de documentos públicos extranjeros, que no conoce más límite que el orden público, lo que acerca el sistema en vigor al descrito en relación con los administradores concursales. Es decir, al menos en Derecho español basta que los administradores nombrados por una autoridad extranjera acrediten su nombramiento para que puedan ejercer sus funciones, siendo

éstas las que establece la ley que rige la sucesión, con el límite del orden público, al que en una futura regulación comunitaria podría añadirse, en consonancia con lo previsto en el Reglamento de insolvencia, el respeto de la ley del Estado miembro en cuyo territorio deba actuar el administrador, en particular, en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes (aun reconociendo que este límite se impone por la fuerza de los hechos), añadiendo además que dichos poderes no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias.

11. Pero el paralelismo con el fenómeno concursal no se da solo en los casos mencionados, en que puede resultar más evidente porque se trata de administrar bienes y liquidar la deuda, sino que es útil también para resolver las cuestiones suscitadas en el momento de la partición y, en concreto, por la aplicación de leyes distintas (en un solo procedimiento o en varios) a cuestiones como las legítimas, la colación, y, en definitiva la formación de las cuotas hereditarias.

En esos casos se plantea un problema de adaptación entre ordenamientos que exige en ocasiones la creación de una norma *ad hoc* que resulte de modificar las normas materiales aplicables o de aplicarlas parcialmente. Para realizar la adaptación puede resultar útil establecer cuál es la ley cuyo criterio debe primar y como se ha visto en relación con otras cuestiones, ésta no puede ser más que la que se vincula a quien da unidad a la sucesión: la persona del causante, por lo que debería ser la ley personal de éste la que en último término proporcionara el criterio de corrección. Junto a esta solución, también en relación con estas cuestiones se puede buscar una solución material que proporcione respuestas más adecuadas sobre todo en el contexto de una legislación comunitaria unificadora en que se pueden establecer mecanismos de compensación.

12. Las cuestiones que se plantean en relación con la transmisión de los bienes hereditarios se suscitan en términos distintos en la liquidación concursal ya que a los acreedores no se les transmiten bienes o derechos, sino que, en principio, éstos se liquidan y se pagan las deudas, con lo que las cuestiones que surgen en el ámbito sucesorio en relación con la transmisión de la propiedad de los bienes y de las que se ha hablado en el epígrafe correspondiente no se plantean en el ámbito concursal de la misma forma.

En este ámbito, y pese a que la adecuada respuesta a las cuestiones suscitadas por la transmisión es la crítica fundamental a los sistemas de unidad, si se delimita claramente el ámbito de aplica-

ción de cada una de las leyes (*lex successionis-lex rei sitae*) no deben surgir problemas insalvables en la regulación de estas cuestiones tampoco en un sistema que recoge un tratamiento unitario de la sucesión. La cuestión que se suscita en relación con la delimitación de ambas leyes no es distinta de la que se produce en relación con otras transmisiones no sucesorias que nos obligan asimismo a distinguir entre el título y el modo y se resuelve con una clara delimitación de las funciones que corresponden a cada una de las leyes mencionadas.