

El fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria

ALBERT FONT I SEGURA

*Profesor Titular de Derecho internacional privado.
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL FRAUDE DE LEY EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2.1. *Lo que no es el fraude de ley y lo que es el fraude de ley.* 2.2. *El fraude de ley en Derecho internacional privado: noción y elementos estructurales.* 2.3 *El fraude de ley y las normas imperativas.* 3. EL REGLAMENTO SUCESORIO: UN CONTEXTO DINÁMICO Y ABIERTO. 3.1. *Las consecuencias que se derivan del carácter europeo del Reglamento sucesorio.* 3.2. *El procedimiento legislativo.* 4. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN PROPICIAR EL FRAUDE DE LEY. 4.1. *Divergencias materiales en relación al sistema legitimario.* 4.2. *Unificación de la competencia judicial internacional y de la determinación de la ley aplicable.* 4.3. *El principio de unidad como vector de la ley que regula la sucesión.* 5. LA PREVISIÓN DEL FRAUDE DE LEY EN EL REGLAMENTO SUCESORIO. 5.1. *Las alusiones al fraude de ley en el Reglamento sucesorio.* 5.2. *El fraude de ley en el espacio judicial europeo.* 6. LA TÉCNICA DE REGULACIÓN SEGUIDA EN EL REGLAMENTO SUCESORIO Y SU INCIDENCIA EN EL FRAUDE DE LEY. 6.1. *Presentación: una técnica basada en criterios fácticos, flexibles y abiertos.* 6.2. *La residencia habitual como regla general.* 6.3. *La cláusula de escape: la ley que presenta un vínculo manifiestamente más estrecho.* 6.4. *La professio iuris.* 7. CASUÍSTICA CONCLUSIVA. 7.1. *Algunas claves extraídas del Reglamento sucesorio.* 7.2. *Algunos casos abiertos.* 7.2.1. *Residencia habitual.* 7.2.2. *Vinculación manifiestamente más estrecha.* 7.2.3 *Professio iuris.* 7.2.4. *Desplazamiento de bienes.*

RESUMEN: El presente curso pretende exponer los problemas que se pueden suscitar en la aplicación del Reglamento sucesorio res-

pecto a supuestos que se enmarquen en la figura del fraude de ley. De este modo se contraponen los elementos que conforman el fraude de ley al contexto en el que debe situarse el Reglamento sucesorio, como norma de la UE que se debe a unos objetivos que trascienden los intereses de política legislativa nacionales expresados en los Derechos de sucesiones de cada uno de los Estados miembros. El Reglamento sucesorio simplifica y proporciona seguridad jurídica, pero al mismo tiempo algunas de las circunstancias y principios que lo acompañan pueden propiciar comportamientos fraudulentos. No obstante, este instrumento no ha previsto una cláusula específica para combatirlos. En consecuencia, la aplicación de los mecanismos nacionales para eliminar el fraude de ley en Derecho internacional privado puede derivar en una aplicación que comprometa la aplicación uniforme del Reglamento. Las jurisdicciones nacionales deben ser conscientes que la aplicación de la excepción del fraude de ley se debe a la *ratio* de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento, más que a las normas imperativas que supuestamente han sido eludidas. Después de examinar el fundamento y finalidad asumidos por estas normas de conflicto, se exponen unos casos como objeto de debate.

ABSTRACT: This contribution aims to explain the problems that can arise as a result of the application of the Regulation on succession matters to cases that fall within the figure of the evasion of the law. Thus the elements of evasion of the law have been considered in the light of the context in which the Regulation was approved, that is to say taking into account targets that transcend national interests and policies expressed in the laws of succession of every single Member States. The Regulation on succession matters simplifies and provides legal certainty, but at the same time some of the circumstances and principles that go with this rule can encourage fraudulent behaviours. However, this instrument does not provide a specific clause to combat them. Consequently, the application of national mechanisms to eliminate the evasion of the law according to Private international law can result in an application that compromises the uniform application of the Regulation. National courts should be aware that the application of the exception of evasion of the law is due to the ratio of the conflict-of-law rules contained in the Regulation, rather than the mandatory rules that were allegedly circumvented. After examining the ground and purpose made by these conflict-of-law rules, some cases are presented as subject for debate.

Palabras clave: sucesiones trasfronterizas; fraude de ley; considerando 26; ley aplicable a las sucesiones internacionales; Reglamento (UE) 650/2012; *professio iuris*; residencia habitual.

Key words: cross-border successions; evasion of the law; recital 26; applicable law to an international succession; Regulation (EU) 650/2012; *professio iuris*; habitual residence.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento sucesorio¹ está llamado a ser una de las piezas estelares del futuro sistema europeo de Derecho internacional privado. Si el Convenio de Bruselas de 1968, antecedente del Reglamento Bruselas I *bis*, constituyó el final del comienzo del proceso de elaboración del sistema europeo de Derecho internacional privado, todo parece indicar que el Reglamento sucesorio será el comienzo del final de dicho proceso. En efecto, la experiencia obtenida a partir del Convenio de Bruselas, y la jurisprudencia interpretativa que ha ido vertiendo el Tribunal de Justicia, constituyó un semillero del que fueron brotando otras normas europeas de Derecho internacional privado. De este modo puede decirse que el Convenio de Bruselas fue la palanca de apoyo que, con el tiempo, abrió la puerta a una nueva dimensión normativa con una perspectiva y un propósito nítidamente europeos. Este instrumento fue además un experimento exitoso que permitió afrontar con mayor solidez aquellas materias que fueron expresamente vedadas en el Convenio². El Reglamento sucesorio supone, no obstante, una manifestación del acopio de la osadía adquirida durante todo este periodo para afrontar lo que puede ser, si continuamos con este tono entre épico y dramático, el desafío final. Habrá que ver si a esta osadía se le une la madurez suficiente para poder sortear los riesgos que toda nueva empresa supone.

2. Las principales razones que conducen a pensar que el Reglamento puede ser la culminación para alcanzar la clave de bóveda del sistema, son principalmente dos. Por una parte, desde una perspectiva material aunque con evidentes repercusiones en derecho internacional

1. Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación de y la ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado europeo (DOUE 27--/2012, L 201/107).
2. Véase el contenido del art. 1.2 del Convenio, mantenido tanto en el Reglamento Bruselas I como en el Bruselas I bis.

privado, el Derecho de sucesiones se encuentra en una posición esencial del ordenamiento. La sucesión puede considerarse como punto de encuentro, de llegada y salida, de otras disciplinas jurídicas. En efecto, la sucesión es un ámbito que está profundamente arraigado en la tradición y su contenido muestra las vinculaciones del Derecho de sucesiones con otros ámbitos. Ello es así porque el Derecho de sucesiones se encuentra en el núcleo del Derecho privado. Así es, la planificación sucesoria, la apertura de la sucesión, la liquidación y la adjudicación de los bienes que componen la herencia, suscitan la aplicación de normas que provienen tanto del Derecho de sucesiones, como de muchos otros ámbitos, el Derecho de cosas, el Derecho fiscal, el Derecho de familia, el sistema registral, la intervención de las autoridades, etc. El Reglamento sucesorio es pues un instrumento que permite desbrozar caminos o iniciar nuevas sendas³. No obstante, y por otra parte, no se trata solo de esta crucial consideración. En efecto, precisamente por la consideración anterior, puede observarse que, como en ninguna otra materia, en una sucesión internacional aparece una eclosión de numerosos aspectos típicos del Derecho internacional privado. Se trata de cuestiones que tradicionalmente han condicionado la aplicación de la norma de conflicto, tales como la calificación, la cuestión preliminar, la remisión a sistemas plurilegislativos, el reenvío, el orden público o el fraude de ley.

3. Los retos de aplicación que todo ello supone van a determinar probablemente la adopción del llamado Reglamento 0⁴, como culminación del sistema europeo de Derecho internacional privado⁵. Esta contribución intentará poner de manifiesto que la falta de una suerte de título preliminar o clausulado de apertura del sistema europeo que unifique la regulación de las llamadas cuestiones generales del Derecho internacional privado,

3. Puede apuntarse así las propuestas de Reglamento en materia de regímenes económico matrimoniales o la existente en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas que finalmente se adoptarán por medio de la cooperación reforzada; véase la novedad en <http://conflictoflaws.net/2015/the-council-of-the-eu-to-adopt-a-political-agreement-on-the-regulations-on-matrimonial-property-regimes-and-the-property-consequences-of-registered-partnerships/#comments>.
4. Véase R. HAUSMANN, «Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo», *Riv. Dit. Int. Priv. E Proc.*, 2015, 3, pp. 499-521; también hacen referencia a ello G. RÜHL, J. VON HEIN, «Towards a European Code on Private International Law?», *RabelsZ*, 2015, 4, pp. 715-716, p. 725 y ss.
5. Recientemente, G. RÜHL, J. VON HEIN, «Towards a European Code on Private International Law?», *op. cit.*, pp. 701-751; E. LEIN, «A further step towards a European Code of private international law», *YPIL*, 2009, pp. 107-141.

puede comprometer lo que supone uno de sus fundamentos, esto es su aplicación uniforme.

4. El presente trabajo trazará las directrices generales del Reglamento sucesorio en relación a la determinación de la ley aplicable y lo hará de la mano de una figura tan compleja como es la excepción del fraude de ley, en cuya sede se encuentra una restricción al principio de libertad dispositiva⁶. La tensión entre el ejercicio a la libertad de disposición y la aplicación de las normas imperativas⁷, tan característico de las sucesiones transfronterizas, es pues la cuestión que se suscita en el fraude de ley. Debe precisarse asimismo que el estudio analiza el fraude de ley en el Reglamento sucesorio, no al Reglamento sucesorio. Es decir, se obvian aquellos mecanismos dirigidos a evitar que las operaciones o negocios jurídicos celebrados caigan bajo el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio, al haber sido ideados para modificar o incluso neutralizar la ley sucesoria⁸. El tema no es en absoluto menor y exige un estudio específico. La delimitación material del Reglamento sucesorio impediría su aplicación a estas operaciones y negocios jurídicos, salvo que se hubieran celebrado en fraude de ley para eludir la aplicación de las normas imperativas adoptadas en el marco de la ley sucesoria designada aplicable. En este caso, las operaciones o negocios jurídicos podrían quedar afectados por la incidencia de las normas imperativas de la ley sucesoria que han sido vulneradas⁹. Todo ello plantea abordar la necesaria coordinación en-

6. Como apunta P. WAUTELET, en un trabajo de referencia obligada, «La fraude en droit patrimonial international: le cas des successions internationales» en P. De Page; A. Culot; I. De Stefani (Eds.), *Apparences, simulations, abus et fraude - Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles: Anthemis, 2015, pp. 285-333, «La liberté étant la règle, la sanction de la fraude ne peut intervenir que lorsque le comportement n'est explicable que par la fraude», p. 309.
7. Esta tensión «exprime une dialectique perpétuelle, presque anthropologique, connaissant des oscillations et des variations en permanence», como apunta C. KOHLER, «L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes», *Rec. des C.*, 2012, t 359, p. 302.
8. Véase J. TALPIS, «Succession substitutes», *Rec. des C.*, 2011, t 356, pp. 9-238 examinando instrumentos tales como los trusts, las pólizas de seguro de vida, el Derecho societario, las cláusulas tontinas, los planes de pensiones u otros, como la adquisición de bienes por medio de persona jurídicas interpuestas o el cambio de régimen matrimonial, apuntados también por E. FONGARO, «L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions», *JDI*, 2014, 477-540 —en particular, p. 533 y ss.—, que observa que quizá con el Reglamento sucesorio puedan cambiar estas prácticas, p. 483.
9. Por ejemplo la incidencia que puedan tener las normas relativas a la legítima previstas en la ley sucesoria sobre un trust o una fundación, véase A. BONOMI, «Artículo 1» en *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de*

tre distintos Reglamentos o entre los Reglamentos y las normas nacionales de Derecho internacional privado.

2. EL FRAUDE DE LEY EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2.1 LO QUE NO ES EL FRAUDE DE LEY Y LO QUE ES EL FRAUDE DE LEY

5. Cabe precisar, antes de abordar la concreción de este principio general del Derecho, lo que el fraude de ley no es. Pese a la semejanza de ambas figuras, parecería que el fraude de ley no es simulación. Simular es, según la RAE, «Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es», mientras que fraude es, también siguiendo a la RAE, «Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros» La observación no es banal y tiene consecuencias claras a los efectos de la aplicación de la excepción del fraude de ley. La simulación supone una ficción¹⁰, el fraude se funda en cambio en un acto o conducta real. Se pretende la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto porque allí tenía *efectivamente* la residencia habitual el causante al fallecer, no porque se pretende hacer pasar aquel país como el lugar de la residencia habitual del causante cuando, en *realidad*, la tenía en otro país. Esta es una distinción importante porque la excepción del fraude de ley despliega su autoridad frente a actos reales, no frente a un engaño. Por consiguiente, siguiendo esta concepción¹¹, un elemento estructural del fraude de ley es la realización efectiva de un acto o conducta. Ciertamente, es un acto fraudulento, pero ello no quita que se trate de un acto, conducta o situación que responde a la realidad. No es mera representación. En

julio de 2012, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 66 y ss., M. VIRGOS SORIANO, *El Trust y el Derecho español*, Valencia: Tirnat lo Blanch, 2006, pp. 153 y ss.; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid: Mc Graw, 1998, p. 130. En relación a la constitución de una fundación en el extranjero a la que se le han ido donando fondos, M. GARDEÑES SANTIAGO, *Las fundaciones en Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 2003, pp. 198-199 y pp. 200-201, nota 561. Véase la sentencia de la AP de Oviedo de 16 de enero de 2012, Roj: SAP O 70/2012, nota de P. JIMÉNEZ BLANCO, REDI, 2012, 2, pp. 262-264, esp. 263-264.

10. «(O)cultar el acto prohibido bajo la apariencia de otro» nos dice M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, vol. I, Barcelona: Bosch, 1983, p. 183.

11. Esta es la interpretación que hace del art. 18 del Código de Derecho interpacional privado belga P. WAUTELET, *op. cit.*, pp. 292-293, por ello el elemento subjetivo es sustancial para este autor, pp. 303-304.

sentido estricto, simulación no es fraude de ley¹². El fraude de ley se produce porque se quiere eludir una norma imperativa y es esa que-
rencia, intención o voluntad la que determina la conducta que propi-
cia el fraude. Si se quiere despojar por completo al fraude de ley del
elemento subjetivo, cuando el acto o conducta es *real* y no aparente,
no hay simulación, pero tampoco fraude de ley. Otra cosa es que haya
simulación y ésta pueda ser fraudulenta. Por consiguiente, no es ex-
traño que la simulación que persiga defraudar la ley pueda caer en la
noción de fraude de ley, en un sentido amplio.

6. El fraude de ley es un principio que deriva de la teoría general
del Derecho y a este principio general debemos referirnos brevemente
para delimitar los elementos que configuran el fraude de ley. El prin-
cipio viene consagrado en el Derecho español en el artículo 6.4 del
Código civil y ha sido interpretado y aplicado por el TS declarando
que «el artículo 6.4 del Código Civil establece que los actos realizados
al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido
por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecu-
tados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma
que se hubiere tratado de eludir. Como reitera la jurisprudencia, el
fraude de Ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de ac-
tos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de
los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de bur-
lar la Ley (SS., entre otras, 17 abril 1997, 3 febrero 1998, 21 diciembre
2000). Se caracteriza (SS., entre otras, 4 noviembre 1994, 23 enero 1999,
27 mayo 2001, 13 junio 2003) por la presencia de dos normas: la conoci-
da, denominada de “cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta
el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma
denominada «eludible o soslayable», amén de que ha de perseguir un
determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperati-
vamente (S. 27 marzo 2001 y 30 septiembre 2002)»¹³.

Posiblemente el aspecto que cabe destacar, porque va a tener trascen-
dencia en el tema que nos ocupa, es que la jurisprudencia ha tendido a
acoger una concepción objetiva del fraude de ley («ya se tenga o no con-
ciencia de burlar la Ley»), atendiendo básicamente al resultado más que a

12. Véase J. CAFARENA LAPORTA, «Artículo 6, apartado 4», M. ALBALADEJO GARCÍA (Coord.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. 1, Madrid: Edersa, 1985 (versión V-lex), p. 4.

13. STS de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: 8685/2011) citando la STS nº 21/2005, de 28 de enero (ROJ: STS 400/2005).

la intención, pese al sentido literal de la norma y a la propia exposición de motivos que parecen inclinarse por una concepción subjetivista¹⁴.

2.2. EL FRAUDE DE LEY EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: NOCIÓN Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES

7. En Derecho internacional privado español, la prevención del fraude de ley se lleva a cabo mediante una norma especial, diferenciada del art. 6.4 del Código civil¹⁵, contenida en el art. 12.4 del Código civil¹⁶. No es común que se adopte una norma especial relativa al fraude de ley en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, pero tampoco es tan extraño que así sea puesto que el fraude de ley presenta en este ámbito un perfil diferenciado como consecuencia de la presencia de distintos ordenamientos y la aplicación de una norma localizadora que designa la ley rectora de la relación —la norma de conflicto—¹⁷. El fraude se produce por una internacionalización artificiosa de un supuesto puramente interno, utilizando la norma de conflicto como trampolín para superar el marco en el que se encuentra la situación, o bien, al contrario, porque se elimina el elemento extranjero de forma maliciosa para evitar la aplicación de la norma de conflicto o finalmente se altera la categoría para propiciar la aplicación de otra norma de conflicto o la designación de otro ordenamiento¹⁸. Sea en la

-
14. Véase E. GINEBRA MOLINS, «La interpretació, l'aplicació i l'eficàcia de la llei», en A. VAQUER ALOY (Coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 89. Mayoritariamente la doctrina se pronunció por una concepción objetivista, véase M. ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 186-189, que, por otra parte, apunta que el debate es más teórico que práctico. Esta perspectiva se mantiene.
 15. No es tan común encontrar en Derecho comparado una previsión normativa en relación al fraude de ley en Derecho internacional privado. Pueden citarse el art. 18 del Código belga de Derecho internacional privado, el art. 21 del Código civil portugués, el art. 24 del Código civil argelino.
 16. Véase J. A. CARRILLO SALCEDO, «Comentario al artículo 12.4», en AAVV, *El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1977, p. 649 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 12, apartado 4», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid: EDERSA, 1995, pp. 927-943.
 17. Sobre la diferencia entre el fraude de ley en Derecho interno y Derecho internacional privado, véase I. MAGUREGUI SALAS, «El fraude a la ley en el derecho interregional (Comentario crítico de la STS núm. 294 de 5 de abril de 1994)», *Estudios Deusto*, 1995, pp. 135-136.
 18. Aparte de la manipulación del punto de conexión, que supone la acepción restringida, clásica o simple del fraude de ley, éste puede provenir también de una manipulación

fase inicial, sea en la final del proceso fraudulento hay una situación de tráfico externo¹⁹. Esta heterogeneidad o internacionalización puede ser manipulada bien para eliminarla o bien para crearla, en ambos casos de modo artificial, aunque puede que la situación sea ya internacional y continúe siéndolo, pese a que se efectúe una manipulación sobre la norma de conflicto²⁰. Pensando de nuevo en un supuesto sucesorio, un español de vecindad civil común, con residencia habitual en Suecia que se desplaza al Reino Unido, concretamente a Inglaterra o Gales, para establecer allí su residencia habitual con el propósito de evitar que le sea aplicado el Derecho sucesorio sueco. Tanto para las autoridades suecas, españolas como británicas el supuesto era originariamente internacional y no deja de serlo después de la supuesta manipulación.

Así, el fraude de ley en Derecho internacional privado y, más específicamente en el sector de la determinación de la ley aplicable, supone utilizar la norma de conflicto como norma de cobertura, manipulándola intencionada y maliciosamente con el propósito de alterar el punto de conexión para que sea aplicable una ley distinta a aquella que hubiera sido aplicable si no se hubiera producido la alteración fraudulenta. La vinculación con el ordenamiento designado es entonces meramente formal²¹. Existe pues tanto un elemento subjetivo —voluntad maliciosa, intención de eludir la ley que debería ser aplicada en circunstancias normales— como un elemento objetivo —aplicación de la ley defraudada por existir una vinculación artificiosa con la misma— que determinan la conducta fraudulenta. La manipulación debe ser voluntaria y maliciosa y ello comporta un evidente problema probatorio²². Se ha intentado sortear el elemento subjetivo del fraude de ley por la dificultad de determinar este carácter sobre la manipulación efectuada. La objetivación del fraude

sobre la categoría regulada o incluso de las normas de competencia judicial; véase M. Bogdan, «Private International Law as a Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law», *Rec. des C.*, 2010, t 348, p. 197; igualmente P. Wautelet, *op. cit.*, p. 296 y ss.

19. Véase A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 12, apartado 4», *op. cit.*, pp. 927-943.
20. Véase P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 294.
21. Como ha apuntado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada: Comares, 2014, p. 271, el carácter de la conexión es artificial por ser «existente pero fingida, ficticia, falsificada, espuria, fabricada y trucada» o «conexión vacía», en p. 273.
22. Claramente la STS de 14 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 5417/2009) cuando declara que solo será considerado fraude el cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión cuando «persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable».

de ley se consigue tomando en consideración los fundamentos sobre los que se basa la aplicación de la ley de cobertura y de la ley defraudada. Habrá fraude en la medida en que la ley eludida posea un fundamento manifiestamente superior al de la ley que se pretenda que sea aplicada²³. Este planteamiento, netamente conflictual, obliga a efectuar un examen de las circunstancias del caso para poder valorar si efectivamente la ley eludida tiene un fundamento superior para ser aplicada. Estas circunstancias son las que activan el elemento sin el cual el objetivo fraudulento no hubiera podido ser conseguido²⁴. Así, se han apuntado distintos elementos determinantes para poder apreciar el carácter artificioso de la conexión por efecto de una manipulación²⁵. Por una parte, hay un corto espacio de tiempo entre la manipulación que lleva a sujetar la relación a un ordenamiento distinto del que correspondería aplicar y la realización del acto que se beneficia de la aplicación del ordenamiento designado por efecto de la manipulación del punto de conexión²⁶. El segundo elemento es la alteración súbita y difícilmente justificable de la alteración geográfica del supuesto. El carácter esencialmente localizador de la norma de conflicto permite alterar fácilmente la designación que lleva a cabo el punto de conexión, utilizando medios lícitos para alcanzar un resultado ilícito o anti-jurídico.

La alteración se produce en aquellos casos en los que el punto de conexión es mutable y, por consiguiente, susceptible de ser modificado con facilidad como son la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual o el lugar de situación de un bien. De un modo u otro, estas conexiones están presentes en el Reglamento sucesorio y puede producirse, por tanto, una manipulación maliciosa sobre las mismas para alterar el resultado previsto en el Reglamento. La alteración no supone simulación, figura que como se ha visto debe distinguirse del fraude de ley. La adquisición de la nacionalidad, el traslado de residencia habitual de un país a otro o el desplazamiento de los bienes de un lugar a otro, es real, no es mera apariencia. Naturalmente esta circunstancia hace que el carácter subjetivo, deliberado e intencional, de la manipulación sea tan relevante en el

23. Esta la tesis mantenida por B. AUDIT, *op. cit.*

24. Véase P. LAGARDE, «La fraude en matière de nationalité», en VVAA, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Issy-les-Molineaux: LGDJ, Lextenso eds., 2014, p. 511.

25. Véase B. AUDIT, *op. cit.*, p. 17 o pp. 142-143 ; igualmente P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 306 y ss.

26. Véase B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, p. 35 y ss.

fraude de ley²⁷, por más objetivada que se pretenda que sea la aplicación de la excepción.

8. No obstante, tan importante como los elementos que estructuran el fraude es por supuesto la evicción de la aplicación de una ley que contiene una disposición simplemente imperativa. La sanción impuesta consiste naturalmente en la aplicación de la ley que ha sido defraudada, en lugar de la que ha sido designada después de haber efectuado la manipulación del punto de conexión. La aplicación de la figura del fraude de ley supone no tener por efectuada la alteración del punto de conexión, siendo función del expediente que se cumpla efectivamente la ley cuya aplicación se había tratado de evitar.

Se mantiene de este modo la imperatividad de la ley eludida, con frecuencia perteneciente a la ley del foro. Aun siendo cierto que la excepción del fraude de ley puede ser de aplicación para garantizar la aplicación de una norma imperativa perteneciente a un ordenamiento de un tercer Estado, tradicionalmente este expediente se ha utilizado para abordar aquellos supuestos que quedaban más allá del alcance de la excepción de orden público y, por consiguiente, la perspectiva se ha centrado en preservar la aplicación de la propia ley²⁸. En efecto, del mismo modo que el orden público es un mecanismo que impide que los principios fundamentales, esenciales e irrenunciables del propio ordenamiento sean vulnerados, el fraude de ley es un mecanismo que tradicionalmente ha permitido garantizar la aplicación de las normas imperativas del propio ordenamiento. Un ejemplo palmario es el art. 12.4 CC²⁹, donde se evidencia la finalidad protectora del fraude de ley en beneficio de las normas imperativas es-

27. Esencial en Derecho internacional privado, véase I. MAGUREGUI SALAS, «El fraude a la ley en el derecho interregional», *op. cit.*, p. 135. Igualmente para P. WAUTELET, *op. cit.*, «Un comportement n'est frauduleux qu'en présence d'une volonté manifeste d'échapper à l'application d'une loi», p. 303.

28. Véase A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 12, apartado 4», *op. cit.*, pp. 927-943.

29. A nuestro conocimiento en otros Estados miembros, se sigue el mismo planteamiento. Véase el art. 5 de la Ley de Derecho internacional privado de Croacia. En Hungría solo se sanciona la conexión fraudulenta a una ley extranjera, conforme al art. 8.1 del Decreto Ley nº 13 1979. En Rumanía el contenido del art. 2564 del Código civil tampoco prevé el fraude a las leyes imperativas de un Derecho extranjero. Fuera de la UE, también puede citarse el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 5 de agosto de 1979, que precisamente originó la toma de posición de Uruguay cuando ratificó al efectuar algunas reservas en lo que se refiere al fraude de ley, siendo relevante ahora destacar que declaró que la excepción prevista en el artículo 6 de la citada Convención «sólo podría funcionar cuando se haya afectado la aplicación de

pañolas, únicamente³⁰. Incluso en aquellos supuestos en los que puede oponerse el fraude a una ley extranjera, la aplicación del expediente es más flexible, rebajándose el rigor con que sería aplicado el fraude de ley si esta ley fuera la del foro.

9. La excepción de fraude de ley, por tanto interpretada y aplicada con carácter restrictivo, se articula en conjunción a la norma de conflicto. En este sentido, aun con ser un principio general del sistema, está al servicio de la norma de conflicto³¹. Se trata de una norma de aplicación, no de una norma de regulación y además debe subrayarse que es una excepción al principio de libertad dispositiva. Ciertamente, el carácter imperativo de la norma eludida puede oscurecer la funcionalidad de la excepción del fraude de ley en Derecho internacional privado, pero la excepción en sí misma se debe a la norma de conflicto, no a la norma imperativa. Todo ello se acentúa más si cabe cuando estamos, como en el Reglamento sucesorio, ante una norma de conflicto uniforme compartida por distintas jurisdicciones. La norma localizadora adquiere entonces su genuino, primigenio y savigniano sentido, como norma que determina la ley aplicable de forma neutral respecto de los ordenamientos en presencia. Ello no significa, más bien al contrario, que la norma de conflicto no tenga sus propios principios y fundamentos materiales, pero su aplicación no está directamente conectada con ninguno de los ordenamientos con el que el supuesto está vinculado, y lo que es más importante, tampoco con ninguna de sus normas imperativas.

Esta consideración es relevante y permite apuntar las contundentes críticas dirigidas a algunas de las sentencias españolas en que se aplica la excepción de fraude de ley prevista en el art. 12.4 CC en sucesiones inter-regionales³². Simplemente se anticipa ahora que la excepción del fraude

la ley propia». Igualmente, el art. 24 del Código civil argelino. También el art. 7 del Código de Derecho internacional privado de Taiwan.

30. Sin perjuicio de las justas críticas recibidas, véase J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo: Gráficas APEL, 1985, pp. 236-238; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 274, también considera que cabe aplicar la excepción del fraude de ley a las normas imperativas extranjeras. Así, el art. 12.4 CC no deja de ser un ejemplo que ilustra perfectamente la dirección con que se aplica el fraude de ley en supuestos internacionales.
31. Ya F. DE CASTRO advertía de la necesidad de tener en cuenta los fines de la norma de conflicto, véase F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 612.
32. Esta disposición ha tenido escaso eco en la jurisprudencia española en supuestos internacionales (básicamente matrimonios de conveniencia y gestación por sustitución, más recientemente).

de ley juega en un espacio en el que los distintos Derechos españoles están en un plano de igualdad en el que son tan legítimos los intereses de política legislativa de un legislador material como de otro, sea éste el legislador estatal o un legislador autonómico. La norma de conflicto, con sus principios e intereses, debe mantenerse fiel a los mismos y no inclinarse por los intereses de uno u otro legislador, salvo que éstos estén presentes en la norma localizadora. Volveremos sobre ello porque cabe proyectar ciertas consideraciones del «espacio interregional» sobre el «espacio judicial europeo»³³. Naturalmente ello debe vincularse con el contexto permeable en el que se mueven las sociedades actuales, y con ellas, los ordenamientos, cuyos principios regulatorios tienden a favorecer la movilidad mediante la elección de determinados puntos de conexión y el favorecimiento del reconocimiento de resoluciones extranjeras³⁴.

2.3. EL FRAUDE DE LEY Y LAS NORMAS IMPERATIVAS

10. Se ha puesto de manifiesto que tanto en situaciones internas como en situaciones internacionales trata igualmente de eludir la aplicación de unas normas imperativas, pero en Derecho internacional privado es necesario tomar en consideración, por una parte, que éstas pueden pertenecer al Derecho del foro o a un Derecho extranjero y, por otra parte, que el carácter imperativo de las normas adquiere un sentido propio en Derecho internacional privado. Es quizás este segundo aspecto el que merece ahora una breve aclaración, puesto que el primer aspecto no presenta en sí mismo una complejidad añadida y ya ha sido advertido.

En Derecho internacional privado, la determinación de la ley aplicable supone que la ley designada —tanto si es el Derecho del foro como si es un Derecho extranjero— va a regir por completo la cuestión objeto de regulación. Ello incluye las normas imperativas que le son propias a la ley designada. Si pensamos en un supuesto sucesorio, partiendo de una concepción amplia de la noción «sucesión por causa de muerte» y de un alcance también amplio de las materias que quedan comprendidas en esta noción, cuando la norma de conflicto del ordenamiento Y determina como aplicable la ley extranjera X, ésta regulará aquella sucesión en su totalidad, comprendiendo también materias que son de orden público. Así,

33. Véase epígrafe 5.2.

34. Véase J. BASEDOW, «The Law of Open Societies-Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law», *Rec. des C.*, t. 360, pp. 9-516, y en particular por lo que se refiere al fraude de ley en este contexto, p. 285 y ss.

la legítima figura dentro del estatuto sucesorio que va a regular aquella sucesión. Esta caracterización de la legítima, como norma de orden público, debe ser, sin embargo, sometida a precisión. La aplicación de una ley extranjera X para regular la legítima solamente se puede aceptar porque se trata de una situación internacional y porque la legítima es de orden público *interno*. El sistema legitimario es concebido así como una norma simplemente imperativa cuya aplicación no es indefectible ni necesaria en supuestos internacionales. De este modo, el sistema legitimario de la ley nacional Y será de aplicación necesaria a supuestos puramente internos, a los que no se les aplica la norma de conflicto, y a supuestos internacionales a los que deba ser de aplicación la ley Y, de acuerdo con la designación efectuada por la norma de conflicto perteneciente al ordenamiento Y. Pero no a los supuestos internacionales que quedan regidos por una ley extranjera.

La distinción entre norma simplemente imperativa frente a norma internacionalmente imperativa y orden público interno frente a orden público internacional, es fundamental para comprender en qué ámbito se mueve el fraude de ley. El fraude de ley opera sobre normas simplemente imperativas, normas que no son renunciables por las partes (o por la parte) pero que no son irrenunciables para el ordenamiento, lo que explica que quepa aplicar, por ejemplo, una ley extranjera para regular las legítimas. Además, el fraude de ley, a diferencia de la excepción de orden público internacional, no se aplica porque el contenido de la ley extranjera ofende valores esenciales e irrenunciables³⁵. La excepción de fraude de ley se activa porque ha habido un resultado fraudulento consistente en la elusión de la ley normalmente competente. La excepción del

35. El recurso a la excepción de orden público en lugar de acudir a la excepción del fraude de ley, por la falta de confort que este mecanismo ofrece, puede ser ciertamente tentador, o simplemente fruto de la proximidad entre ambos mecanismos. Véase F. VISMARA, «Patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?», *Riv. dir. Int. priv. e proc.*, 2014, 4, p. 87, poniendo de relieve que en el Reglamento sucesorio se debilita el orden público, aunque sin advertir el juego que puede desplegar la excepción del fraude de ley cuando hay discordancia entre la ley aplicable al pacto y la ley aplicable a la sucesión. También C. KOHLER, *op. cit.*, cuando afirma que «les effets d'un choix de la loi frauduleux peuvent être limités à l'aide de l'ordre public». Igualmente, A. YBARRA BORES, «La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas», CDT, 2015, Vol. 7, 1, en pp. 243-244. Distinguiendo, por el contrario, A. DAVI, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. Dir. Int. e Proc.*, 2004, 2, pp. 8-9 y p. 23. Igualmente, E. FONGARO, p. 523.

fraude de ley sirve pues a la justicia conflictual, no a la justicia material. Por ello su aplicación se activa por la *manera* en que la ley aplicable ha sido designada³⁶. Así, a falta de poder utilizar un mecanismo tan excepcional y estricto como el de la reserva de orden público *internacional* —y dado que no nos encontramos ante una norma internacionalmente imperativa cuya aplicación es necesaria, inmediata e independiente de la norma de conflicto— la excepción del fraude de ley se presenta como un expediente particularmente útil para preservar la aplicación de las normas de *ius cogens* o simplemente imperativas, en materia sucesoria particularmente aquéllas que regulan el sistema legitimario³⁷. No obstante, cabe advertir que en algunas legislaciones se han adoptado mecanismos que pueden calificarse como cercanos a las normas internacionalmente imperativas por medio de los cuales se limita la autonomía conflictual para proteger el sistema legitimario de la ley objetivamente aplicable o bien directamente de la ley del foro³⁸.

El fraude de ley despliega sus efectos porque se quiere eludir la aplicación de normas coactivas. Por el contrario, no tiene sentido su aplicación cuando se está actuando en el margen de disposición permitido³⁹. En consecuencia, la finalidad es asegurar el carácter imperativo de las leyes, pero en principio

-
36. M. BOGDAN, «Private International Law as a Component of the Law of the Forum», *op. cit.*, p. 201.
37. Teniendo en cuenta que la operatividad de la excepción de orden público es más bien limitada, o incluso fuera de lugar, tal como pone de manifiesto, J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 241-244. Véase el mismo planteamiento por parte de A. BONOMI, «Artículo 35», *op. cit.*, p. 430 y ss. No obstante, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?», en T. F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M. P. GARCÍA RUBIO (Dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 117-141.
38. Se trata del caso contemplado en el art. 3099.1 del Código civil del Quebec, del art. 46.2.3 de la Ley italiana de Derecho internacional privado, del art. 79.1.3 del Código belga de Derecho internacional privado, del art. 89.5 del Código búlgaro de Derecho internacional privado. El límite se establece incluso aunque no se contemple la *professio iuris*, admitiendo la posibilidad de hacer efectiva la legítima prevista en el Derecho del foro sobre los bienes situados en el foro frente a la ley designada por la norma de conflicto, tal como puede apreciarse en el art. 35 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana. El Reglamento sucesorio no contiene ninguna disposición que exprese un límite como el previsto en las leyes referidas. Volveremos sobre esta cuestión más adelante, véase epígrafe 6.4.
39. Véase A. L. CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pp. 927-943. Como afirma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, *op. cit.*, p. 274, «donde hay libertad no puede haber fraude».

solo de aquellas que son simplemente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía, como es obvio, pueden ser eludidas, pero la mecánica de aplicación es distinta. Se trata de normas que por su contenido, función y objetivos poseen una delimitación del ámbito espacial de aplicación que las dota de una aplicación inmediata cualquiera que sea la ley designada por la norma de conflicto, sin que puedan ser sustituidas por otra norma. Lógicamente, la excepción de fraude de ley no es un mecanismo demasiado útil para proteger los intereses de política legislativa del foro, desde luego, pero tampoco los de un Estado extranjero. La necesidad de probar la intención fraudulenta sería una carga excesiva amén de innecesaria para garantizar el cumplimiento de las normas internacionalmente imperativas⁴⁰. En instrumentos multilaterales sobre la determinación de la ley aplicable ya se prevén dispositivos específicos para preservar su aplicación, incluso si se trata de normas internacionalmente imperativas pertenecientes a ordenamientos extranjeros, aunque no siempre es así⁴¹. En este sentido, el Reglamento sucesorio posee una disposición singular contenida en el artículo 30, a la que nos referiremos en el próximo epígrafe, que preserva el cumplimiento de determinadas disposiciones cuya aplicación se efectuará con independencia de cuál sea la ley que rija la sucesión.

11. Así tratándose simplemente de normas imperativas, en el sentido doméstico del término, no puede decirse que el carácter imperativo de las normas de *ius cogens* se desvanezca en las situaciones internacionales, pero lo cierto es que de algún modo se ve debilitado. La vinculación del supuesto con distintos ordenamientos supone que éste va estar expuesto al radio de acción de las normas imperativas —y, por tanto, también las dispositivas— de un solo ordenamiento, el que finalmente va a ser designado para regir el supuesto en cuestión. Esto es, desde una perspectiva negativa, las normas simplemente imperativas pertenecientes al resto de ordenamientos en presencia no van a ser aplicadas. Puede decirse entonces que las normas simplemente imperativas quedan expues-

40. Como mantiene J. BASEDOW, «The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations», *op. cit.*, el concepto de elusión es redundante porque la norma internacionalmente imperativa va a ser aplicada de todos modos.

41. Basta con citar el art. 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y el art. 16 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). El primero se refiere a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse, el segundo no.

tas al carácter internacional de la situación y, de algún modo, se subraya el carácter interno de la norma imperativa de manera que, por oposición a la norma internacionalmente imperativa⁴², su aplicación queda sujeta al estatuto correspondiente a la ley designada. La imperatividad y aplicación de la norma de *ius cogens* depende, en consecuencia, de la norma de conflicto, en concreto de la localización que ésta realice. Sin embargo, mediante el fraude de ley lo que se pretende evitar precisamente es que las situaciones internacionales, por el hecho de serlo, se conviertan en puramente facultativas.

3. EL REGLAMENTO SUCESORIO: UN CONTEXTO DINÁMICO Y ABIERTO

12. Planteados los elementos generales que estructuran el fraude de ley, tal como se ha construido en el Derecho internacional privado, cabe preguntar si éste es susceptible de desplegar todo su potencial o si, por el contrario, ve mitigadas algunas de sus manifestaciones en el Reglamento sucesorio. Posiblemente sea preciso considerar primero el contexto del Reglamento sucesorio porque ello contribuirá a esclarecer sus objetivos y el sentido de sus normas. Es en este contexto que cabe entender la función que debe desplegar la excepción del fraude de ley. Un aspecto básico para establecer el contexto normativo es el fundamento sobre el que reposa el Reglamento. Conocer el fundamento jurídico que habilita la competencia para adoptar la el Reglamento sucesorio permite establecer la finalidad de la misma. En efecto, del fundamento se deriva el mandato, el plan y el contenido que tiene la norma. Otro elemento que constituye un factor relevante para esbozar el contexto normativo es el método o procedimiento legislativo seguido para adoptar el Reglamento sucesorio puesto que nos va a revelar también el objetivo que subyace en el mismo.

3.1. LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL CARÁCTER EUROPEO DEL REGLAMENTO SUCESORIO

13. Debe recordarse que, aun siendo consciente de que no es más que una obviedad, el Reglamento sucesorio es un Reglamento de la UE. Pero no por tratarse de una obviedad deja de tener su carga sustantiva. Para empezar debe llamarse la atención de que ya existía un texto similar como

42. Las normas internacionalmente imperativas son de aplicación inmediata y, por tanto, impiden la aplicación de la norma de conflicto en relación a las cuestiones que caen bajo su ámbito de aplicación.

el del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, cuyo alcance era mucho más limitado que el del Reglamento sucesorio puesto que se limitaba al ámbito de la determinación de la ley aplicable, no entró nunca en vigor. En cambio, el Reglamento sucesorio, mucho más ambicioso, ha sido adoptado en el seno de la UE. Es decir, solo por el poder y pujanza de un proyecto como el europeo ha sido posible su adopción y entrada en vigor. Esta es una cuestión que no es menor porque es muestra de que un aparato institucional supranacional y la fuerza motriz que lo impulsa pueden llegar a superar reticencias muy arraigadas.

Dicho de otro modo, el hecho de que la norma de conflicto esté contenida en un instrumento europeo adquiere una notable relevancia. En efecto, se trata de normas de conflicto unificadas que *prima facie* responden a los objetivos que determinaron su adopción. Desde este punto de vista en el Reglamento sucesorio se aúnan distintas consideraciones de factura genuinamente europea. En este sentido, debe tenerse presente una doble faceta en tensión contrapuesta. Cabe tener en cuenta una faceta dinámica y constructiva de un proyecto común, como son la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia, las libertades fundamentales —en particular la libre circulación de personas que debe garantizarse en el mercado interior— o el reconocimiento mutuo⁴³. Esta es una faceta que debe subrayarse porque creo que preside con fuerza el Reglamento sucesorio, en calidad de norma de la UE. No obstante, hay que considerar también otra faceta que es asimismo genuinamente europea. En esta faceta, pasiva y conservadora de una riqueza heredada, se contribuye a definir la carga material del Reglamento sucesorio. Así, «los sistemas judiciales de los Estados miembros, *incluido el orden público*» y las tradiciones nacionales en el ámbito sucesorio⁴⁴ son aspectos que también conforman el Reglamento sucesorio.

En realidad, la dicotomía entre la faceta dinámica y a la vez conservadora del proyecto europeo a la que aludíamos anteriormente, se encuentra en la constitución del propio espacio judicial europeo en la medida en que se constituye como espacio común en respeto de «los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros»⁴⁵ o incluso en la

43. Véase cdo. 6 y 7.

44. Véase cdo. 6, *in fine*. El destacado es nuestro con el fin de subrayar la referencia a un orden público genérico que no se ciñe al orden público internacional.

45. Art. 67.1 TFUE.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶. Se trata de una tensión ya clásica entre unidad y diversidad —polos contrapuestos de cohesión— que se manifiesta en los fundamentos del sistema europeo de Derecho internacional privado⁴⁷. Encontrar un equilibrio entre estas dos facetas no es fácil.

14. Si atendemos a la faceta dinámica y constructiva de un proyecto común, no cabe duda de que el Reglamento sucesorio se adopta para mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, comprendido como un objetivo programático de la UE que permite asegurar la libre circulación de personas⁴⁸. La referencia a la libertad de circulación de personas está presente en otros considerandos que justifican la adopción del Reglamento⁴⁹ y presupone anteponer esta libertad por encima del contenido material de los Derechos nacionales en materia sucesoria. El Reglamento sucesorio es un instrumento de coordinación que solo es posible en un espacio de integración, pero —al mismo tiempo y no menos importante— es un instrumento que se adopta para posibilitar esta integración, incluso para fomentarla⁵⁰. Se trata, en consecuencia, de un instrumento que está al servicio de un interés de la política legislativa europeo consistente en garantizar la movilidad de las personas en el seno del espacio judicial europeo. El Derecho material, especialmente sensible en un ámbito como este, pasa en este sentido a un segundo rango. La finalidad perseguida por el instrumento no está estrictamente sujeta al contenido material del Derecho sucesorio, sino a la política de libertad de circulación y residencia de la UE. Como es obvio, ello no significa que se ignore o que se olvide el Derecho material, pero comporta tener consciencia del objetivo «europeo» presente en el Reglamento sucesorio. Continuando pues con el prisma de la libre circulación, la unificación de las normas de conflicto es un medio más para la consecución de un objetivo programático que se sitúa en el marco de las libertades fundamentales⁵¹. En realidad, el Reglamento se adopta para beneficiar al ciudadano que se ha desplazado

46. Unidad y diversidad, que tan bien plasma el Preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

47. *Proto-sistema*, más bien.

48. Véase el cdo. 1 del Reglamento sucesorio.

49. Así, expresamente en el cdo. 7, y en el cdo. 80. Implícitamente en el cdo. 23, cuando hace referencia a la movilidad de los ciudadanos.

50. Véase el Libro Verde preparado por la Comisión (COM(2005) 65 final).

51. Véase los cdos. 1 a 8 donde se expone claramente el ámbito y contexto en el que se adoptó un Reglamento que se presenta como un medio para alcanzar los objetivos desgranados en los cdos. 1 a 7.

desde su país de origen, sea o no un Estado miembro, proporcionándole seguridad jurídica y dotándole de una libertad de la que no goza, por el contrario, el ciudadano que continúa residiendo durante toda su vida en su país de origen. Igualmente, la unificación está al servicio del principio de seguridad jurídica permitiendo que las personas puedan organizar su sucesión con unas expectativas ciertas y que se ofrezca un marco en el que las personas próximas al futuro causante puedan prever cuáles son sus expectativas. En cualquier caso, lo que debe subrayarse es que el contexto en el que nace el Reglamento es el de un espacio jurídico lo suficientemente maduro como para adoptar una unificación normativa en un ámbito tan específico y asimismo tan crucial como el Derecho de sucesiones. La jurisprudencia del TJUE será decisiva, quizá como en ningún otro Reglamento europeo de Derecho internacional privado.

15. Por su parte, la faceta que hemos denominado pasiva y conservadora, aquella que tiene interiorizada no solo el particularismo sino también el interés por resguardar la regulación material de cada Estado en aquellos aspectos que se consideran de carácter imperativo, se proyecta básicamente en el Reglamento sucesorio mediante tres figuras. En efecto, la excepción del fraude de ley, la excepción de orden público y la aplicación de disposiciones especiales que imponen restricciones a la sucesión de determinados bienes, son los tres mecanismos que permiten que aflore la divergencia material hasta tal punto que el resultado de su aplicación se impone a la lógica conflictual. Este trabajo tiene por objeto analizar la excepción del fraude de ley y, por consiguiente, no se procederá a examinar aquellos expedientes por los que se manifiesta lo que se ha venido en denominar como la vertiente negativa y positiva del orden público, es decir la excepción de orden público y la aplicación inmediata de las leyes de policía. Sin embargo, hay que apuntar que estos dos mecanismos, aun con preservar el orden público nacional, deben ser valorados en el contexto del Reglamento sucesorio.

La excepción de orden público, prevista en el artículo 35 del Reglamento sucesorio⁵², constituye un instrumento tradicional para garantizar que no se vulneren los principios fundamentales e irrenunciables de un determinado ordenamiento⁵³. Mediante esta excepción se im-

52. Para un análisis en profundidad del precepto, véase A. BONOMI, «Artículo 35. Orden público», *op. cit.*, pp. 450-473. También J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 258-267.

53. Como ha apuntado S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?», *op. cit.*, p. 130 el orden público constituye «un espacio irreductible frente a la unificación».

pide la aplicación de una ley extranjera que suponga una contradicción manifiesta con aquellos principios. En relación a esta excepción cabe considerar dos cuestiones relevantes para delimitar el contexto (europeo) de la excepción de orden público en el Reglamento sucesorio⁵⁴. Hay que tener presente que los principios fundamentales del Derecho europeo, y con ellos los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los derechos fundamentales de la UE, constituyen también elementos para determinar la aplicabilidad de la excepción de orden público de tal forma la excepción de orden público no puede ser aplicada para descartar la ley de otro Estado miembro cuando ello sea contrario a la Carta de los derechos fundamentales de la UE, tal como se desprende del considerando 58⁵⁵. Eso por una parte y, por otra, el TJUE va a representar un elemento primordial para establecer los límites del orden público⁵⁶. En otras palabras, pese a que se mantienen, se preservan y se salvaguardan los valores y principios nacionales, hay también un guardián europeo. La excepción de orden público en materia sucesoria no va a operar igual que antes en los Estados miembros, y menos aún entre los Estados miembros⁵⁷. El Reglamento sucesorio, por

-
54. Véase más ampliamente S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», en N. BOUZA VIDAL, C. GARCÍA SEGURA y A. RODRIGO HERNÁNDEZ (Dir.) y P. PAREJA ALCARAZ (Coord.), *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Madrid: Tecnos, 2015, pp. 146-181.
55. La versión española prevé que no podrá oponerse la excepción de orden público «para descartar la ley de otro Estado», pero en otras versiones lingüísticas se precisa que esa ley debe ser la de otro Estado miembro, versión más acorde con el sentido del Reglamento sucesorio, como ha puesto de relieve S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?», *op. cit.*, p. 135.
56. Como sucedió con respecto al orden público como causa de denegación prevista en el Convenio de Bruselas de 1968, actual Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis, en STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, Krombach, apartado 23 y STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, Renault, apartado 28, el TJCE declaró que si bien no le corresponde definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante.
57. G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», en (G. KHAIRALLAH /M. REVILLARD dir.), *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, París: Defrénois, Lextenso ed., París, 2013, p. 57, cree en cambio que esta cláusula no alterará el Derecho francés en materia sucesoria. Ciertamente, pero sí puede modificar los límites del juego del orden público, algo que a mi juicio supone un cambio importante.

el solo hecho de existir, ya supone un cambio fundamental porque es una norma de la UE, porque es un Reglamento europeo, porque será sometido a una interpretación europea por parte del TJUE, porque —se quiera o no— es canal de comunicación y de comparación entre los Derechos sucesorios de los Estados miembros sujetos al mismo, porque subyacen consideraciones materiales relevantes, como la introducción de los pactos sucesorios o la *professio iuris*⁵⁸. Mucho más comprometido es decir que el Reglamento por sí solo va a generar una armonización material o que debe irse más allá del Reglamento sucesorio⁵⁹. Por supuesto, no va a ser así, pero de manera indirecta lo que antes eran mundos cerrados (normas substantivas y normas de Derecho internacional privado pertenecientes a un mismo ordenamiento enfrentadas a normas substantivas ajenas) pasarán a ser ámbitos interconectados (normas substantivas divergentes conviviendo con normas de Derecho internacional privado compartidas). Ahora bien, ello no impide observar que las acusadas divergencias tanto normativas como conceptuales puedan suponer un escollo para una aplicación uniforme⁶⁰.

El Reglamento sucesorio carece de un precepto que garantice la aplicación de las leyes de policía. No es en absoluto banal esta carencia. Apparentemente en el Reglamento sucesorio no se avala la aplicación de leyes de policía más que si se trata de disposiciones especiales que imponen restricciones a la sucesión de determinados bienes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30⁶¹. De nuevo es importante poner de manifiesto que

-
58. B. BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio iuris*», en VVAA, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 143, observa que la *professio iuris* no solo es una modalidad de designación de la ley aplicable. Anteriormente pone de manifiesto las dificultades de que pueda oponerse la excepción de orden público para preservar las legítimas previstas en Derecho francés teniendo presente la jurisprudencia del TEDH o principios fundamentales del ordenamiento europeo como el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Igualmente, en p. 154.
59. Aún así se ha defendido que el Reglamento sucesorio debería ir acompañado por una armonización substantiva, véase W. PINTENS, «Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws», en VVAA, M. ANDERSON; E. ARROYO I AMAYUELAS (eds.), *The Law of Succession. Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen: Europa Law Publishing, 2011, pp. 5-22.
60. Más escéptico, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?», *op. cit.*, p. 135
61. Para un análisis en profundidad del precepto, véase P. WAUTELET, «Artículo 30. Disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes», *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario*

el Reglamento sucesorio acota el Derecho material mucho más de lo que aparentemente se puede desprender de un instrumento de Derecho internacional privado. Solo se admite la aplicación de determinadas leyes de policía con respecto a determinados bienes, estableciendo la aplicación de las leyes de policía del lugar en que estén situados los bienes. Es decir, se trata de leyes de policía que pueden ser tanto del foro como extranjeras. Además su aplicación se va a producir en igualdad de condiciones. Este precepto abre pues la puerta a la aplicación de leyes distintas a la que rige la sucesión. No obstante, el tipo de bienes que quedan bajo el ámbito de aplicación de esta disposición, no es claro. Tampoco el tipo de normas que pueden acogerse a su radio de acción. No hay duda de que el precepto abre muchas más incógnitas de las que cierra⁶².

16. Estos dos mecanismos, junto con la excepción del fraude de ley, todos de aplicación restrictiva pero al mismo tiempo poderosísimos, pueden llegar a condicionar el éxito del Reglamento sucesorio. El papel de la doctrina puede ser importante, el de los órganos jurisdiccionales nacionales más aún, y —se dijo ya, pero no por ello se va a dejar de insistir— la función del TJUE va a ser tan esencial como comprometida.

3.2. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

17. En relación al contexto debe recordarse también un tema especialmente delicado, que incluso podía poner en peligro la adopción del Reglamento, como era el del procedimiento legislativo previsto para que este instrumento fuera aprobado. En efecto, el artículo 65 TCE establecía que las medidas para obtener la cooperación judicial en materia civil se debían adoptar mediante el procedimiento legislativo ordinario de acuerdo con el cual aquellas medidas podían ser adoptadas por mayoría⁶³. Ello supuso abandonar la regla de la unanimidad que hubiera dificultado la adopción

al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de julio de 2012, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 401-410. También J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 200-203. Igualmente, N. CHIKOC BARREDA, «Reflexiones sobre los regímenes particulares en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento Europeo 650/2012 de 4 de julio», CDT, vol. 6, núm. 1, pp. 121-146. En el marco del Derecho francés, véase E. Fongaro, *op. cit.*, pp. 527-528.

62. Véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público», en particular pp. 3-9, consultado en <https://www.academia.edu>, con especial atención a los problemas que pueden surgir en normas que se encuentran en la pluralidad legislativa española.

63. Aunque finalmente el Reglamento sucesorio tuvo como fundamento jurídico el art. 81 TFUE, cuando se iniciaron los trabajos para su adopción el TFUE no estaba todavía

de avances significativos en materia de Derecho internacional privado europeo siempre que algún Estado miembro optara por bloquear iniciativas legislativas, sea por convicción o por conveniencia, como moneda de cambio. No obstante, la unanimidad se mantuvo como filtro para aquellas medidas adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que hicieran referencia al Derecho de familia. El carácter particularmente sensible de esta materia en la que había importantes divergencias aconsejó establecer un procedimiento que obligara a generar consenso, de lo contrario no cabría adoptar legislación europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, salvo que se adoptaran por la vía de la cooperación reforzada como se demostró con el Reglamento 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

En esta tesitura una de las cuestiones que se debatió era si el futuro Reglamento sucesorio caía o no dentro de una noción amplia de Derecho de familia⁶⁴, dados los vínculos presentes en cuestiones sucesorias que encontraban sus raíces en el Derecho de familia⁶⁵, o quizá mejor en la concepción de familia y de la preservación de la paz social. Obviamente, se estaba pensando en el sistema legitimario que precisamente se erige en límite al poder de disposición del disponente. En efecto, la existencia de un sistema de legítimas se debe a concepciones derivadas de la posición del individuo en la sociedad y de la relación que el mismo tiene para con la familia. Las profundas diferencias existentes en el seno de la CE determinaron que el Reino Unido abogara, en un argumento no exento de oportunismo⁶⁶, por situar esta materia dentro de la noción «Derecho de

vigente. Por otra parte, la distinción efectuada en relación al Derecho de familia continúa manteniéndose.

64. Como apunta J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «Desarrollo del espacio europeo de justicia: hacia el nuevo D. I. privado de sucesiones en la U.E.», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2008, 2009, pp. 337-364, p. 342, la noción «Derecho de familia» no queda concretada.
65. La división entre las instituciones integradas en el Derecho patrimonial, el Derecho de obligaciones o en los derechos reales frente al Derecho de familia y sucesiones, «áreas consideradas sensibles y especialmente vinculadas a la tradición y a la cultura legal de cada sociedad y de cada ordenamiento», era fruto de una frontera que era preciso delimitar, véase J.J. ÁLVAREZ RUBIO, «El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia», *REEL*, 15, 2008, p. 21.
66. Véase el informe elaborado a tal efecto en la House of Lords European Union Committee, 10th Report of Session 2004-5, párrafos 60-63. Como ponía de relieve J. HARRIS, «The proposed EU regulation on succession and wills: prospects and challenges», *Tru. L.I.*, 2008, pp. 186-187 bajo este argumento jurídico se escondía también una estrategia en canalizar la aprobación del futuro Reglamento mediante un procedimiento regido por la regla de la unanimidad porque ello suponía

familia» prevista en el art. 67 TCE. No obstante, la Comisión consciente de los problemas que ello podía representar desde el primer momento la situó fuera del Derecho de familia⁶⁷. Finalmente, el Reglamento se adoptó siguiendo el procedimiento ordinario sin que la regla de la unanimidad fuera exigible. En otras palabras, los Estados miembros renunciaron a mantener una posición esencialista y abrieron la puerta a abordar la materia sucesoria con un perfil patrimonial, sin perjuicio de que se fuera consciente de las implicaciones sociales (y familiares) del Derecho de sucesiones⁶⁸.

18. Todo ello sitúa al Reglamento sucesorio en un contexto liberal en el que las exigencias imperativas derivadas del Derecho material quedan mitigadas. No obstante, este carácter abierto y dinámico al que aludíamos pone en alza mecanismos de protección como el fraude de ley. Existe pues una tensión entre la finalidad, contexto, estructura y factura del Reglamento sucesorio, y los principios y disposiciones imperativas que provienen del Derecho material. En este sentido, puede observarse cómo la preocupación por las cuotas legitimarias adquiere un papel más relevante en la versión definitiva del Reglamento si lo comparamos con el que tenía originariamente en la Propuesta⁶⁹.

4. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN PROPICIAR EL FRAUDE DE LEY EN EL REGLAMENTO SUCESORIO

19. La combinación de distintas circunstancias podría comportar que el Reglamento sucesorio propiciara la creación de un ambiente favorable

umentar su poder de influencia. El propio autor dejaba entrever sus dudas respecto a la posibilidad de que prosperara esta perspectiva. Sobre la posición británica, véase J. HARRIS, «Understanding the English Response to the Europeanisation of Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 347-361.

67. Véase M. T. BENEDITO CAÑIZARES, «Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas», *Rev. Crit. Der. Inm.*, nº 750, pp. 2017-2089, aludiendo a ello en pp. 2020-2021.

68. Véase B. BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio iuris*», *op. cit.*, pp. 136-154, pese al título del artículo, planteando reflexiones también en el ámbito sucesorio.

69. Véase la Recomendación 8 del Parlamento Europeo en la que considera que el acto legislativo que se adopte deberá «evitar que la facultad de elección de la ley aplicable dé lugar a una violación de los principios fundamentales de asignación de la legítima a los parientes más cercanos determinados por la ley aplicable a la sucesión a título objetivo» (P6_TA0496), véase también S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDIPr*, 2011, 11, pp. 369-406.

al fraude de ley si no se tomaran medidas para evitar que ello se produzca. Entre estas medidas está obviamente la excepción de fraude de ley, pero también la adopción de una nueva perspectiva sobre la cuestión. Se trataría de partir de una filosofía que partiera del carácter unificado de la norma de conflicto, con las consecuencias que de ello se derivan⁷⁰. Sin embargo, debe admitirse que la cuestión se vislumbra difícil de resolver con claridad. Sin ir más lejos, de manera sintomática el Reglamento sucesorio es el único Reglamento europeo que se refiere al fraude de ley, aunque —y eso también es importante subrayarlo— no como prescripción normativa. Procede entonces examinar con algo más de detalle estas circunstancias.

4.1. DIVERGENCIAS MATERIALES EN RELACIÓN AL SISTEMA LEGITIMARIO

20. Hay que tener en cuenta que si bien es cierto que el fraude de ley se puede dar en cualquier ámbito material, es más cierto aún que en determinados ámbitos materiales esta posibilidad se ve de alguna manera acentuada. Así sucede en una materia como el Derecho de sucesiones. La disparidad en materia de sucesiones se observa en distintos ámbitos —considerados con carácter imperativo para determinados ordenamientos mientras que para otros son de carácter dispositivo— como la admisibilidad o no de los pactos sucesorios, la validez y extensión de las sustituciones fideicomisarias o la existencia y alcance de las reservas viduales o troncales (aunque algunas de estas disposiciones caerían bajo el ámbito del art. 30 del Reglamento sucesorio), pero el fraude de ley se produce esencialmente como consecuencia de las sustanciales diferencias existentes en Derecho comparado en relación al sistema legitimario⁷¹ o, lo que es lo mismo, sobre la libertad de disposición. Las restricciones se establecen mediante normas simplemente imperativas cuyo contenido varía sensiblemente de ordenamiento a ordenamiento. No se trata ya tan solo de la existencia o no de un sistema legitimario, cuanto de su cuota —pudiendo ser fijas o variables, largas o cortas—, de su naturaleza —legítima *pars reservata* o

70. La cuestión se va a ir desarrollando a lo largo del presente trabajo.

71. J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 300, destaca acertadamente que la opción de derecho va más allá del sistema legitimario y considera también la oportunidad que brinda la *professio iuris* para elegir una ley que se adapte mejor a la voluntad del disponente respecto de otros ámbitos imperativos como son la prohibición de los pactos sucesorios o cuestiones relativas a las sustituciones fideicomisarias o las reservas. No obstante, cuando, como aquí, se hace referencia al fraude de ley, estas mismas normas imperativas pasan a un segundo plano puesto que lo que se quiere defraudar es el sistema legitimario contenido en la ley que correspondería aplicar.

legítima *portio debita*—, de su valor —legítima *pars valoris*, legítima *pars valoris bonorum* o legítima *pars bonorum*, esencialmente—, de su carácter imperativo —legítima material o legítima formal—, de su distribución —legítima individual o legítima colectiva—.

La búsqueda de un mayor poder de disposición puede ser producto de un fraude de ley cuando se obtiene mediante una manipulación de la norma de conflicto⁷². Se deja apuntada aquí simplemente que esta búsqueda es *simplemente susceptible* de ser tratada como un fraude de ley, siempre y cuando concurren las condiciones para que la excepción del fraude de ley sea de aplicación.

No se trata de efectuar aquí un análisis de Derecho comparado para detallar las diferencias entre distintos Derechos sucesorios⁷³. No hay que olvidar que el Reglamento sucesorio se aplica *erga omnes* sin estar sujeto a condición de reciprocidad. Tal como expresa el art. 20 la ley designada por el Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro. No cabe pues un examen comparado de la cuestión. Sería una labor interminable. Sin embargo, puede resultar interesante establecer de manera general qué Derechos sucesorios pueden resultar atractivos para aquellos disponentes que buscan ampliar el margen de su libertad de disposición. Es precisamente esta amplia, o incluso total, libertad de disposición la que puede provocar un interés en que estos ordenamientos sean aplicados a la sucesión de un disponente que quiere poder gozar de una amplia o total libertad de testar, sin perjuicio de que se provea una protección, usualmente de carácter alimenticio, a las personas que dependían del causante.

72. J. HARRIS ya lo advertía, véase su comentario en febrero de 2008 en <http://conflictoflaws.net/2008/guest-editorial-harris-on-reflections-on-the-proposed-eu-regulation-on-succession-and-wills/>, apuntando que la *professio iuris* podía fomentar una elección de la ley inglesa con el propósito de evitar que fueran aplicadas las políticas legislativas y las normas protectoras de la «home law», poniendo precisamente como ejemplo de norma eludida, el sistema legitimario.

73. Puede consultarse A. VAQUER ALOY, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, 3/2007; F. BOULANGER, *Droit international des successions: nouvelles approches et comparatives jurisprudentielles*, Paris: Economica, 2004; VVAA, K.G. C. Reid, M. J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN (ed.), *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*, Edinburgh: Edinburgh University Press, cop., 2007; para un estudio comparado sobre la libertad de testar en diferentes países europeos véase VVAA, M. ANDERSON; E. ARROYO I AMAYUELAS (eds.), *The Law of Succession. Testamentary Freedom. European Perspectives*, op. cit. Véase asimismo el análisis comparado efectuado por M. A. BARRÍA PAREDES, *Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión*, pp. 12-18, consultado en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/2910/620054.pdf?sequence=1>.

En este sentido, cabe citar a los países del entorno anglosajón, en particular en Australia, en Canadá, en Estados Unidos, en Nueva Zelanda, en el Reino Unido, en realidad Inglaterra y Gales, por una parte, e Irlanda del Norte, por otra. Igualmente en Israel⁷⁴ o en los países cuyo ordenamiento es plurilegislativo con base personal y aplican la ley hebraica, como en Marruecos⁷⁵. No obstante, la libertad de testar puede encontrarse también en países latinoamericanos de Derecho civil de Norteamérica y Centroamérica, como Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua o Panamá. Cabe citar también Rusia, cuya legítima es esencialmente alimenticia, pero hay que advertir que el sistema no es tan liberal como parece⁷⁶.

No obstante, pueden tener también cierto interés y atractivo la mayor parte de Derechos sucesorios españoles⁷⁷. Algunos porque ofrecen una libertad total de testar, como en el Fuero de Ayala⁷⁸ o en Navarra⁷⁹. Otros porque, sin prever una total libertad de disposición, restringen considerablemente la cuota legitimaria o contemplan una elección entre los descendientes en relación a la legítima. Así, en Cataluña, donde además el cónyuge no es legitimario y hay un régimen de separación de bienes⁸⁰, Galicia, pero el cónyuge es legitimario⁸¹, o Islas Baleares, pero el cónyuge es legitimario (en Mallorca y Menorca, no en Ibiza y Formentera)⁸². En otros Derechos sucesorios españoles la legítima es colectiva, como en el Derecho foral civil de Aragón, pero el cónyuge viudo tiene el derecho

74. P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 324, hace referencia a ello.

75. Véase la sentencias AP de Madrid de 27 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP M 15392/2013), y la nota de J. M. FONTANELLAS, *REDI*, 2014, 2, pp. 280-285 y del TS, sala primera, de 23 de junio de 2015 (ROJ: STS 3200/2015).

76. Como ha puesto de relieve M. PÉREZ SIMEÓN, «La legítima en el Código civil ruso. Un análisis histórico y comparado» (agradezco la gentileza del autor por poder acceder a su trabajo antes de su publicación).

77. Véase VVAA, T. F. TORRES GARCÍA (coord.) *Tratado de legítimas*, Barcelona: Atelier, 2012.

78. Art. 89 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

79. Ley 267 CDCFN.

80. Corresponde a los hijos y descendientes 1/4, art. 451-3 y 451-5 CCCat.

81. Corresponde a los hijos y descendientes 1/4, art. 243 LDCG, y al cónyuge viudo el usufructo vitalicio de 1/4 parte del haber hereditario, art. 253 LDCG.

82. Corresponde a los hijos o descendientes directos 1/3 del haber hereditario si son 4 o menos hijos (si son más de 4 les corresponde la mitad), art. 42 CDCIB; al cónyuge viudo le corresponde el usufructo de la mitad del haber hereditario, art. 45 CDCIB. En Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no es legitimario, al no ser mencionado por el art. 79 CDCIB.

expectante de viudedad⁸³, o en el Derecho el Derecho foral civil del País Vasco⁸⁴, pudiendo distribuirse la legítima libremente a favor de cualquiera de los descendientes directos, lo que puede constituir también un polo de atracción.

4.2. UNIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

21. No obstante, no todo se reduce a una cuestión sustantiva. El fraude de ley en Derecho internacional privado surge por la manipulación de una norma de conflicto de manera que obviamente hay que tener presente también esta circunstancia. En este sentido, debe advertirse primero que la posibilidad de realizar un fraude de ley acecha respecto de cualquier norma de conflicto, tanto si está contenida en un instrumento europeo, como convencional o estatal. No obstante, cabe observar que tratándose de un instrumento europeo el peligro es mayor. En efecto, en el Reglamento sucesorio confluye el hecho de que estamos ante una norma de conflicto unificada en un espacio judicial unitario en el que se unifican también las normas de competencia judicial internacional, pero, y este es un dato fundamental, se mantiene la diversidad material. La manipulación sobre los puntos de conexión aparece como una operación más sencilla puesto que basta con actuar torticeramente sobre una sola norma de conflicto, a lo que hay que añadir que es una norma de conflicto compartida por jurisdicciones que pertenecen a un espacio judicial común cuya competencia judicial se atribuye también de forma uniforme.

22. Una norma de conflicto unificada puede exacerbar las diferencias contenidas en los ordenamientos de los Estados miembros y fomentar su competencia. Esto es particularmente cierto en materia sucesoria. Se ha puesto ya de manifiesto que las divergencias legislativas en esta materia

83. Corresponde a los hijos y descendientes, que son los únicos legitimarios, la mitad del caudal que puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo, art. 486 CDFA.

84. Corresponde a los hijos y descendientes 1/3 del caudal hereditario, pudiendo elegir el causante a uno o a varios y apartar a los demás, arts. 48 y 49 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. El cónyuge viudo, en concurrencia con hijos y descendientes directos, tiene derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, art. 52 LDCPV.

son particularmente acusadas⁸⁵. Una norma de conflicto unificada polariza la disparidad normativa puesto que su aplicación será unitaria en distintas jurisdicciones de modo que, en el espacio territorial en que aquella norma de conflicto está vigente, no hay posibilidad de que la ley designada para regir la sucesión sea otra distinta a la prevista por la norma de conflicto unificada. Naturalmente esta situación se afianza con mayor fuerza si resulta que además se parte de unas reglas de atribución de competencia judicial unificadas.

En un supuesto en el que no se ha producido una unificación conflictual, una sucesión transfronteriza supone que la misma presenta contactos con distintas jurisdicciones, cada cual con sus propias reglas de atribución de competencia y sus propias normas de conflicto. Una planificación anticipada puede tomar en consideración esta diversidad y disponer del patrimonio en atención a la competencia de las autoridades de cada uno de los países con los que la sucesión presenta un vínculo y a la ley que va a aplicar cada una de estas autoridades. En última instancia se organiza la sucesión de tal modo que ésta se abre en cada uno los países en los que había bienes de la herencia. Puede haber fraude de ley ciertamente, pero la territorialización en sí misma ya no lo hace necesario en la mayor parte de supuestos. Por otra parte, si se quiere efectuar una manipulación sobre las normas de conflicto implicadas no cabe duda de que la operación es mucho más costosa porque probablemente debe efectuarse sobre distintas normas de conflicto. Una hipótesis permitirá comprobarlo.

Hipótesis (con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sucesorio⁸⁶): la sucesión de un holandés —viudo y con tres hijos— con bienes inmuebles en Holanda, Bélgica y Navarra (España) cuya última residencia habitual estaba en Cataluña, donde poseía además bienes muebles, igual que en Holanda, exigía operar a varias bandas para intentar conseguir que la sucesión quedara regida por la ley navarra que contempla una legítima meramente formal. En realidad, en este supuesto sería prácticamente imposible. La norma de conflicto holandesa hubiera determinado la aplicación de la ley catalana, en calidad de ley de la residencia habitual, para regir la totalidad de la sucesión, a falta de elección de ley; la norma de conflicto belga

85. En estos Cursos de Derecho internacional ya se puso de relieve, véase J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «Desarrollo del espacio europeo de justicia: hacia el nuevo D. I. privado de sucesiones en la U.E.», *op. cit.*, pp. 342-347, especificando las divergencias tanto a nivel material como en el ámbito del Derecho internacional privado.

86. El Reglamento sucesorio se aplica a las sucesiones abiertas respecto a personas fallecidas el 17 de agosto de 2015 o después de esta fecha, conforme al art. 83.1.

hubiera designado la ley catalana para regir la sucesión de los bienes muebles, mientras que la ley holandesa, la belga y la navarra se aplicaría para regir la sucesión de los bienes inmuebles situados en cada uno de estos territorios y, por último, la norma de conflicto española hubiera llevado a la aplicación de la ley holandesa para la totalidad de la sucesión.

En otras palabras, si los tres hijos, legitimarios de conformidad con todas las leyes presentes en el caso, reclamasen la legítima, el resultado que tendríamos sería el siguiente:

- La autoridad holandesa aplicaría⁸⁷ a la totalidad de la sucesión la legítima prevista en la ley catalana en la que ésta se configura como un derecho de crédito y cuya cuantía es de $1/4$ ⁸⁸.
- La autoridad belga aplicaría⁸⁹ la legítima prevista en la ley catalana en la que ésta se configura como un derecho de crédito y cuya cuantía es de $1/4$, respecto de los bienes muebles, mientras que respecto del bien inmueble situado en Holanda aplicaría la legítima prevista en la ley holandesa en la que ésta se configura como un derecho de crédito y cuya cuantía es de $1/2$ ⁹⁰, respecto del bien inmueble situado en Bélgica aplicaría la legítima prevista en la ley belga en la que ésta se configura como un derecho en bienes de la herencia y cuya cuantía es de $3/4$ ⁹¹ y respecto del bien inmueble situado en Navarra aplicaría la legítima prevista en la ley navarra que permite una atribución formal de la legítima y cuya cuantía es inexistente⁹².
- La autoridad española aplicaría⁹³ a la totalidad de la sucesión la legítima prevista en la ley holandesa en la que ésta se configura como un derecho de crédito y cuya cuantía es de $1/2$.

Planificar la sucesión en este escenario será particularmente difícil si lo que se quiere es instituir heredera a una persona que no es legitimaria y no dejar nada a los hijos. La aplicación de la ley navarra resulta imposible porque las normas de conflicto que aplicarían las distintas autoridades eventualmente competentes serían distintas, al pivotar sobre puntos de

87. De acuerdo con la designación efectuada por el art. 10: 145 del Código civil holandés.

88. Art. 451-5 CCCat.

89. De acuerdo con la designación efectuada por el art. 78 del Code de Droit international privé.

90. Art. 4:64 del Código civil holandés, estableciendo que la legítima para los hijos es la mitad de la cuota hereditaria intestada.

91. Art. 913 y ss CC belga.

92. Ley 267 CDCFN.

93. De acuerdo con la designación efectuada por el art. 9.8 CC.

conexión de naturaleza divergente (residencia habitual, domicilio, nacionalidad o lugar de situación de los bienes inmuebles). Al mismo tiempo se constata que, si lo que se quiere es dejar algo a los hijos, sin que sea mucho, no hace falta que se lleve a cabo un fraude de ley por efecto de una manipulación de los puntos de conexión de las distintas normas de conflicto.

Idéntica hipótesis (pero con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sucesorio): Si tomamos, por el contrario, el mismo caso a fecha de hoy, bastará con que el disponente pase a residir de forma habitual en Navarra para conseguir que la totalidad de la sucesión quede regida por el Derecho sucesorio navarro. Esta residencia habitual puede ser consecuencia de un ánimo deliberado de manipular el punto de conexión «residencia habitual» que designará la ley rectora de la sucesión transfronteriza. Además, y esto también es relevante, la única autoridad competente será la española por efecto del art. 4 del Reglamento sucesorio al tener la residencia habitual en el momento de fallecer en Navarra. Será esta una autoridad respetada por el resto de autoridades de los Estados miembros sujetos al Reglamento.

No cabe duda de que la unificación de los criterios de atribución de competencia y de la norma que va a designar la ley aplicable simplifica y proporciona seguridad, pero puede constatarse también que puede facilitar las operaciones fraudulentas dado que con una sola manipulación puede lograrse el efecto deseado en un vasto territorio caracterizado por la disparidad material. Habrá que ver, sin embargo, si realmente en este tipo de situaciones regidas por el Reglamento sucesorio cabe invocar la excepción del fraude de ley.

23. Hay que tener en cuenta además que la unificación prevista en el Reglamento sucesorio es universal a todos los efectos, esto es tanto en el ámbito de las reglas de atribución de competencia judicial internacional como en el de la determinación de la ley aplicable. Así es, las reglas de competencia contenidas en el Reglamento sucesorio son exhaustivas y desplazan las reglas internas de competencia judicial internacional de manera que los criterios previstos en el instrumento europeo son de aplicación directa, agotan el volumen de atribución de competencia y no contemplan, en consecuencia, una remisión a las normas internas de competencia judicial internacional. Basta con que los criterios de atribución se cumplan como para que las autoridades de cualquiera de los Estados sujetos al Reglamento sean competentes, tanto si se trata de una sucesión intracomunitaria como si no. Por otra parte, si no se atribuye competencia conforme a las normas del Reglamento —incluyendo

el foro de necesidad previsto en el art. 11— ninguna autoridad podrá conocer en virtud de las reglas internas de competencia judicial internacional. Igualmente, el Reglamento sucesorio se aplica a cualquier sucesión trasfronteriza, con independencia de que se trate de una sucesión intracomunitaria o extracomunitaria⁹⁴. Obviamente, este alcance universal únicamente vinculará a las autoridades pertenecientes a Estados miembros vinculados por el Reglamento sucesorio.

Este factor puede constituir también un aliciente para que se lleven a cabo maniobras fraudulentas con el propósito de forzar que en 25 Estados miembros se regule una sucesión conforme a una sola ley, aquella cuya aplicación ha sido deliberadamente buscada por medio de una manipulación defraudatoria.

4.3. EL PRINCIPIO DE UNIDAD COMO VECTOR DE LA LEY QUE REGULA LA SUCESIÓN

24. A todo ello hay que añadir que el Reglamento sucesorio ha apostado claramente por el principio de unidad. La sucesión transfronteriza queda regida por una sola ley, cuyo alcance regulatorio es muy amplio. En lugar, de optar por la regla escisionista, que determina la ley aplicable distinguiendo en función de la naturaleza de los bienes y del lugar de su situación cuando son inmuebles, el legislador europeo decidió establecer un criterio conforme al cual la ley designada rige la totalidad de la sucesión. Por otra parte, este criterio encuentra su paralelismo en la atribución de competencia. El principio de unidad supone que toda la masa hereditaria estará sujeta a una sola ley y, por lo tanto, sometida a un solo sistema legitimario, de tal suerte que la restricción de la libertad de disposición prevista en una ley no se puede ver compensada por la aplicación de otra ley, como puede suceder en un sistema escisionista.

25. Las consecuencias la disparidad existente en materia sucesoria, y muy en particular en relación al sistema legitimario, se ven potenciadas en el Reglamento sucesorio si tenemos presente que la ley designada rige la totalidad de la sucesión, tal como se establece en los artículos 21 y 22. El alcance de la ley designada es muy amplio, sometiendo a una sola ley todos los asuntos que surgen en la liquidación de una sucesión, desde su apertura a la partición

94. Así es, de conformidad con el art. 20 el Reglamento sucesorio tiene eficacia universal en el sentido de que las autoridades vinculadas por el mismo aplicarán este instrumento sin perjuicio de que la ley designada por el mismo sea la ley de un Estado no miembro o no vinculado por el Reglamento sucesorio.

y la transmisión de los bienes a los herederos. El art. 23.1 así lo dispone y, en particular todas las materias enunciadas en el art. 23.2, de entre las cuales se encuentran las legítimas, conforme al art. 23.2.h. El complemento natural a esta unidad de la ley aplicable es lógicamente que la autoridad competente lo va a ser respecto de la totalidad de la sucesión, salvo el supuesto previsto en el art. 10.2 en el que el causante no tenía su residencia habitual en un Estado miembro sujeto al Reglamento sucesorio y no mantenía vínculos cualificados con ese Estado⁹⁵, dado que en este caso la autoridad no podrá pronunciarse sobre el conjunto de los bienes de la herencia, sino solamente sobre los que se encuentran en el territorio de su jurisdicción. Por otra parte, siguiendo con las reglas de competencia internacional, hay que tener presente que este principio de unidad puede resquebrajarse porque el art. 12 prevé que las autoridades competentes conforme al Reglamento, aunque tengan atribuida una competencia para pronunciarse sobre la totalidad de los bienes, podrán, de forma discrecional y a instancia de parte, optar por no pronunciarse respecto a los bienes de la herencia situados en un tercer Estado, cuando quepa esperar que su resolución respecto de los mismos no va a ser reconocida en el Estado donde dichos bienes estén situados. Ello significa que en estos casos la sucesión de los bienes situados en un tercer Estado se regirán por una ley que no coincidirá necesariamente con la ley designada por el Reglamento sucesorio.

En realidad, desde la perspectiva del art. 9.8 CC⁹⁶, ello no comporta una auténtica novedad. La ley designada por la norma de conflicto en materia de sucesiones establece, tanto en el art. 9.8 CC como en el Reglamento sucesorio, que una sola ley va a ser aplicada a la sucesión (aunque esta ley va a ser designada en uno y otro texto normativo con un punto de conexión distinto). No obstante, desde la perspectiva de aquellos ordenamientos que para determinar la ley aplicable distinguían en función de la naturaleza y lugar de situación de los bienes de la herencia, como por

95. En cuyo caso, y tratándose de los vínculos previstos en el art. 10.1, esto es la nacionalidad en el momento del fallecimiento o una residencia habitual anterior en dicho Estado en los cinco años anteriores al requerimiento al tribunal, la autoridad sí podría pronunciarse sobre el conjunto de bienes de la herencia.

96. Esta disposición queda desplazada para regular las sucesiones transfronterizas y su aplicación se reserva únicamente para determinar qué ley española debe ser aplicada en los conflictos internos de leyes. En consecuencia, se aplica a las sucesiones interregionales en las que no se presenta ningún elemento de extranjería (aplicación directa del art. 9.8 CC) y en las sucesiones internacionales en las que se haya designado como aplicable el ordenamiento español, cuyo carácter plurilegislativo en materia sucesoria obliga a establecer cuál de las leyes españolas es la aplicable (aplicación indirecta del art. 9.8 CC, por remisión del art. 36 del Reglamento sucesorio).

ejemplo Bélgica, Bulgaria o Francia, ello puede constituir una verdadera diferencia. Por otra parte, ello debe conjugarse con la perspectiva del disponente que, en el momento de la planificación sucesoria, va a tener que considerar que, en principio, una sola ley va a ser aplicada en todos los Estados miembros vinculados por el Reglamento sucesorio en la medida en que la sucesión presente un vínculo con estos Estados. El hecho de que el principio de unidad suponga que la totalidad de la masa hereditaria estará sometida a un único sistema legitimario —o a un Derecho que lo desconozca como tal— constituye un acicate para ampliar el margen de disposición del futuro causante y, por consiguiente, para que se produzca una eventual manipulación sobre el punto de conexión que comporte un fraude de ley⁹⁷.

La situación anterior al Reglamento sucesorio, en la que cada uno de los Estados miembros sujetos al Reglamento sucesorio tenía su propia competencia y cuya ley aplicable no siempre tenía el mismo alcance, suponía que se sometiera *de facto* a la masa hereditaria a distintos sistemas legitimarios y ello permitía que el disponente pudiera, en general, ver satisfechas sus ansias por ver ampliada su libertad de disposición. La compartimentación territorial en Estados soberanos cada cual con su propia organización jurisdiccional y sus propios mecanismos de protección registral, no facilitaba que realmente se aplicara una sola ley a toda la masa hereditaria y, de algún modo, la planificación sucesoria tenía en cuenta esta situación y compensaba lo que en una jurisdicción se «daba» con lo que en otra se «quitaba», hablando en términos de margen para ejercer la libertad de disposición.

5. LA PREVISIÓN DEL FRAUDE DE LEY EN EL REGLAMENTO SUCESORIO

5.1. LAS ALUSIONES AL FRAUDE DE LEY EN EL REGLAMENTO SUCESORIO

26. El Reglamento sucesorio, del mismo modo que cualquier otro instrumento de Derecho internacional privado de la UE, no prevé norma al-

97. Aunque naturalmente ello depende de cada caso, tal como observa E. FONGARO, *JDI*, 2014, 2, «L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions», p. 507, poniendo el caso Caron, como ejemplo, sentencia de la Cour de Cassation, 1ère civ., de 20 de marzo de 1985, en el que hay una conversión mobiliaria de un inmueble situado en la Costa Azul francesa con el fin de poder aplicar la ley del domicilio (véase nota de Y. LEQUETTE, *Rev Crit DIP*, 1986, p. 66).

guna en relación al fraude de ley. No obstante, y a diferencia de cualquier otro instrumento de Derecho internacional privado de la UE, el Reglamento sucesorio contiene un enigmático considerando cuya interpretación y valor normativo resulta difícil de establecer. En efecto, el considerando 26 del Reglamento sucesorio dispone:

«Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado».

La Propuesta de Reglamento no contenía referencia alguna al fraude de ley⁹⁸ y cabe señalar que, con anterioridad a la elaboración de la propuesta, una de las respuestas que indicaba la operatividad del fraude de ley en las sucesiones transfronterizas fue la del Gobierno español, lo que quizás no debería sorprender si tenemos presente la experiencia jurisprudencial en esta cuestión en los supuestos de Derecho interregional⁹⁹.

La referencia no es aislada. En el considerando 38 se ilustra perfectamente el temor a conceder una libertad de elección de ley demasiado amplia. Así, vemos cómo se expone sin pudor cuál fue el motivo que llevó a restringir la *professio iuris*:

«El presente Reglamento debe capacitar a los ciudadanos para organizar su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a esta. Dicha elección debe limitarse a la ley de un Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos».

Por otra parte, en el considerando 52 se alude también a la posibilidad de provocar una internacionalización fraudulenta del supuesto con el propósito de evitar la aplicación de las normas relativas a la validez formal. El considerando reza:

«El presente Reglamento ha de regular la validez formal de todas las disposiciones mortis causa consignadas por escrito a tenor de normas conformes a las

98. Alertando sobre esta carencia, véase Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 2010, p. 112.

99. Véase http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_spain_es.pdf, las referencias al fraude están presentes en las pp. 13, 15, 16, 22 y 26, aunque subrayando su aplicación restrictiva. Para la jurisprudencia española en la materia en supuestos interregionales, véase la nota 109.

disposiciones del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Al determinar si una disposición mortis causa concreta es formalmente válida en virtud del presente Reglamento, la autoridad competente no debe tomar en consideración la creación fraudulenta de un elemento internacional con miras a eludir las normas sobre validez formal».

27. La falta de previsión normativa no impide pues la aplicación de figuras, como el fraude de ley, para evitar que se sustraiga a la aplicación de las normas imperativas previstas en la ley que correspondería aplicar de conformidad con el Reglamento sucesorio¹⁰⁰. Los considerandos reproducidos son más bien advertencias puramente narrativas, ya sabidas y que deben tomarse como avisos de carácter preventivo. Es evidente que el fraude de ley o el abuso de derecho, por citar otro mecanismo a tener en cuenta, pueden ser invocados por las autoridades en aplicación de este y de cualquier otro instrumento de la UE. No obstante, no puede ignorarse que su inclusión constituye el síntoma de una preocupación latente por evitar que el Reglamento pueda ser un instrumento para evadir la aplicación de las disposiciones *cogentes* existentes en materia de sucesiones, singularmente en materia de legítimas.

28. La cuestión estriba en determinar cuándo y cómo se produce una desnaturalización de la norma de conflicto. La advertencia narrativa contenida en el Reglamento sucesorio expresa una inquietud, pero no es lo suficientemente precisa como para establecer los criterios en virtud de los cuales se puede activar la excepción del fraude de ley. La excepción del fraude de ley no está regulada en el Reglamento sucesorio. Si se permite el juego de palabras, se alude pero se elude. En efecto, se alude al fraude de ley para que no sea eludida la aplicación de la excepción de fraude de ley. El legislador europeo se inhibe y no aporta una regla al respecto. Por consiguiente, si no hay una norma relativa al fraude de ley en el Reglamento sucesorio, ello supone una remisión a los ordenamientos nacionales¹⁰¹ con

100. Así lo interpreta A. BONOMI, «Artículo 21», *op. cit.*, p. 248, «En principio, el fraude de ley puede ser tenido en cuenta en la aplicación del Reglamento». Igualmente, *ibidem* p. 373, en relación al considerando 52.

101. Véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 272-273; P. WAUTELET, *op. cit.*, 285-333, en particular 319 y ss. Este autor, p. 325, considera que la remisión es muestra de que los Estados miembros sujetos al Reglamento sucesorio han querido reservarse el derecho de sancionar ciertos comportamientos que juzgan inadmisibles. Sin embargo, a mi juicio, esta reserva no está exenta de los límites que derivan del Derecho de la UE y del propio Reglamento sucesorio, como indica el propio autor. De modo que, invirtiendo y desde luego forzando el razonamiento, puede apuntarse que quizá no se quiso

todos los inconvenientes que de ello se derivan respecto a garantizar una aplicación uniforme del instrumento europeo.

Podría haberse llevado a cabo un examen en profundidad del significado del fraude de ley en el Reglamento sucesorio, 1) estableciendo cuáles eran las normas imperativas que, sin ser internacionalmente imperativas, podían estar comprometidas; 2) planteando las situaciones típicas que en materia sucesoria son susceptibles de provocar un fraude inadmisibles; 3) adoptando así una norma especial sobre el fraude de ley para subrayar su carácter excepcional y limitar su aplicación a casos típicos o prohibiéndola en otros, como en el ejercicio de la *professio iuris*, estableciendo excepciones a tal efecto si se consideraba conveniente; 4) fijando los resortes para una aplicación sometida a la naturaleza e importancia de la ley eludida, a los efectos potenciales sobre legítimos intereses de terceros, al tiempo transcurrido desde que se efectuó la manipulación y a la implicación que pudiera tener en la manipulación la parte que invoca la aplicación de la norma eludida¹⁰².

29. A falta de tal norma, ello significa que cada jurisdicción va a considerar su propia concepción del fraude de ley, que puede ser más o menos liberal, más o menos restrictiva¹⁰³. Además una vez se considere la aplicación de la excepción del fraude de ley, ésta va a estar condicionada por los elementos que la estructuran en cada jurisdicción, pudiendo ser subjetivista u objetivista. Por otra parte, cabe que en cada jurisdicción el alcance de la excepción del fraude de ley sea distinto por lo que se refiere a las normas que habrían sido eludidas. Así, puede que sea aplicable solo ante la elusión de normas simplemente imperativas del ordenamiento del foro, o bien también ante la elusión de normas simplemente imperativas

incluir porqué no se consideraba necesario en un contexto liberal. Lo propio hubiera sido incluirlo y ajustarlo a los objetivos, finalidades y necesidades del Reglamento sucesorio para evitar «desmanes» jurisprudenciales.

102. Estas últimas consideraciones contenidas en el punto 4 se han extraído de la exposición de M. BOGDAN, *op. cit.*, p. 209.

103. Véase A. DAVÍ, A. ZANOBETTI, «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea», *CDT*, 2013, vol. 5, 2, p. 37 que se refieren a la aplicación del fraude de ley «negli ordinamenti giuridici degli Stati membri che lo prevedono» (igualmente pp. 42-43), admitiendo implícitamente la diversidad existente entre los Estados sujetos al Reglamento sucesorio en relación al fraude de ley. En aquellos Estados que no posean una cláusula de fraude de ley los referidos autores parecen indicar que se tendrá por válido y asumible el comportamiento supuestamente fraudulento, salvo que sea contrario al orden público. En este sentido parece inclinarse A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Rec. des C.*, 2010, t. 350, p. 220. Claramente, sin embargo, «Artículo 21», *op. cit.*, pp. 248-249.

de un ordenamiento de un Estado miembro sujeto al Reglamento sucesorio, o bien también ante la elusión de normas simplemente imperativas de un ordenamiento de un Estado miembro —esté o no sujeto al Reglamento sucesorio—, o bien ante la elusión de normas simplemente imperativas, sea del ordenamiento del foro, de un ordenamiento de un Estado miembro —esté o no sujeto al Reglamento sucesorio— o de un ordenamiento de un Estado no miembro. Otro aspecto que puede generar divergencias es el alcance de la divergencia. Es decir, hasta qué punto la dimensión de la divergencia es lo suficientemente acusada como para determinar la aplicación de la excepción del fraude de ley. Si tenemos en la cabeza las diferencias en materia de legítimas, habrá que ver si eludir un Derecho sucesorio que prevea una legítima *pars bonorum* de 2/3 para aplicar un Derecho sucesorio que contemple una legítima *pars valoris* de 1/4, supone un fraude de ley. Por otra parte, no está de más señalar que la teoría del fraude de ley es propia de los países de Derecho civil y ajena a los países del *common law*, sin que ello signifique que no sean ajenos a la tensión existente entre las normas imperativas y la llamada «evasion of the law»¹⁰⁴. La llamada de atención no está vacía de contenido por el hecho de que ni el Reino Unido ni Irlanda estén sujetos al Reglamento sucesorio, puesto que no dejan de ser Estados miembros y nada impide que una revisión del Reglamento sucesorio permita su incorporación al mismo. En este sentido, el desarrollo de una teoría del fraude de ley con tintes expansivos, desde luego no facilitaría un eventual *opting in* por su parte. Todo ello va a ser sujeto de unos cuantos ejemplos para poner de relieve las dificultades que tal excepción puede suscitar¹⁰⁵.

Se puede aducir que la unificación de criterios de competencia no va a producir disparidad de criterios respecto a una misma sucesión, puesto que va a conocer una sola autoridad respecto a la totalidad de los bienes de la herencia. Pero, primero, ello no impide observar que la solución a un eventual fraude va a ser dispar en función de cuál sea la autoridad competente de forma tal que se va a comprometer la aplicación uniforme del Reglamento sucesorio. Ciertamente, puede alegarse que también sucede cuando se trata del orden público internacional, pero no hay que olvidar que en relación al fraude de ley no se trata de valores esenciales, fundamentales e irrenunciables, sino de normas *simplemente* imperativas. Y,

104. Véase J. J. FAWCETT, «Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law», *CLJ*, vol. 49, 1, pp. 44-62; asimismo W. Tetley, Q.C., «Evasion/Fraude à la loi and Avoidance of the Law», *McGill L. J.*, vol. 39, pp. 303-332.

105. Véase el epígrafe 7.2.

segundo, ya se ha visto que no siempre va a conocer una sola autoridad. En ocasiones, cuando el causante hubiese tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado no miembro pueden conocer distintas autoridades de conformidad con el art. 10.2. Ahora bien, pese a conocer distintas autoridades, en previsión de lo establecido en el Reglamento sucesorio —no se olvide—, la ley aplicable debería de ser la misma. Sin perjuicio de que puedan haber distintas concepciones sobre el lugar en el que tenía la residencia habitual el causante, una percepción distinta sobre el fraude de ley y sobre los resortes de su aplicación va a conllevar una aplicación dispar del Reglamento sucesorio.

En suma, la pregunta es si el juego de la excepción del fraude de ley estará sujeto a un prisma exclusivamente nacional, sin que ni quepa plantear una cuestión prejudicial al respecto al TJUE, o si se trata de una excepción que puede comprometer la correcta aplicación del Reglamento sucesorio, hasta el punto de que se impongan límites a la aplicación de la excepción del fraude de ley¹⁰⁶, por ejemplo por lo que se refiere a la aplicación de la excepción del fraude de ley frente a la elusión de normas imperativas extranjeras, o incluso si se considera necesaria una teoría del fraude de ley adaptada a las exigencias del espacio judicial europeo¹⁰⁷.

5.2. EL FRAUDE DE LEY EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

30. El espacio judicial europeo tiene una dinámica propia en la regulación del tráfico jurídico externo. En efecto, hay un ordenamiento que se impone al de los Estados miembros en virtud del principio de primacía, hay una Carta de los derechos fundamentales de la UE, hay una organización institucional que estructura el espacio europeo, hay unas libertades fundamentales, se establece una ciudadanía europea, en determinados materias hay una regulación unificada respecto de los distintos ámbitos del Derecho internacional privado. Todo ello crea un espacio intracomunitario diferenciado al espacio propiamente internacional. Por este motivo, cabe plantear si es adecuado proyectar *mutatis mutandi* las consideraciones que se han hecho acerca del fraude de ley en el tráfico jurídico interregional.

106. Como hizo el Tribunal de Luxemburgo respecto al correctivo del orden público, véase nota 57.

107. Así parecería indicarlo A. BONOMI, *op. cit.*, pp. 282-283, cuando vincula el fraude de ley —y el abuso de derecho— previsto en el considerando 26 a los principios generales del Derecho europeo.

31. Sobre la base de que la cuestión del fraude a la ley en el plano interregional está vinculada al alcance espacial de las normas de *ius cogens* en la interrelación de los Derechos civiles españoles y, correlativamente, al alcance de la autonomía de la voluntad en el sistema de Derecho interregional y al principio de competencia, al principio de unidad de jurisdicción y unidad del ordenamiento —mediante los principios y valores constitucionales como parámetro de validez e integración—, al principio de paridad de los Derechos civiles españoles, al principio de uniformidad del sistema interregional, al principio de la autonomía de la voluntad y al principio de identidad, se ha sostenido doctrinalmente¹⁰⁸ la inadecuación de la aplicación de la excepción del fraude de ley, convenientemente distinguida de la simulación. La búsqueda en la aplicación de otro Derecho civil español debería ser perfectamente legítima porque el resultado antijurídico debe ser considerado como tal por todos los Derechos civiles españoles —por el ordenamiento español, en consecuencia— y, si no es así, no hay fraude. En consecuencia, la igualdad entre los Derechos civiles españoles impide la invocación del fraude a la ley en supuestos interregionales, ya que el resultado obtenido no es antijurídico, al ser amparado por el ordenamiento jurídico en aplicación de un sistema de Derecho interregional unitario. Lo cierto es, sin embargo, que la jurisprudencia no ha rechazado la aplicación de la excepción del fraude de ley en el tráfico interregional y merece la pena destacar que la aplicación de tal expediente ha sido valorada —admitiendo o rechazando la existencia de fraude de ley— precisamente en supuestos litigiosos de carácter sucesorio¹⁰⁹. Puede

108. Por todos, J. M. FONTANELLAS, «De nuevo sobre el fraude de ley en Derecho interregional», *AEDIPr*, 2011, 11, p. 1220 y ss.

109. Véase sentencia de la AP de Teruel de 1 de julio de 2015 (ROJ: SAP TE 84/2015); sentencia de la AP de Logroño de 7 de abril de 2014 (ROJ: SAP LO 232/2014); sentencia de la AP de Madrid de 11 de junio de 2013 (ROJ: SAP M 11360/2013); sentencia de la AP de Navarra de 8 de abril de 2013 (ROJ: SAP NA 64/2013); sentencia de la AP de Donostia-San Sebastián de 26 de octubre de 2010 (ROJ: SAP SS 773/2012); sentencia de la AP de Madrid de 16 de diciembre de 2011 (ROJ: SAP M 18917/2011); sentencia de la AP de Navarra de 12 de mayo de 2011 (ROJ: SAP NA 248/2011); auto de la AP de Bizkaia de 1 de marzo de 2011 (ROJ: AAP BI 917/2011); sentencia de la AP de Lugo de 12 de noviembre de 2009 (ROJ: SAP LU 908/2009); sentencia del TS de 14 de septiembre de 2009 (ROJ: STS 5417/2009); sentencia de la AP de Madrid de 17 de marzo de 2008 (ROJ: SAP M 5662/2008); sentencia de la AP de Bizkaia de 1 de febrero de 2008 (ROJ: SAP BI 103/2008); sentencia de la AP de Bizkaia de 31 de mayo de 2007 (ROJ: SAP BI 1219/2007); sentencia de la AP de Barcelona de 4 de noviembre de 2003 (ROJ: SAP B 6137/2003); sentencia de la AP de Madrid de 29 de octubre de 2001 (ROJ: SAP M 15019/2001); sentencia de la AP de Bizkaia de 15 de junio de 2001 (ROJ: SAP BI 2713/2001); sentencia de la AP de Bizkaia de 19 de febrero de 2001 (ROJ: SAP BI

comprobarse pues que resulta particularmente difícil sustraerse a un principio general del Derecho como es el de la teoría del fraude de ley, incluso en un espacio con una cohesión jurídica culminada por una constitución como sucede en el ámbito del ordenamiento plurilegislativo español.

32. Si esto es así, qué puede decirse del espacio judicial europeo donde el principio de soberanía de los Estados, aunque debilitada, y los principios de competencia específica y de subsidiariedad, establecen un marco mucho más férreo. Por otra parte, no hay ni constitución propiamente dicha, ni unidad de jurisdicción, ni unidad de ordenamiento, ni sistema —en cuanto tal— de Derecho internacional privado. Es cierto que en materia sucesoria se ha adoptado un sistema que tiene una función supraordinamental —como en el ámbito interregional—, pero —a diferencia de lo que sucede en el ámbito interregional— regula conflictos de leyes con carácter universal, tanto sucesiones intracomunitarias como extracomunitarias.

33. Con todo, cabría plantearse una aplicación menos rigurosa de la excepción del fraude de ley en sucesiones intracomunitarias que en sucesiones extracomunitarias, básicamente por dos motivos.

La admisión de la autonomía conflictual debería, en principio, cerrar el paso a la intervención de la excepción de fraude de ley. Si el Reglamento sucesorio adopta una solución que pasa por la elección de ley no deben limitarse sus posibilidades ni la libertad ofrecida a los particulares¹¹⁰. Si el causante es un nacional de un Estado miembro en mayor medida, puesto que es ciudadano europeo¹¹¹, y ello aunque

816/2001); sentencia del TS de 5 de abril de 1994. La lectura de las sentencias permite apreciar que en ocasiones se acepta la aplicación de la excepción del fraude de ley, en otras se rechaza y en otras se trata más bien de supuestos de simulación que de fraude de ley, en sentido estricto y riguroso. Imprescindible S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Legítimas y Derecho interregional», en T. F. TORRES GARCÍA (Coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 153-202.

110. Véase B. BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio iuris*», *op. cit.*, pp. 153-154, conforme a la cual debería aportarse un elemento suplementario para considerar que se produce un fraude de ley, por ejemplo un cambio voluntario de nacionalidad con el único objetivo de elegir el Derecho sucesorio del ordenamiento correspondiente a la nacionalidad adquirida. Igualmente, J. M. FONTANELLAS, *op. cit.*, pp. 291-292, nota 158. También E. FONGARO, *op. cit.*, p. 523.

111. Contra véase H. GAUDEMET-TALLON, « De l'abus de droit en droit international privé », en VVAA, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 386, aun siendo consciente de que ello iría en contra de la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo, como ha apuntado J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union

no haya efectividad con esa nacionalidad, lo que es particularmente relevante en casos de doble nacionalidad¹¹². Si además es la ley de un Estado miembro sujeto al Reglamento sucesorio, sin duda alguna. La aplicación del Reglamento sucesorio implica asumir su alcance, un alcance que, como se dijo no es meramente formal y que tiene incidencia material. Por consiguiente, los Estados miembros que están sujetos al Reglamento sucesorio, presentes en la toma de decisiones, ya tuvieron la oportunidad de rechazar la elección de ley, ya mostraron sus reservas y sus límites y finalmente apostaron por una *professio iuris* limitada. El considerando 38, que hemos reproducido anteriormente, es suficientemente significativo: «*Dicha elección debe limitarse a la ley de un Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos*», de manera que la nacionalidad por sí sola ya expresa una conexión entre el causante y la ley elegida y ello no puede frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos, si los hubiere, porque el Reglamento sucesorio, y con él el artículo 22, proporcionan seguridad. La ley de la nacionalidad, o de cualquiera de las nacionalidades, no será una sorpresa para las meras expectativas que puedan tener los herederos forzosos¹¹³. Por otra parte, hay que considerar también la libertad de disposición que

européenne», *Rev. Crit. DIP*, 2012, 3, pp. 427-456, aunque la nacionalidad efectiva exprese proximidad —véase p. 433, p. 436—, para la aplicación del Derecho primario de la UE el TJUE ha rechazado tanto el concepto de nacionalidad efectiva como la prioridad otorgada a la nacionalidad del Estado del foro. Para los casos de doble nacionalidad el mismo autor, *ibidem* p. 444, subraya que la nacionalidad elegida no tiene porqué ser efectiva, ejemplificándolo en un supuesto sucesorio puesto que, señala J. BASEDOW, puede haber múltiples y legítimos como por ejemplo la situación de los bienes de la herencia o la residencia habitual de los herederos en aquel Estado. Igualmente, A. BONOMI, «Artículo 22», *op. cit.*, pp. 282-283.

112. Véase epígrafe 7.2 con varias hipótesis. Asimismo, G. RÜHL, J. VON HEIN, «Towards a European Code on Private International Law?», *op. cit.*, p. 715. Contra véase H. GAUDEMET-TALLON, «De l'abus de droit en droit international privé», *op. cit.*, pp. 385-386, siguiendo un razonamiento propio de un Derecho sucesorio con una legítima considerablemente larga. Aunque más que un fraude, considera que la elección de la ley de una nacionalidad con la que no se mantiene vínculo efectivo, es un abuso. La cuestión es donde está el daño, la opción que abre el Reglamento sucesorio reduce las legítimas de los herederos forzosos del Derecho del lugar de residencia habitual a meras expectativas. No hay adquisición de derechos subjetivos. Es más, basta con que cambie de residencia habitual, sin que se haya ejercido la *professio iuris*, para poner de manifiesto que aquellas legítimas no son un elemento inamovible.
113. Otra cosa es que, más allá de meras expectativas, se sea titular de derechos adquiridos, como en el caso de los pactos sucesorios, véase epígrafe 6.4.

quiere ejercer el causante en previsión de una ley de un Estado miembro. Por último, la elección de ley es una opción de política legislativa que apuesta por la competencia interordinamental —preservar la diferencia, fomentar la competencia—.

Otro aspecto a considerar es que una de las fuerzas motrices del Reglamento sucesorio consiste en aportar una norma que ofrezca seguridad jurídica, al mismo tiempo que opción, para el que se mueve en el seno de la UE. La residencia habitual se introduce como punto de conexión en consonancia con la libertad de circulación promovida, pero se conjuga también con la seguridad jurídica, la previsibilidad y la opción. En efecto, el entorno del causante puede saber que su sucesión puede quedar regida por la ley de la nacionalidad, si es que ésta ha sido elegida, o por la ley de la residencia habitual. No obstante, lo que parece primar es la decisión del disponente *transeúnte* que es quien tiene poder para optar. Esta vinculación permitiría también disolver el aparato restrictivo que supone la excepción del fraude de ley. La vinculación entre movilidad y debilitamiento de la excepción del fraude de ley ya fue puesta de manifiesto por la jurisprudencia del TJUE¹¹⁴, en interpretación de las libertades fundamentales previstas en el Derecho de la UE, y destacada por la doctrina¹¹⁵. Hay que tener presente, sin embargo, que de lo que aquí se trata es del fraude a un Derecho nacional bajo la cobertura de la libre circulación y la cuestión es si hay artificio cuando realmente se tiene la residencia habitual en otro Estado distinto a aquél cuyas normas se alega han sido eludidas.

34. En un espacio de integración en proceso de construcción y consolidación como el europeo en el que se unifican las normas de conflicto, la cuestión del fraude de ley puede ser sometida a revisión. Así, del mismo modo que puede sostenerse que del Derecho internacional privado europeo surge una calificación autónoma desligada de los Derechos de los Estados miembros, quizá pueda mantenerse también que la teoría del

114. Particularmente cabe destacar la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, as. C-121/97, en cuyo apartado 24 se declara que «En estas circunstancias, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento» (apartado 27), sin que ello quede afectado por la falta de una armonización suficiente del Derecho de sociedades (apartado 28). La sentencia podría ser proyectada al ámbito que nos ocupa.

115. Véase J. BASEDOW, *op. cit.*, p. 286; igualmente P. WAUTELET, *op. cit.*, pp. 315-318.

fraude de ley precisa de una adaptación para poder ser aplicada en el seno del espacio judicial europeo. De la tensión entre unidad (norma de la UE) y diversidad (norma nacional) puede surgir una teoría del fraude de ley adaptada al espacio judicial europeo dado que se aplica la norma de conflicto de la UE para defraudar una norma nacional. En cualquier caso, debe precisarse que la operatividad de una tal adaptación debería efectuarse en la medida en que la norma eludida sea la de un Derecho de un Estado miembro en beneficio de la aplicación de un Derecho de otro Estado miembro sujeto al Reglamento sucesorio. En efecto, hay que tener presente que el Reglamento sucesorio tiene efectos universales en lo que a la ley aplicable se refiere. Por consiguiente deben distinguirse aquellas sucesiones que se dan en el seno de los Estados miembros sujetos al Reglamento sucesorio de aquellas sucesiones que están conectadas también a algún ordenamiento de un Estado no miembro o no sujeto al Reglamento sucesorio. En la medida en que la ley aplicable de acuerdo con el Reglamento sea la de un tercer Estado no miembro o no sujeto al Reglamento sucesorio en detrimento de la ley de un Estado miembro, en calidad de ley eludida, el expediente del fraude de ley debería ser aplicado con todo rigor porque el Reglamento se adoptó para proteger el orden público, considerado *grosso modo*, y las tradiciones nacionales de los Estados sujetos al mismo.

En este caso, el fraude deberá ponderarse bajo los principios localizadores y materiales que sustentan la propia norma de conflicto¹¹⁶. No olvidemos que el fraude de ley es una figura que está al servicio de la norma de conflicto, particularmente cuando ésta está unificada en un espacio en el que coexisten normas dispares. Puede sostenerse entonces que para apreciar el fraude de ley lo que importa no es tanto la norma imperativa defraudada como la norma de conflicto aplicada. En realidad de lo que se trata es de establecer si hubo un fraude a la norma de conflicto¹¹⁷. Si se precisa todavía más, lo que procede examinar es si hubo fraude a una norma de conflicto que fue unificada, mediante un instrumento de una organización supranacional como la UE, en un determinado contexto.

116. Véase el análisis de P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 290.

117. Recogiendo el argumento presentado por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, para permitir que el art. 12.4 CC pueda aplicarse a supuestos en que la norma imperativa defraudada pertenezca a un ordenamiento extranjero.

6. LA TÉCNICA DE REGULACIÓN SEGUIDA EN EL REGLAMENTO SUCESORIO Y SU INCIDENCIA EN EL FRAUDE DE LEY

6.1. PRESENTACIÓN: UNA TÉCNICA BASADA EN CRITERIOS FÁCTICOS, FLEXIBLES Y ABIERTOS

35. Antes de entrar a considerar la técnica de regulación empleada en el Reglamento sucesorio debe hacerse una somera presentación de las normas adoptadas para establecer la ley sucesoria. La ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte se determina, como regla general, en el Reglamento sucesorio en base a la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, de acuerdo con el art. 21.1. No obstante, la ley de la residencia habitual no será de aplicación si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto al de la residencia habitual. En este caso, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado, tal como prevé el art. 21.2. La aplicación de la ley manifiestamente más estrecha constituye una excepción que permite evitar la aplicación de la ley de la residencia habitual. El precepto contiene la conocida como «cláusula de escape» o «cláusula de excepción».

Ahora bien, conforme al art. 22, el disponente podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Si ha habido elección —expresa o presunta— no será de aplicación la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento y tampoco puede tener lugar la aplicación de la ley con la que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso.

36. Hay pues una disposición jerárquica entre los puntos de conexión previstos en el Reglamento sucesorio. Por encima de cualquier consideración, si el disponente ha ejercido la *professio iuris*, se aplica a su sucesión la ley elegida, por más que tuviera la residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado distinto al de la ley elegida, por más que mantuviera un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto al de la ley elegida, sea el de la residencia habitual u otro. Si, por el contrario, no ha habido elección, se aplica la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, salvo que sea posible «escapar» hacia otra ley estatal por mantener un vínculo manifiestamente más estrecho.

37. En cualquier caso, la diversificación de puntos de conexión no supone una novedad en el panorama legislativo comparado. En efecto, tanto en el ámbito convencional como en el estatal se habían adoptado normas de conflicto que respondían a principios y criterios notablemente similares a los que han sido acogidos en el Reglamento sucesorio. En el ámbito convencional debe mencionarse el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en el que se ha inspirado directamente el legislador europeo para adoptar muchas de las soluciones contenidas en el Reglamento sucesorio. La Convención de La Haya de 1989 nunca entró en vigor, pero fue un texto señero que sirvió de referencia para la regulación de la materia en los sistemas autónomos de Derecho internacional privado. Así, en Derecho comparado, acudiendo a nuestro entorno cultural y jurídico, pueden citarse, siguiendo el orden cronológico con que fueron adoptadas, la Ley suiza, la Ley italiana, el Código belga, la Ley estoniana o el Código de sucesiones finlandés. Un elemento que caracteriza a todas estas regulaciones es la capacidad de opción que tiene el disponente para ejercer la *professio iuris*¹¹⁸. El carácter internacional de la situación permite al disponente gozar de una situación privilegiada en la que, aunque de manera más o menos limitada según el texto normativo, puede escoger la ley aplicable a su sucesión. Este es un aspecto que merece la pena destacar porque permite al disponente planificar y organizar su sucesión ofreciéndole garantías para que su voluntad quede asegurada en el marco de un ordenamiento previamente determinado. Todo ello sin que existan nuevos elementos que puedan alterar el marco normativo en el que se adscribe su sucesión. Así, un cambio de nacionalidad, la adquisición de una nueva nacionalidad, un cambio de residencia habitual o la adquisición de bienes muebles o inmuebles en cualquier país no van a suponer, en principio, una modificación de la ley que va a regir la sucesión del disponente. En definitiva, estos textos normativos, y junto con los mismos el Reglamento sucesorio, permiten anticipar la ley aplicable a la sucesión. La filosofía subyacente es pues la de primar los intereses y la voluntad del disponente, sin que las normas simplemente imperativas de la ley objetivamente aplicable —la de la residencia habitual y, en su defecto, la más estrechamente vinculada— puedan impedirlo¹¹⁹.

118. Sobre la *professio iuris* véase con carácter general J. M. FONTANELLAS, *La professio iuris sucesoria*, *op. cit.*

119. Para un balance completo de los intereses en juego, véase J. M. FONTANELLAS, *La professio iuris sucesoria*, *op. cit.*, pp. 247-301.

38. En consecuencia, el Reglamento sucesorio unifica las normas de conflicto para determinar la ley aplicable mediante criterios de naturaleza fáctica, flexible y abierta. En esta consideración se aúnan dos aspectos fundamentales para concebir cómo debe ser desplegada la teoría del fraude de ley. Por una parte, el carácter unificado de la norma de conflicto, como se destacó anteriormente. Por otra parte, la incidencia de la técnica de regulación empleada para regular las sucesiones transfronterizas. Ambos factores confluyen en una consideración autónoma de la aplicación del fraude de ley en el Reglamento sucesorio. No hay que olvidar que el fraude de ley en Derecho internacional privado es un instrumento para garantizar la aplicación de las normas simplemente imperativas que han sido eludidas de forma torticera. No obstante, el fraude de ley en Derecho internacional privado debe verse más que como un instrumento sancionatorio, como un mecanismo que salvaguarda la peculiaridad del ámbito regulado, que no es otro que el tráfico jurídico externo. La aplicación de la norma simplemente imperativa apoyada en el fraude de ley no puede adulterar la norma de conflicto. Esta es una disposición adoptada específica y precisamente para regular el tráfico jurídico externo y, por consiguiente y ante todo, incorpora intereses que son propios de este tráfico. A estos efectos, esto es particularmente relevante porque hay que atender a la norma de conflicto, a los puntos de conexión que incorpora, a los motivos que propiciaron la previsión de tales puntos de conexión, a los intereses y a los principios subyacentes en la norma. Por ello, hay que tener presentes las consideraciones que llevaron al legislador a adoptar aquella norma de conflicto y no otra. En este sentido, hay que ser conscientes que ese legislador no es el legislador nacional, sino el legislador europeo. En suma, la *professio iuris* y el orden jerárquico con el que están establecidos los puntos de conexión en el art. 21 y 22 del Reglamento sucesorio constituyen consideraciones relevantes para analizar la operatividad de la excepción del fraude de ley.

39. Procede considerar ahora los rasgos que caracterizan cada uno de los puntos de conexión con el fin de apreciar la incidencia que puede tener sobre ellos una eventual manipulación para eludir la aplicación de normas simplemente imperativas contenidas en la ley que debería haber sido aplicada si no se hubiera producido el fraude de ley. No obstante, antes de realizar un examen más detenido, debe tenerse presente que de manera general los puntos de conexión previstos en el Reglamento sucesorio responden a consideraciones de contenido material. Así, la residencia habitual y el vínculo manifiestamente más estrecho contemplados en el art. 21 son la expresión de una preocupación por determinar la ley más próxima

al causante, no solo desde un punto de vista conflictual, sino también desde la perspectiva material. Se trata de una determinación centrada en el individuo como ente social. De este modo, la conexión es subjetiva —ley vinculada al sujeto causante de la sucesión— y se vincula al lugar donde desarrolla su vida, donde establece su «centro de vida». La *professio iuris*, por su parte, debe ser vista como una opción que se llena de contenido material al encarnar una política legislativa que apuesta por la libertad individual al estar concebida como un mecanismo que favorece la planificación sucesoria. La ley así designada se aplicará por la sola voluntad del disponente. La elección de ley, en este caso *professio iuris*, es ya un elemento que casi podría calificarse como estructural del sistema europeo de Derecho internacional privado que progresivamente se va construyendo¹²⁰.

Esta proximidad entre la sucesión y la ley aplicable —que está arraigada en consideraciones de carácter material— no impide el fraude de ley, pero desde luego lo dificulta tal como se intentará desarrollar a continuación.

6.2. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO REGLA GENERAL

40. La apuesta por la unidad presente en el Reglamento sucesorio supone rechazar una regulación fragmentada de la sucesión basada en la naturaleza y el lugar de situación de los bienes. La determinación de la ley sucesoria se efectúa con un enfoque centrado en la persona del causante y, a falta de elección de ley, debía adoptarse un punto de conexión subjetivo para determinar la ley aplicable. Los criterios personales que cabía considerar como punto de conexión subjetivo prácticamente se reducían a la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual¹²¹. El legislador europeo apostó por la residencia habitual en el momento del fallecimiento. Esta ha sido precisamente una tendencia general que puede verse reflejada tanto en los Convenios adoptados en el seno de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya como en los Reglamentos aprobados en la UE¹²². Debe apuntarse, sin embargo, que concretamente en materia de sucesiones, a diferencia de lo que establece el Convenio de

120. Véase A. BONOMI, «Artículo 22», p. 255.

121. Sobre las ventajas e inconvenientes de estos criterios como puntos de conexión y los debates que tradicionalmente ha generado su uso puede consultarse, por todos, L. D'AVOUT, «La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle», en VVAA, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, *op. cit.*, p. 15 y ss.

122. Véase J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne», *op. cit.*

La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte¹²³, en el Reglamento sucesorio no se impone un periodo temporal a partir del cual se entenderá adquirida la residencia habitual. Por el contrario, en el instrumento europeo la mera residencia habitual operará como punto de conexión, sin estipular duración alguna ni exigir ninguna otra condición.

No obstante, no se renuncia por completo a la nacionalidad como factor de localización. La nacionalidad continúa siendo un criterio empleado en Derecho internacional privado. Por lo que se refiere al Reglamento sucesorio, buena prueba de ello es la posibilidad prevista en el art. 22 de elegir la ley de la nacionalidad¹²⁴, pero lo que sí puede afirmarse es que el domicilio está en franco retroceso como punto de conexión para determinar la ley aplicable, especialmente en instrumentos multilaterales¹²⁵. Se continúa apreciando la estabilidad que proporciona esta cualidad, valorada también como la expresión de un vínculo duradero y estrecho con una determinada comunidad social¹²⁶.

-
123. El art. 3.2 del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte establece que «La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento». D.W.M. WATERS en su informe al Convenio pone de relieve que la apuesta por el criterio de la residencia fue fruto de un compromiso entre aquellos Estado que utilizaban la nacionalidad como punto de conexión y aquellos que seguían el criterio del domicilio, *Waters Report*, p. 535, igualmente en p. 547.
124. En el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte ya se ha comprobado que prima facie la ley del Estado de la residencia habitual del causante se aplica en la medida en que el causante fuera nacional de ese Estado. Jugando así la nacionalidad un papel de refuerzo.
125. El domicilio tiene una naturaleza ambivalente puesto que su concreción depende de lo dispuesto en la legislación de cada Estado. En algunos países, como en España (art. 40 CC), el domicilio se asimila a la residencia habitual, mientras que en otros países está vinculado a datos registrales. Por ello, es difícil establecer un concepto autónomo de domicilio en instrumentos MULTILATERALES, A DIFERENCIA DE LO QUE SUCEDE CON LA RESIDENCIA HABITUAL. VÉASE A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Rec. des C.*, t. 350, 2011, pp. 177 y ss., igualmente I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012», *InDret*, p. 14.
126. La apuesta por la residencia habitual no deja de ser algo traumática para aquellos países, como España, que todavía mantenían un lugar prominente a la nacionalidad como punto de conexión para determinar la ley aplicable al estatuto personal, ampliamente considerado como persona, familia y sucesiones. Por otra parte, el criterio de la residencia habitual, en detrimento del *domicile*, fue también un inconveniente para el Reino Unido, tal como se pone de manifiesto en House of Lords-European Union Committee, 2010, «The EU's Regulation on Succession», disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldcom/75/75.pdf>;

41. La residencia habitual es una conexión fáctica y, en lo que aquí nos interesa, mutable en la medida en que pueda estar sujeta a cambios que pueden producirse de forma relativamente fácil¹²⁷. Se trata de una noción de perfiles indefinidos al no estar sujeta a reglas que determinen su adquisición o su pérdida, como ocurre con la nacionalidad que, por otra parte, tiene una naturaleza jurídica. En «estado natural» una persona puede tener residencia habitual, pero no nacionalidad. La nacionalidad es un vínculo de naturaleza político-jurídica que expresa la sujeción o pertenencia de una persona a un Estado soberano. Por el contrario, la residencia habitual debe apreciarse en base a la realidad fáctica lo que permite una determinación de la ley aplicable más vinculada al entorno social del causante¹²⁸ en la medida en que es el lugar donde está el centro de vida e intereses del causante. Todo ello no significa que no se vayan a tener en cuenta las intenciones del causante, pero con éstas no basta para concretar la residencia habitual¹²⁹. Los considerandos 23 y 24 son suficientemente reveladores de cuál era el motivo que determinó que la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento fuera la conexión que

también J. HARRIS, «The proposed EU regulation on succession and wills: prospects and challenges», *op. cit.*, p. 210 y ss. No obstante, el factor determinante para el *opting out* británico, e irlandés, fue la cuestión de la lesión de las legítimas por efecto de las donaciones realizadas por el causante o el llamado *clawback* inasumible desde una óptica anglosajona, véase P. MATTHEWS, Memorandum presentado en la House of Lords el diciembre de 2009, que se puede consultar en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/lddeucom/75/9112501.htm>; del mismo autor también «The Problem of Clawback and the EU draft Regulation on Succession», working paper no publicado.

127. Así se ha puesto de relieve, véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012», *op. cit.*, p. 14 y ss., permitiendo cambios de residencia con el objeto de evitar la aplicación de aquellas normas sucesorias que restrinjan la libertad de disposición, como las legítimas, en detrimento de sus familiares más próximos, aunque no es este el mayor problema que le ve a la residencia habitual, sino la dificultad de concreción.
128. Según R. HAUSMANN, «Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo», *op. cit.*, pp. el criterio residencia habitual, en el contexto del Reglamento sucesorio, puede ser visto más bien como un mecanismo para garantizar la aplicación de la *lex fori* dada la coincidencia *forum/ius*.
129. D.W.M. WATERS en su informe al Convenio apunta precisamente que una de las diferencias más relevantes entre el domicilio y la residencia habitual es que mientras en el primero la intención tiene una incidencia muy relevante, en la residencia habitual se intenta establecer cuál es el lugar al que pertenece (*the place of belonging*) del causante atendiendo a una valoración completa de toda una variedad de elementos, entre los que se encuentra también la intención del causante, pero no solo ésta, *Waters Report*, p. 549.

localizara la ley sucesoria. En efecto, en el preámbulo el legislador proporciona algunas pautas que pueden ser útiles para concretar la residencia habitual.

42. Merece la pena reproducir estos considerandos para destacar aquellos aspectos que ayudan a concretar la residencia habitual y que posiblemente van a ser suficientes en la mayoría de casos, sin perjuicio de que en ocasiones sea más difícil, tal como se pone de manifiesto por parte del legislador europeo en el considerando 24.

(23) *Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento.*

(24) *En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.*¹³⁰

43. Lo primero que debe destacarse es que la ley aplicable depende de una vinculación personal con un ordenamiento. Así se exige un «vínculo

130. El destacado es del autor.

estrecho y estable», conforme al considerando 23. La residencia habitual no deriva, en principio, del lugar en el que se encuentre el patrimonio del causante, ni del lugar en que se hayan generado deudas, ni del lugar en el que están localizados sus acreedores. Se desprende por el contrario de una vinculación personal que además, si se permite la expresión, es subjetivamente más intensa que la nacionalidad dado que la residencia habitual implica una conexión que se focaliza en el lugar donde se han desarrollado los últimos años de la vida del causante con todo lo que ello implica, atendiendo en consecuencia a sus relaciones familiares, sociales, laborales. Es decir, aquellos aspectos que de un modo u otro se van a resentir por el fallecimiento de aquella persona y que, en general, van a tener trascendencia en la sucesión. No debe ignorarse que el «vínculo estrecho y estable» se traba con un determinado Estado «teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». Esto es, los objetivos desgranados en el considerando 7: buen funcionamiento del mercado interior, facilitar la libre circulación de personas, proporcionar un ámbito normativo que propicie la planificación de la sucesión y garantizar los derechos de los herederos, de los legatarios, de las personas próximas al causante y de los acreedores de la herencia.

En segundo lugar, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, resulta particularmente difícil, por no decir prácticamente imposible, que el legislador europeo proporcione una definición. Pedir una noción autónoma al legislador europeo de residencia habitual cuando ni los legisladores estatales tienen en sus ordenamientos una definición de lo que se debe entender por tal, es pedir demasiado. La jurisprudencia ha ido desarrollando en cada Estado la noción de residencia habitual, precisando su contorno y sus elementos. Si esto ha sido así, no se ve ningún inconveniente en que la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y del TJUE —en aplicación e interpretación, respectivamente, del Reglamento sucesorio— vaya perfilando caso por caso la noción de residencia habitual. En realidad, el TJUE ya ha aportado elementos suficientes para que podamos hacernos una idea de lo que se debe entender por residencia habitual. En interpretación del Reglamento 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹³¹, el TJUE ya ha dictado dos sentencias que contribuyen a clarificar los elementos con los que debe

131. Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

construirse la noción¹³². En realidad, algunas de las apreciaciones efectuadas por el TJUE ya vienen recogidas en el considerando 23. No obstante, el legislador ha renunciado deliberadamente a definir directamente la noción de residencia habitual. Esta renuncia es lógica si, como hemos visto, la noción de residencia habitual está condicionada a los objetivos del instrumento al que sirve. La materia objeto de regulación impone unos matices, quizá demasiado sutiles, pero hay que convenir en que no es lo mismo concretar la residencia habitual de un lactante para pronunciarse sobre su guarda y custodia que definir la residencia habitual en relación a un adulto para pronunciarse sobre su sucesión.

En tercer lugar, derivado de esta última observación, la noción de residencia habitual va a definirse por la casuística y, además, caso por caso. Puede parecer una reiteración, pero no lo es. Será a raíz de la casuística, de la precipitación jurisprudencial, que se van a concretar los elementos definitorios que van a permitir construir una definición general de «residencia habitual» en materia sucesoria. Pero, *además* va a ser en cada caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto (la duración y regularidad de la residencia, establecer si es el lugar en el que se desarrollan las relaciones familiares, personales y, si es el caso, profesionales, si es el lugar en el que están situados la mayor parte de los bienes del causante, o si son bienes significativos —no es lo mismo unos títulos valores que la vivienda habitual, por ejemplo—, los motivos —no es lo mismo motivos médicos o asistenciales que motivos afectivos, por ejemplo—), que se va a apreciar el lugar en el que el causante tenía la residencia habitual en el momento del fallecimiento. De esta manera, va a tener que considerarse la singularidad de cada caso.

Así va a suceder también cuando haya habido un traslado de residencia habitual, situación que puede ser provocada por una voluntad fraudulenta. Ahora bien, no debe llegarse a conclusiones precipitadas. Para empezar, el mero traslado de la residencia habitual no implica más que una modificación potencial de la ley sucesoria dado que ésta no será definitiva si el causante no fallece teniendo la residencia habitual en aquel país al que se había trasladado¹³³. Por ello, deben examinarse con detenimiento las circunstancias y consecuencias del traslado¹³⁴. En efecto, no es lo mismo un causante que fallece súbitamente en pleno uso de sus facultades después del traslado, que un causante que

132. Se trata de la STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10 PPU, Mercredi y la STJ de 2 de abril de 2009, as. C-523/07, A.

133. Véase E. FONGARO, *op. cit.*, pp. 531-532.

134. Véase P. WAUTELET, *op. cit.*, pp. 320-322.

fallece en pleno uso de sus facultades como consecuencia de una enfermedad terminal con posterioridad al traslado¹³⁵ o que un causante que fallece desvalido con sus facultades mentales profundamente afectadas después de que haya sido trasladado por alguno de sus familiares. Se exige, en consecuencia, una ponderación flexible y abierta en la que las distintas cuestiones a valorar sean apreciadas de distinta forma en cada caso, y especialmente, en lo que aquí interesa, el traslado de la misma. De todos modos el cambio de la residencia habitual comporta el cambio del centro de vida y, por lo tanto, una apuesta relevante que difícilmente se pueda vincular a un único propósito y menos aun a un propósito fraudulento¹³⁶. No obstante, ello no impide ser conscientes de que la —hasta cierto punto— volatilidad de la residencia habitual pueda derivar en un uso torticero de la residencia habitual que pueda desembocar en un fraude de ley en según qué casos¹³⁷.

135. Este fue el supuesto de hecho que determinó la aplicación de la excepción del fraude de ley en la resolución argentina «Mandl, Federico A. M. s/Sucesión» dictada por la Cámara Nacional Civil, Sala «C», el 3 de marzo de 1981 en la que el causante, argentino por naturalización y austríaco de origen, y domiciliado en Buenos Aires, cambio su domicilio y se domicilió en Austria, donde recuperó la nacionalidad austríaca y otorgó testamento instituyendo como única heredera a su quinta esposa a pesar de tener hijos de anteriores matrimonios domiciliados también en Argentina. El disponente trasladó su domicilio a Austria entre marzo y abril de 1977 y falleció en septiembre de 1977. Los indicios que derivaban del corto espacio de tiempo entre el cambio de domicilio y el fallecimiento fueron determinantes. Así se declara «La gravedad del estado de salud y la particular situación familiar del causante examinada precedentemente, en especial lo expresado en el testamento, hacen presumir su propósito de eludir las normas imperativas de la República mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio intentados poco tiempo antes de su muerte». Se trata de advertir la relevancia de la «secuencia temporal», en expresión de P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 323, aunque en su opinión una residencia habitual estable y perdurable en el tiempo no elimina por completo la aplicación de la excepción del fraude de ley, p. 324.

136. Véase A. DAVÍ, A. ZANOBETTI, *op. cit.*, pp. 36-37. Apuntando acertadamente que hay otros mecanismos mucho más eficaces para conseguir determinados objetivos sucesorios, como puede ser la venta de bienes para su transformación dineraria, con la finalidad de manejarlos con mayor facilidad para sustraerlos a los canales sucesorios que correspondiere aplicar. Por ello consideran, p. 44, que el traslado de residencia habitual con un propósito fraudulento es difícil de que se produzca.

137. A. DAVÍ, A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 42, nota 154, cita un caso norteamericano, In Re Estate of Renard, sentencia de la Surrogate's Court de Nueva York, 108 Misc. 2d 31 (1981), 437 N.Y.S. 2d 860. Ahora bien, fundado en una concepción liberal y generosa M. Bogdan, *op. cit.*, p. 204, provocativo afirma que si se admite que la gente cambie la residencia habitual por motivos fiscales, por qué no admitirlo si lo hace por motivos sucesorios.

44. En suma, la flexibilidad puede llegar a ser un factor inherente a la determinación de la residencia habitual. Esta vaguedad, o más que vaguedad, discrecionalidad, genera una cierta incomodidad. Sin embargo, el temor que infunde tal criterio, y especialmente los mecanismos para su concreción, posiblemente se van a ir disipando a medida que se vaya aplicando el Reglamento sucesorio. La residencia habitual como punto de conexión que localice la ley aplicable a la sucesión puede ser voluble en la medida en que puede designar la ley de un Estado con el que el causante tenía una relación demasiado débil. Veamos un ejemplo:

Una brasileña con residencia habitual en Tarragona desde hace tres años y medio fallece repentinamente con 53 años en esta ciudad sin haber otorgado testamento. La ciudadana brasileña había residido siempre en Brasil hasta que se desplazó a España. En aquel país tenía a su familia —marido y progenitores— a la que mensualmente remitía una parte sustancial de lo que podía ahorrar. La causante estaba casada sin hijos. Al fallecer poseía, junto con dos hermanas, un inmueble situado en Tarragona, una cuenta bancaria española en la que mantenía una cantidad para sus gastos mensuales, unos ahorros en una cuenta bancaria brasileña y un inmueble junto con sus padres situado en Brasil y donde también vive el marido de la fallecida. Las autoridades españolas aplicarán la legislación catalana, como lugar de la residencia habitual¹³⁸. El orden de suceder previsto en la ley catalana¹³⁹ muestra una prioridad del cónyuge frente a los progenitores, que no heredarán. La ley brasileña no sería de aplicación puesto que no cabe duda de que la residencia habitual de la causante se

138. En aplicación del art. 21.1 del Reglamento sucesorio corresponde aplicar la legislación española, pero España tiene un ordenamiento plurilegislativo de manera que hay que aplicar el art. 36 del Reglamento sucesorio para establecer cuál de los Derechos españoles debe ser de aplicación. En previsión de lo establecido en el art. 36.1 del Reglamento sucesorio procede aplicar primero el sistema español para resolver los conflictos internos lo que nos lleva al art. 16 CC que nos remite a las normas de conflicto del Capítulo IV del Título Preliminar y, en consecuencia, al art. 9.8 CC, que es la norma de conflicto en materia de sucesiones por causa de muerte cuya conexión para determinar la ley aplicable es la nacionalidad del causante en el momento de fallecer. Sucede, sin embargo, que el sistema español para resolver conflictos internos de leyes no es operativo para determinar qué ley española es la aplicable ya que estamos ante una ciudadana ecuatoriana que, al ser extranjera, no posee vecindad civil. En consecuencia, debemos acudir al art. 36.2.a del Reglamento sucesorio que dispone que, en estos casos, la residencia habitual se entenderá como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que la causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Por tanto, resulta de aplicación la ley catalana.

139. Art. 442-1 CCCat y ss.

encontraba en Tarragona. De acuerdo con la legislación brasileña¹⁴⁰ el cónyuge heredaría una tercera parte, mientras que los padres de la causante heredarán dos tercios.

La residencia habitual muestra en este caso un vínculo endeble con la sucesión, pero no puede decirse que haya habido fraude. No obstante, aunque lo hubiera habido, quizá no sea necesario acudir a la excepción del fraude de ley si ya existiere otro mecanismo en el Reglamento que permitiere evitar la aplicación de la ley de la residencia habitual.

45. En este sentido, debe realizarse una última consideración a la residencia habitual como punto de conexión en el sistema del Reglamento sucesorio. Esta observación pasa por recordar que, aun con ser la residencia habitual el punto de conexión contenido en la regla general del Reglamento sucesorio, el legislador europeo no fía todas sus opciones a esta conexión. Como se dijo, la regla general que designa la aplicación de la ley de la residencia habitual, se ve superada, en un caso, y matizada, en otro, por otras dos conexiones. Así es, la regla general únicamente juega en defecto de la elección de ley prevista en el art. 22. Por consiguiente, la elección de ley neutralizaría los peligros que eventualmente podrían surgir de la aplicación de la ley de la residencia habitual. Por otra parte, si no ha habido tal elección de ley por parte del causante, la ley de la residencia habitual puede verse desplazada por otra conexión, la prevista en el párrafo 2 del artículo 21 consistente en la cláusula de escape. Esta cláusula permite aplicar una ley diferente a la del Estado en el que el causante tenía su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Esta otra ley será la de un Estado distinto con el que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho. En fin, la regla general está sometida a una importante flexibilización para aquellos casos excepcionales en los que la residencia habitual no expresa una vinculación suficiente con la ley del Estado y, en cambio, se constata un vínculo manifiestamente más estrecho con la ley de otro Estado.

6.3. LA CLÁUSULA DE ESCAPE: LA LEY QUE PRESENTA UN VÍNCULO MANIFIESTAMENTE MÁS ESTRECHO

46. El carácter voluble de la residencia habitual supone que ésta pueda ser descartada como punto de conexión en beneficio de la ley que presente una vinculación manifiestamente más estrecha, cuya aplicación se producirá con independencia de que comporte un aumento, una dismi-

140. Arts. 1829 y 1836 y 1837 Código civil brasileño.

nución o una privación de los derechos que correspondían en calidad de legitimarios de acuerdo con la ley de la residencia habitual¹⁴¹. Las normas de orden público interno, singularmente las legítimas, muestran entonces su carácter simplemente imperativo. Su aplicación está sujeta y vinculada a la ley designada por la norma de conflicto sin que pueda garantizarse su aplicación absoluta frente a cualquier situación internacional.

47. Las críticas recibidas a la residencia habitual como punto de conexión determinaron la introducción de la cláusula de escape. Pese al carácter excepcional que tiene esta disposición, no cabe la menor duda de que en determinadas ocasiones va a ser un mecanismo apto para evitar la aplicación de una ley, la de la residencia habitual, que no muestre una especial y significativa vinculación con el causante. Esa ley con la que el causante mantuviera una vinculación manifiestamente más estrecha que con la de la residencia habitual, puede ser cualquier otra ley¹⁴², la de la nacionalidad, la de la nacionalidad anterior, la de la residencia habitual anterior, la de la residencia habitual futura, la del lugar de situación de la mayor parte de su patrimonio, la de la nacionalidad de sus herederos o la de la residencia habitual de sus herederos, por ejemplo. Ninguna de las leyes que se acaba de citar presenta por sí sola una vinculación tan relevante como para determinar su aplicación. Todo ello va a depender de múltiples factores cuyo peso e incidencia va a variar caso por caso. No obstante, el resultado material de la aplicación de una u otra ley, la de la residencia habitual o la que tuviera un contacto manifiestamente más estrecho con el causante en el momento del fallecimiento, no va a interferir en la necesaria ponderación que deba realizarse. El legislador europeo, con esta disposición, lo que persigue es la justicia conflictual, no la justicia material. Se quiere aplicar la ley más próxima al causante.

Hay que tener en cuenta además dos elementos que presiden la aplicación de la cláusula de escape. Por una parte, el elemento comparativo. La ley objetivamente aplicable es la de la residencia habitual en el momento del fallecimiento. Se trata de una residencia habitual que deberá ser fijada por el operador jurídico con el propósito de saber cuál es la ley objeti-

141. Véase A. BONOMI, «Artículo 21», *op. cit.*, p. 251.

142. Véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012», *op. cit.*, p. 17 que pone de manifiesto que el Reglamento sucesorio no impone límite alguno en este aspecto, señalando sin embargo que posiblemente la ley más vinculada vaya a ser la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

vamente aplicable a la sucesión¹⁴³. Será una vez establecida cuál era la residencia habitual del causante al fallecer que cabrá tener en cuenta otra ley, aquella con la que el causante mantenía un vínculo más estrecho. Por lo tanto, la aplicación de esa otra ley va a producirse por comparación, en la medida en que presente una vinculación manifiestamente más estrecha teniendo presentes todas las circunstancias del caso. En la balanza se van a poner cuestiones como las expresadas anteriormente (nacionalidad, nacionalidad anterior, residencia habitual anterior, etc.), pero también otras como la duración del tiempo pasado en la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, los vínculos afectivos y sociales del causante, el lugar del desempeño laboral, la frecuencia de los desplazamientos al Estado cuya ley se pretende que presenta una vinculación manifiestamente más estrecha, la integración social en el país de la residencia habitual, las intenciones del causante, etc. Solo cuando el peso de la balanza se decanta claramente por esa otra ley, distinta a la de la residencia habitual, queda desplazada la ley de la residencia habitual. Ello introduce el segundo elemento a tener en cuenta en la aplicación de la cláusula de escape. Se trata, como ya se habrá advertido, del carácter excepcional con que habrá de aplicarse esta cláusula.

48. La apreciación discrecional del vínculo manifiestamente más estrecho con otra ley puede ser sometida a una severa crítica si tenemos en cuenta que el Reglamento sucesorio precisamente tiene como objetivo establecer un panorama normativo que proporcione seguridad y estabilidad para facilitar la planificación sucesoria. La confianza que podía tener el causante en que le fuera aplicada la ley de la residencia habitual a su sucesión puede verse desbaratada por una apreciación ulterior. De la misma manera, las expectativas que podían tener los herederos pueden verse igualmente torcidas. No obstante, si ponemos en relación esta cláusula con la fragilidad que tiene en ocasiones la residencia habitual y el carácter excepcional de la cláusula, entonces puede comprenderse la previsión legislativa¹⁴⁴. El legislador europeo persigue con esta cláusula que las auto-

143. Por más complejo que sea fijar la residencia habitual del causante no cabe acudir a la vinculación manifiestamente más estrecha como nexos subsidiarios para evitar la determinación de la residencia habitual, tal como dispone el cdo. 25.

144. Hay quien ha visto en la posibilidad de escapar de la ley de la residencia habitual, cuando no presente un vínculo suficiente con el causante por comparación a otra ley con la que existe una vinculación manifiestamente más estrecha, «un elemento garante, precisamente, de esa seguridad jurídica», véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012», *op. cit.*, p. 18.

ridades acaben aplicando la ley más estrechamente vinculada, siendo esta la de la residencia habitual, pero si excepcionalmente se comprueba que el causante mantenía vínculos manifiestamente más estrechos con otra ley, será esta ley la que deba ser aplicada. El problema, claro está, es la incertidumbre que suscita esta cláusula por la discrecionalidad otorgada a la autoridad competente.

No existen además antecedentes relevantes en materia sucesoria para poder evaluar las consecuencias de la inclusión de una cláusula de estas características. Si bien es cierto que pueden encontrarse cláusulas de escape en otros instrumentos europeos¹⁴⁵, los antecedentes existentes en Derecho comparado en materia sucesoria son escasos, pudiendo encontrarse algunos ejemplos en el Derecho holandés, el Derecho suizo y el Derecho del Quebec. En el primero, como consecuencia de del Convenio de La Haya de 1989. En Suiza y Quebec, por efecto de la cláusula de escape contenida en el art. 15 de la Loi fédérale sur le droit international privé y en el art. 3082 del Código civil del Quebec, respectivamente que permite desplazar con carácter general la ley designada por cualquiera de las normas de conflicto del sistema¹⁴⁶.

49. Pese a las virtudes y defectos que pueda tener esta cláusula no hay que olvidar que su aplicación únicamente se activa como excepción a la ley de la residencia habitual. Por el contrario, si el causante eligió la ley de su nacionalidad como ley rectora de la sucesión, la cláusula de escape no podrá desvirtuar en ningún caso la elección efectuada por el disponente, por más que en el momento del fallecimiento el causante mantuviera un vínculo manifiestamente más estrecho con una ley distinta a la ley previamente elegida, sea la de su nacionalidad en el momento de la elección sea la de su nacionalidad en el momento del fallecimiento.

50. En cualquier caso, la cláusula de escape puede ser ciertamente relevante porque juega como correctivo a la designación efectuada en virtud de la residencia habitual en el momento del fallecimiento y, por lo tanto, entendemos que puede ser un mecanismo preventivo de la

145. Véase los arts. 4.3 u 8.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y el art. 4.3 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

146. No se trata pues de una cláusula de escape concebida especialmente para la materia sucesoria, sino que permite exceptuar la aplicación de la ley designada por cualquiera de las normas de conflicto.

excepción del fraude de ley¹⁴⁷. El carácter excepcional con que debe ser aplicada permite presentarla como una cláusula que entraría en juego dentro de la mecánica estrictamente conflictual, en combinación con el vínculo endeble que tendría la residencia habitual, y reservaría el fraude de ley como una figura auténticamente excepcional que actuaría al margen de la operación localizadora y, por consiguiente, con sus propios principios y condiciones.

Ahora bien, aun pudiendo ser presentada como un mecanismo preventivo de la excepción del fraude de ley, no hay que menospreciar la posibilidad de que haya una alteración de distintos elementos vitales, sociales y patrimoniales con vistas a buscar precisamente que una ley distinta a la de la residencia habitual sea excepcionalmente aplicada. En otras palabras, la aplicación de la ley más estrechamente vinculada puede en ocasiones evitar la aplicación de la excepción del fraude de ley, pero no cierra la puerta a que en otras ocasiones sea necesario valorar si la aplicación de la ley más estrechamente vinculada no haya sido producto de la fabricación de unas condiciones que escondan un propósito fraudulento.

6.4. LA PROFESSIO IURIS

51. La elección de ley prevista en el Reglamento sucesorio está limitada a la ley del Estado cuya nacionalidad posea el causante en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento¹⁴⁸. La introducción de la libertad de elección del disponente, por más que limitada, subraya una apuesta decidida por la voluntad del causante, ilustrando la orientación del Reglamento sucesorio frente a cualquier Derecho material que pasa a ser un palo más de la baraja. En cierto modo, y pese al carácter limitado de la elección, se pone de manifiesto una «debilidad» del Derecho material y, consecuentemente, de los intereses perseguidos por el legislador estatal, dado que la libertad de elección permite al nacional con residencia habitual en un Estado distinto al de su nacionalidad evaluar qué ley le conviene más, la de su nacionalidad o la de la residencia habitual. La *professio iuris*, evidentemente, prevé únicamente la elección de la ley de la nacionalidad, pero una planificación ordenada de la sucesión debería contemplar también las consecuencias de no elegir esta ley. Por tanto,

147. Igualmente M. BODGAN, *op. cit.*, p. 203 o E. Fongaro, *op. cit.*, p. 507 o p. 531. Aunque según P. WAUTELET, *op. cit.*, pp. 322-323, ello no impide examinar el comportamiento de una parte a la luz de la excepción del fraude de ley.

148. Véase P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev Crit DIP*, 2012, p. 720.

cuando no coinciden la residencia habitual y la nacionalidad, no elegir la ley de la nacionalidad comporta asimismo una elección.

52. La *professio iuris* constituye una señal de identidad en el Reglamento sucesorio, pero no puede negarse que supone una característica general en el planteamiento seguido en todos los Reglamentos europeos adoptado en materia de determinación de la ley aplicable¹⁴⁹. La *professio iuris* no solo proporciona autonomía conflictual al disponente —y por consiguiente indirectamente también autonomía material—, sino que además aporta seguridad y previsibilidad para la planificación anticipada de la sucesión. La autonomía conflictual concedida en el Reglamento sucesorio es lo suficientemente amplia como para subrayar que se trata de toda una declaración de intenciones. El legislador europeo apuesta por una disposición que no solo acepta la elección de la ley del Estado cuya nacionalidad se posee en el momento de la elección sino también la poseída en el momento del fallecimiento; una disposición que acepta tanto la elección expresa como la tácita; así como una disposición que acepta la elección de la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad se posee. No obstante, como consecuencia del recelo que pudiera causar la *professio iuris*, no se han acogido también otras opciones que la doctrina había sugerido como la elección de la ley de la residencia habitual o la elección de la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles o de la ley aplicable al régimen económico matrimonial¹⁵⁰. Obviamente, la prevención frente a una *professio iuris* excesivamente amplia proviene del miedo que los disponentes hagan uso de la misma para eludir la aplicación de la ley sucesoria objetivamente aplicable en la medida en que ésta establezca unos derechos legítimos o reservas hereditarias que no se adapten a la voluntad del disponente. Una *professio iuris* no ilimitada, pero sí con un amplio abanico de posibilidades facilitaría la aplicación de aquella ley que establezca una

149. Hay que admitir que, desde luego, no comporta en absoluto un compromiso muy arriesgado en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) ni tampoco en el art. 4.3 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), dada la materia regulada. No obstante, en materia de divorcio la determinación de la ley aplicable responde también, y en primer lugar, a la ley elegida por los cónyuges, así puede constatarse en el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

150. Véase, a favor de la posibilidad de elección de todas ellas, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *op. cit.*, p. 67 y ss.

completa libertad de disposición, con el propósito de evitar la aplicación de las normas simplemente imperativas del Derecho que sería aplicable en defecto de elección.

Existen dos mecanismos para impedir en la medida de lo posible este riesgo. Por una parte, limitar la elección de ley; por otra parte, establecer además un tope que permitiera invocar el sistema legitimario de la ley objetivamente aplicable, o la del foro, frente a la ley elegida. Como veremos a continuación, en el Reglamento sucesorio se acogió la primera opción, mientras que la segunda opción apenas fue contemplada.

53. Restringir el abanico de leyes elegibles parece lógico si tenemos presente que, en general, la mayor parte de ordenamientos restringe la libertad de disposición. No estamos estrictamente en el ámbito del Derecho patrimonial, en particular en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales, en el que la regla es que el Derecho es dispositivo mientras no se establezca lo contrario. Ello explica que en las normas de conflicto correspondientes no se presenten límites a la libertad de elegir la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales¹⁵¹. En materia sucesoria el ámbito de la autonomía material está sometido a restricciones que pueden calificarse de relevantes en el panorama de Derecho comparado. Así, no cabe sino proyectar en la *professio iuris* un principio fundamental en el Derecho sucesorio sustantivo: el testamento es ley de la sucesión, pero naturalmente en el ámbito de libertad de disposición concedido al testador o disponente. Así pues esta libertad (limitada) que el causante posee en el plano sustantivo se sustancia también en el plano conflictual, admitiendo la elección (limitada) de la ley rectora de la sucesión. Esta limitación comporta que no pueda elegirse cualquier ley como ley aplicable a la sucesión sino que el legislador que incorpora la *professio iuris* lo hace estableciendo un elenco de leyes, más o menos limitado, que presentan una conexión razonable con la sucesión.

En el Reglamento sucesorio esta limitación solo podía pasar por la elección de leyes que estuvieran vinculadas con carácter personal al causante, esto es mediante conexiones de tipo subjetivo¹⁵². En efecto, no cabía acu-

151. Véase art. 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y art. 14 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), con algunos límites.

152. Véase el resumen efectuado por la Comisión a las respuestas que se dieron al Libro verde que se refiere a puntos de conexión que estén muy vinculados al difunto, como

dir a conexiones de carácter real, como el lugar de situación de los bienes inmuebles, puesto que ello hubiera provocado una fragmentación de la regulación de la sucesión y desde la presentación del Libro Verde de Sucesiones y Testamentos quedó clara la voluntad del legislador europeo de determinar tanto la autoridad competente como la ley aplicable en base al principio de unidad de la sucesión. La posibilidad de que el disponente eligiera la ley del lugar de situación del bien inmueble para regir la sucesión del mismo supondría que la sucesión del resto de la masa hereditaria quedaría regulada por otra ley y, por lo tanto, hubiera supuesto acoger un planteamiento escisionista¹⁵³. De esta manera, el legislador europeo tenía distintas opciones para establecer la o las leyes susceptibles de ser escogidas por el disponente: la ley de la nacionalidad, la del domicilio o la de la residencia habitual, a lo que cabría añadir el juego que despliega el factor temporal, pudiendo escoger cualquiera de estas leyes, sea en el momento de realizar la elección, sea en el momento del fallecimiento¹⁵⁴. Finalmente, el legislador europeo estableció la posibilidad de que el causante pudiera ejercer la *professio iuris* a favor de la ley de su nacionalidad sea en el momento de la realización de la elección, sea en el momento del fallecimiento, lo que constituye una auténtica novedad no solo en España sino en la mayor parte de los Estados que quedan sujetos al Reglamento sucesorio.

54. Cabe efectuar distintas apreciaciones respecto al límite previsto en el art. 22 del Reglamento sucesorio. La primera consideración es que la ley elegible se reduce a la ley de la nacionalidad del disponente, lo que previene la realización de comportamientos fraudulentos¹⁵⁵. No se acogió

la residencia habitual o la nacionalidad sea en el momento de la designación, sea en el del fallecimiento. El resumen puede ser consultado en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/summary_contributions_successions_fr.pdf.

153. Así se pone de manifiesto en el resumen a las respuestas que se dieron al Libro verde, *op. cit.*, donde se recalca que la elección de ley será a la totalidad de la sucesión.

154. Véase las cuestiones 6 y 7 del Libro verde sobre sucesiones y testamentos COM/2005/0065 final. En el resumen a las respuestas que se dieron al Libro verde, *op. cit.*, la Comisión destaca que la mayor parte de respuestas se inclina por aceptar la *professio iuris* aunque se plantea ya que la elección se lleve a cabo dentro de unos límites estrictos y que solo el disponente podría ejercerla (sin participación de los herederos). Pueden consultarse las respuestas en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/news_contributions_successions_en.htm. Para un repaso en profundidad de las distintas respuestas en relación a la *professio iuris* véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», en M.P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 33 y ss.

155. Véase los comentarios del Max Planck Insitute, *op. cit.*, p. 52.

la ley de la residencia habitual como ley susceptible de ser escogida. Si tenemos en cuenta el momento —residencia habitual del momento de la designación y del momento del fallecimiento— en que debería darse esta circunstancia, no cabe duda de que se reducen mucho los supuestos en que podía producirse un fraude de ley. En efecto, si se hubiera previsto la posibilidad de elegir la ley de la residencia habitual en el momento de realizar la elección, ello hubiera propiciado la posibilidad de elegir la ley de un país en el que la residencia habitual no hubiera sido más que anecdótica. Hay que tener presente que la elección no hubiera podido ser desvirtuada por la cláusula de escape. Sin duda, se hubieran producido comportamientos oportunistas, por no decir directamente fraudulentos. El mero traslado de la residencia habitual hubiera permitido elegir, por ejemplo, la ley navarra sin necesidad de que esta residencia habitual fuera muy prolongada en el tiempo. La segunda observación es que, tal como se puso de manifiesto, se introduce el factor tiempo en la elección de ley de tal manera que se permite la elección de la ley del país cuya nacionalidad se posee en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento. Esta posibilidad debe ser valorada positivamente porque permite al disponente elegir la ley poseída en el momento de la elección sin que ulteriores modificaciones en la nacionalidad poseída alteren la elección efectuada. No se exige que esta nacionalidad sea poseída en el momento del fallecimiento¹⁵⁶. Tanto si se pierde aquella nacionalidad como si se adquiere alguna otra nacionalidad, la elección continúa siendo eficaz¹⁵⁷. La elección admitida no puede ser calificada como fraudulenta, máxime cuando la adquisición de la nacionalidad de un país es fruto de la integración en el mismo.

También merece una valoración positiva el hecho de que pueda elegirse la ley de la nacionalidad poseída en el momento del fallecimiento. Ciertamente crea una mayor incertidumbre porque se trataría de una nacionalidad no poseída en el momento de la elección pero que se espera poseer más adelante y naturalmente también en el momento del fallecimiento. Sin embargo, abre la posibilidad a que el disponente pueda prever la adquisición de la nacionalidad de un país con el que mantiene una relación tan estrecha como para augurar la posibilidad de que se va a adquirir, o recuperar, la nacionalidad que se poseerá en el momento de fallecer. Otro aspecto que vale la pena destacar es que la elección prevista en el Regla-

156. A diferencia de lo que pasa en otras normas, como el art. 25 de la Ley de Derecho internacional privado de Estonia, ahora superada ya por el Reglamento sucesorio.

157. Véase A. BONOMI, «Artículo 22», p. 264.

mento sucesorio es lo suficientemente abierta como para permitir que se opte por cualquiera de las nacionalidades poseídas, sea en el momento de realizar la elección, sea en el momento de fallecer¹⁵⁸. El Reglamento no exige ninguna condición para que se efectúe esta elección, basta con poseer aquella nacionalidad en cualquiera de los momentos previstos. No se impone pues criterio de efectividad alguno. Puede elegirse la ley de la nacionalidad sin necesidad de que apenas exista un vínculo con el país cuya nacionalidad se elige¹⁵⁹. Sin embargo, cabría plantear si la adquisición de la nacionalidad de un país realizada con antelación a la elección de ley no puede suponer un fraude cuando para su obtención no hace falta un cierto grado de integración ni vinculación¹⁶⁰, especialmente si la *professio iuris* se ejerce en un corto período de tiempo posterior a la adquisición de la nacionalidad.

55. El segundo mecanismo consistiría también en un límite a la autonomía conflictual pero no solo restringiendo el elenco de leyes potencialmente elegibles, sino devaluando directamente la autonomía conflictual al preservar la aplicación del sistema legitimario establecido en la ley objetivamente aplicable o bien directamente previsto en la ley del foro. Este mecanismo expresa claramente una prevención frente a la autonomía conflictual al poner los límites a la libertad de disposición por encima de la voluntad «conflictual» del disponente. Este no es un dispositivo aislado en Derecho comparado y puede constatarse cómo se lleva a cabo en el art. 3099.1 del Código civil del Quebec¹⁶¹, el art. 46.2.3 de la Ley italiana de

158. Esta posibilidad se introdujo como novedad en la versión definitiva del Reglamento dado que la Propuesta nada preveía al respecto.

159. Véase A. BONOMI, «Artículo 22», p. 262. Igualmente A. DAVÍ, A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 40, también p. 42. Por el contrario, C. KOHLER, *op. cit.*, p. 465 considera que lo que se ha querido asegurar es que haya un vínculo auténtico («genuine link») entre el causante y la ley elegida de tal modo que, si esto es así, los intereses de los legitimarios previstos de acuerdo con la ley de la residencia habitual no son intocables. Si se interpreta *a contrario* esta afirmación podría colegirse que cuando no exista este vínculo auténtico con la ley de la nacionalidad, los intereses de los legitimarios *son* intocables. Inclinado también a considerar la elección bajo la óptica de la excepción del fraude de ley véase P. WAUTELET, analizando críticamente una sentencia suiza, Hirsch c. Cohen, Sentencia del Tribunal federal de 17 de agosto de 1976, *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 102, II, p. 136 ss., posicionándose con carácter severo respecto de aquellas elecciones de ley de un país con el que el disponente no tiene un vínculo suficiente.

160. Véase Bogdan, *op. cit.*, pp. 204-205. Igualmente P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 329.

161. «La elección de la ley aplicable a la sucesión queda sin efecto en la medida en que la ley elegida prive, en una proporción importante, al cónyuge, al miembro de la pareja registrada o a un hijo del difunto a un derecho de naturaleza sucesoria al que tendría derecho en ausencia de elección».

Derecho internacional privado¹⁶², el art. 79.1.3 del Código belga de Derecho internacional privado¹⁶³ o el art. 89.5 del Código búlgaro de Derecho internacional privado¹⁶⁴. Hay ordenamientos que van incluso más allá en este afán por preservar el sistema legitimario, al fijar el sistema legitimario previsto en el Derecho de sucesiones del foro como el límite máximo para ejercer la libertad de disposición, aunque no se contemple la *professio iuris*. Así sucede en el art. 35 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana¹⁶⁵, admitiendo la posibilidad de hacer efectiva la legítima prevista en el Derecho del foro sobre los bienes situados en Venezuela frente a la ley designada por la norma de conflicto. Este temor por garantizar la aplicación del sistema legitimario del foro se manifestó también en la elaboración del Convenio de La Haya de 1989 y determinó la posibilidad de efectuar una reserva al mismo por parte de los Estados contratantes con el objetivo de no reconocer la elección de ley si, con determinadas condiciones, el cónyuge o descendientes se vieran privados totalmente o en una proporción muy importante de los derechos que les atribuyan las normas imperativas del Estado que hubiera efectuado la reserva¹⁶⁶. El resultado de todas estas normas, sea siguiendo el planteamiento unilateral de la norma italiana, sea de acuerdo con la formulación multilateral del

-
162. «Tratándose de la sucesión de un ciudadano italiano, la elección no perjudicará los derechos que la ley italiana atribuya a los legitimarios residentes en Italia en el momento del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata».
163. «No obstante, esta elección no puede tener por resultado privar a un heredero de un derecho a la legítima prevista en la ley aplicable en virtud del artículo 78» (es decir, la ley objetivamente aplicable).
164. «La elección de ley no debe afectar la legítima determinada de acuerdo con lo previsto en la ley designada en virtud de los párrafos 1 y 2 de la presente disposición» (es decir, la ley objetivamente aplicable).
165. «Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano».
166. Art. 24. 1. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá formular cualquiera de las siguientes reservas: (...) d) que no reconocerá una designación realizada de conformidad con el artículo 5, cuando concurren todas las condiciones siguientes:
 — la ley del Estado que formula la reserva habría sido la aplicable de conformidad con el artículo 3, en caso de que no se hubiera realizado una designación válida de conformidad con el artículo 5,
 — la aplicación de la ley designada de conformidad con el artículo 5 privaría total o en una proporción muy importante al cónyuge o a cualquiera de los hijos del difunto de aquellos derechos de naturaleza sucesoria o familiar que les atribuyan las normas imperativas de la ley del Estado que haya formulado la reserva,
 — el cónyuge o el hijo sea nacional de dicho Estado o tenga en el mismo su residencia habitual.

resto de disposiciones señaladas, es que se provoca un fraccionamiento de la sucesión¹⁶⁷.

El Reglamento sucesorio no contiene ninguna disposición que exprese un límite como el previsto en las leyes referidas o en el Convenio que, en cierta forma, le sirvió de inspiración. Pese a algunas reticencias expresadas en algunas de las respuestas al Libro verde de sucesiones y testamentos no prosperó una norma de este tipo. Una previsión de esta clase devaluaría el carácter de la autonomía ejercida y rompería el principio de unidad de la sucesión plasmado en disposiciones tan fundamentales como el art. 3.1.a) o el art. 23 que determina el ámbito de la ley aplicable con un carácter muy amplio. Las respuestas dadas al Libro Verde precisan que el alcance de la elección de ley ya se verá limitada a la nacionalidad y apuntan que la evolución de la regulación de la legítima tiende a reducir su importancia. No hay que desdeñar el dato de que también ponen de manifiesto que siempre podrá acudir a la excepción de orden público internacional¹⁶⁸. El hecho de que no se haya introducido este segundo límite en el Reglamento sucesorio es un elemento relevante para valorar el peso atribuido a la voluntad del disponente frente al sistema legitimario de la ley objetivamente aplicable. Por lo tanto, en una situación en que deba apreciarse si ha existido o no fraude de ley, la renuncia a adoptar una previsión de estas características es un factor determinante que permite poner en valor la elección del disponente por encima del sistema legitimario de la ley que debería de haber sido aplicada en defecto de elección.

56. Un aspecto a tener en cuenta es que la ley escogida será de aplicación al conjunto de la sucesión. El principio de unidad impide pues un fraccionamiento calculado de la ley aplicable a determinados bienes de la herencia. Sin embargo, se ha defendido que cabe un fraccionamiento de la ley rectora de la sucesión por efecto de la elección de la ley de la nacionalidad cuando ello se conjuga con el criterio de competencia subsidiario previsto en el art. 10.2 del Reglamento sucesorio, basado en el lugar de situación de los bienes de la herencia. El alcance de la competencia atribuida en aplicación del art. 10.2 queda limitado a los bienes de la herencia que se encuentran situados en el territorio de un Estado miembro. En este caso, podría tener validez una elección de ley parcial conforme a la cual los bienes situados en un Estado miembro quedan sometidos a la ley rectora de

167. J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, op. cit., p. 300.

168. Véase el resumen efectuado por la Comisión que puede ser consultado en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/summary_contributions_successions_fr.pdf.

dicho Estado miembro. El argumento para sostener tal interpretación se basaría en que la autoridad competente no podría pronunciarse sobre los bienes de la herencia situados en un tercer Estado y, por consiguiente, se produciría igualmente una fragmentación¹⁶⁹. Es decir, los efectos de considerar válida una elección parcial serían, en estos casos, los mismos que los de una elección a la totalidad de la sucesión.

No obstante, habría que tener presente también el principio de armonía de las soluciones, lo que obliga a considerar no solo la perspectiva europea, sino la de los otros ordenamientos en presencia. Si se considerara nula la elección parcial y la norma de conflicto del tercer Estado en el que el causante tenía en el momento del fallecimiento la residencia habitual contuviera la residencia habitual o el domicilio como punto de conexión, no se produciría fragmentación alguna. En este caso, las autoridades de los Estados implicados —tanto el tercer Estado en el que el causante tenía su residencia habitual al fallecer como el Estado miembro en el que se encuentran bienes de la herencia— llegarían a la misma conclusión, consistente en la aplicación de la ley de la residencia habitual. No habría pues fraccionamiento. Igualmente, puede que la norma de conflicto del tercer Estado permitiera la *professio iuris* en términos parecidos a los del Reglamento sucesorio, sin admitir la elección parcial. En este caso, estaríamos admitiendo una elección parcial que no estaría prevista ni en el sistema conflictual del tercer Estado ni en el Reglamento sucesorio. Otra cosa sería si la elección se hubiera realizado respecto de la totalidad de la sucesión. En este caso, produciría efectos tal elección y podría comportar —en efecto, pero no necesariamente— un fraccionamiento, pero ello no parece determinante para admitir la elección parcial. Si el sistema no la acepta, no debe tener efectos. Una admisión de la elección parcial podría conducir seguramente a comportamientos fraudulentos como el desplazamiento de bienes¹⁷⁰.

57. Finalmente, la *professio iuris* puede realizarse en cualquier momento y cabe igualmente modificar o revocar la elección efectuada, con las consecuencias que ello puede tener en el ámbito de la sucesión contractual¹⁷¹. Un pacto de institución de heredero a favor del otro otorgante puede frustrarse con una elección de ley posterior al otorgamiento del pacto por parte del disponente que había instituido heredero al otro otorgante. En

169. Véase A. BONOMI, «Artículo 22», p. 270.

170. Como veremos en el epígrafe 7.2.

171. Como ha puesto de manifiesto I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 269 y ss.

efecto, la elección de una ley que prevea una cuota legitimaria más amplia que la prevista por la ley que hubiera regido la sucesión del disponente en el momento de otorgar el pacto, comporta su completa distorsión. La frustración del pacto es más evidente aún si el pacto de institución de heredero conlleva además una entrega de bienes de presente¹⁷². El Reglamento sucesorio no proporciona una solución eficaz para resolver las controversias que pueden suscitarse y, aparte de las propuestas de *lege ferenda* y las soluciones substantivas que pudiera proporcionar la ley que rige la sucesión, el expediente del fraude de ley o del abuso de derecho permitirían aplicar la ley defraudada¹⁷³.

58. Por fin, hay que señalar que el art. 22.2 contempla la posibilidad de que la elección sea expresa, en forma de disposición *mortis causa*, o tácita, «habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo».

7. CASUÍSTICA CONCLUSIVA

7.1. LAS CLAVES EXTRAÍDAS DEL REGLAMENTO SUCESORIO

59. La contemplación de distintas hipótesis puede coadyuvar a comprobar la operatividad de la excepción del fraude de ley. Sin embargo, quizá sea preciso recordar antes, y a modo de conclusiones, distintas consideraciones que permitirán efectuar una aproximación para resolver los supuestos propuestos. Ni que decir tiene que esta suerte de conclusiones no están cerradas ni son definitivas. Nos encontramos en un terreno resbaladizo en que resulta extremadamente difícil llegar a conclusiones contundentes. Veamos pues cuáles son estas aproximaciones a tan complejo tema.

60. La clave para la aplicación de la excepción del fraude de ley reside en la concepción de la norma de conflicto, en su *ratio* y función. La vinculación meramente formal con el ordenamiento aplicable sería el reactivo que determinaría la evaluación de la situación bajo el prisma de la excepción del fraude de ley. El carácter puramente formal supondría que el centro de gravedad de la sucesión se encontraría en un ordenamiento distinto al que se pretende aplicar. En otras palabras, se cumple la letra de la norma pero se viola su *ratio*.

172. Véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 273-275.

173. Véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 279-281.

61. El Reglamento sucesorio es una norma del ordenamiento de la UE con todas las consecuencias que de ello se derivan. Como norma integrada en el *corpus* de la UE —institucional y normativo— el Reglamento sucesorio tiene una doble y contradictoria servidumbre, está al servicio del proyecto europeo, objetivos y Derecho primario, y se doblega con el fin de conservar los Derechos nacionales. No obstante, aun con ser una norma de Derecho internacional privado, tiene también una carga material profunda. El ordenamiento de la UE supone un armazón que proporciona cohesión entre los ordenamientos nacionales. Por consiguiente, no se trata solo de considerar el Reglamento en sí mismo —que debe ser la clave interpretativa, más allá incluso de la norma de conflicto— sino también el marco institucional y normativo en que este instrumento ha sido adoptado, junto con los objetivos de política legislativa expresados.

62. Pese a la seguridad jurídica que proporciona el Reglamento sucesorio, también es cierto que hay algunas circunstancias que pueden propiciar el fraude de ley como son las divergencias materiales —especialmente en cuanto a las legítimas—, su carácter uniforme por la simplicidad que ofrece y el impacto que puede tener una manipulación fraudulenta de sus puntos de conexión o la acogida del principio de unidad al permitir un alcance mayor de la manipulación que no se reduce solo a bienes muebles o inmuebles, sino a todos los bienes de la herencia.

63. No obstante, el Reglamento sucesorio no prevé en su articulado una cláusula específica de fraude de ley, sino que únicamente hace alusión al fraude de ley en Derecho internacional privado en el considerando 26. Ello supone una remisión al tratamiento de la excepción del fraude de ley existente en los Derechos de los Estados miembros sujetos al Reglamento sucesorio, sean o no especialmente concebidas para situaciones internacionales. Ello puede comprometer su aplicación uniforme. No obstante, su aplicación no puede menoscabar el efecto útil del Reglamento¹⁷⁴. Cabe plantear, y ello requiere una reflexión y un desarrollo mayor, si en el ámbito de las sucesiones intracomunitarias la excepción del fraude de ley queda sujeta a su más mínima expresión¹⁷⁵. En cualquier caso, hubiera

174. Véase P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 327.

175. Acogiendo una aplicación realmente excepcional y restrictiva como la mantenida en la jurisprudencia suiza (ad ex. En un caso relativo al reconocimiento en Suiza de una resolución israelí en materia de divorcio, «Il ne peut, en principe, y avoir fraude lorsque le rattachement est le domicile, car il n'est pas possible de transférer le centre de son existence de manière frauduleuse. La fraude est également exclue lorsque la loi autorise expressément le choix du droit applicable. IIBGE 130 III 723 (726) BGE 130 III 723 (727) ne peut pas non plus y avoir fraude lorsque le favor

sido mucho más deseable incluir una cláusula que permitiera una aplicación verdaderamente restrictiva de la excepción del fraude de ley. La labor del TJUE va a resultar así mucho más comprometida.

64. El Reglamento sucesorio busca aplicar la ley más próxima al causante mediante la conexión de la residencia habitual, el lugar en el que se encuentra su centro de vida. El cambio de residencia habitual no constituye por sí mismo un fraude de ley. Si se sigue una interpretación propia y exclusiva del Reglamento sucesorio podría argumentarse que el fraude es aún menor cuando el cambio de residencia habitual se da entre Estados miembros y mucho menos aún cuando éste se produce entre Estados miembros sujetos al Reglamento sucesorio.

65. La cláusula de escape se erige en un mecanismo preventivo de la aplicación de la excepción del fraude de ley.

66. Puede afirmarse, con carácter general, que el Reglamento sucesorio avala la libertad conflictual por encima de las restricciones que provienen de las normas simplemente imperativas de las leyes en presencia. Cabe la elección de la ley de un país con el que el disponente no guarda una relación efectiva, siempre que la nacionalidad en cuestión fuera poseída por el disponente con una antelación suficiente que no permita concluir que hubo una adquisición con propósitos fraudulentos. En consecuencia, en principio la elección de ley cierra el paso al fraude de ley.

7.2. ALGUNOS CASOS ABIERTOS

65. Se presentan algunos casos abiertos para su resolución y debate. Se

divortii fait partie de la conception fondamentale de la loi; dans ce cas, le changement de la nationalité pour obtenir le divorce n'est pas critiquable. Lorsque la règle de conflit prévoit comme rattachement la nationalité, il y a lieu d'examiner si la ratio consiste en premier lieu en des considérations d'ordre général comme par exemple l'harmonie des décisions, ou si la cause de ce rattachement est le lien effectif de l'acquéreur de la nouvelle nationalité avec l'Etat qui la lui a conférée. Dans le premier cas, on tiendra compte de la nouvelle nationalité, alors que, dans le second cas, on ne prendra pas en considération la nouvelle nationalité purement formelle, acquise sans animus mutandi (VISCHEK, Zum Problem der rechtsmissbräuchlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, in *Aequitas und Bona fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, pp. 401 ss, spéc. 403 à 405; VISCHEK, IPRG Kommentar, n. 14 ad art. 17 LDIP). Lorsqu'une nationalité est régulièrement acquise, il est rare que le rattachement à celle-ci soit jugé abusif (KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, 2e éd., n. 337, p. 153). Verfahren 130 III 728», Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 6 de abril de 2004, BGE 130 III 723).

trata, en efecto, de casos abiertos porque no se proporcionan datos completos de modo que no cabría plantear argumentos definitivos. Sin embargo, se trata asimismo de casos abiertos en el sentido de que la solución aportada, tendente a reducir a su mínima expresión el juego de la excepción del fraude de ley, no es tampoco definitiva. Se pone de manifiesto que aun manteniendo una solución expansiva de la excepción del fraude de ley su aplicación dista muchas veces de ser clara. Por otra parte, hay un elemento temporal que siempre dificulta la resolución de este tipo de casos y es que el fallecimiento se produce *dies certus an, incertus quando*.

Partiendo del Reglamento sucesorio puede observarse que tanto la nacionalidad como la residencia habitual son puntos de conexión previstos en el Reglamento sucesorio de manera que cabe la posibilidad de que se ejerza una manipulación sobre los mismos con el propósito de alterar fraudulentamente el resultado de la norma de conflicto. Otro mecanismo, más bien improbable por la dificultad de que tuviera éxito y por el riesgo que plantearía en términos de inseguridad, consistiría en no elegir la ley de la nacionalidad, no desplazar la residencia habitual y fiarlo todo a una eventual aplicación de la cláusula de escape. Por otra parte, hay que añadir que, aunque de modo indirecto, el lugar de situación de los bienes puede también ser determinante para la determinación de la ley aplicable. En efecto, puede buscarse la aplicación del Reglamento sucesorio —y, por tanto, de sus normas de conflicto— mediante un desplazamiento de los bienes a un Estado miembro con la finalidad de que sus autoridades sean competentes en aplicación del art. 10 del Reglamento y apliquen la ley que corresponda conforme al art. 21 o al art. 22.

Examinaremos ahora los resortes que cabría contemplar en los cuatro supuestos descritos: manipulación de la nacionalidad, de la residencia habitual, de cuantas circunstancias quepa para que se aplique una ley que presente supuestamente una vinculación manifiestamente más estrecha que la que se mantiene con la de la residencia habitual y desplazamiento de bienes.

7.2.1. Residencia habitual

Caso

Jeannette, con residencia habitual en Perpiñán, casada con dos hijas y un hijo, otorga testamento en Francia de acuerdo con el Derecho francés. Diez años más tarde, con 56 años, tiene desavenencias con su marido. Quiere seguir su relación conyugal, pero desde una relativa distancia, así que traslada su residencia habitual a Roses donde el matrimonio poseía

una casa cercana a la playa. El matrimonio se ve con asiduidad, los fines de semana e incluso entre semana, tanto en Perpiñán como en Rosas. Posteriormente, con 59 años, revoca el testamento otorgado en Francia y otorga otro ante notario español deshereda a una de sus hijas en aplicación del art. 451-17.2 CCCat por falta de relación familiar continuada por causa exclusivamente imputable a esta hija e instituye heredera a la otra hija. Jeannette fallece a los 66 años. El hijo goza de la condición de legitimario conforme al Derecho civil catalán. El marido no.

El marido y la hija desheredada interponen una demanda invocando el Derecho francés de sucesiones ante los tribunales franceses sobre la base de que en Perpiñán estaba su residencia habitual, dado que el traslado fue fraudulento. De acuerdo con la teoría del fraude de ley si hubo fraude corresponde aplicar la norma eludida sin conceder efectos al factor que hubiere sido objeto de manipulación. Por consiguiente, de acuerdo con este razonamiento —que no comparto y que es mera elucubración— la regla del art. 4 del Reglamento sucesorio debe ser aplicada en consideración de la presunta manipulación de la residencia habitual.

La residencia habitual es tanto la conexión general para determinar la ley aplicable como el criterio general para atribuir competencia. Ello significa que la cuestión se va a plantear ya en sede de competencia. Estos es, las autoridades de la residencia habitual no deben conocer puesto que ésta es fraudulenta. Por consiguiente, lo que puede plantearse en estos casos no es tanto que no se aplique la ley de la residencia habitual como que no conozcan los tribunales de la residencia habitual, los españoles en este caso. El propósito es evidente. Si conocen los tribunales de la residencia habitual, que deberían de aplicar la ley de la residencia habitual, seguramente podrían inclinarse a considerar que no hubo fraude de ley dado que en su concepción se amplía la libertad y el otorgante ha dispuesto de acuerdo con ésta. No habría duda de que la residencia habitual era efectiva —recordemos que no hay simulación—, pero puede que la residencia habitual sea buscada para asegurar que sean competentes los tribunales de aquel país que aplicarían en consecuencia su ley. El fraude tiene efectos tanto a nivel de competencia como de ley aplicable y ello plantea interesantes problemas. Primero, no está nada claro que en este caso haya fraude, ni simulación. Simplemente se quería poner de manifiesto con este caso que la residencia habitual es la conexión objetiva que determina la ley aplicable, pero es también el criterio por medio del cual se atribuye la competencia a las autoridades de los Estados miembros sujetos al Re-

glamento sucesorio. Si se quiere alegar fraude se va a plantear probablemente, y en primer lugar, una cuestión de competencia. La opción es lógica, se pretende que conozca el tribunal que se va a inclinar por considerar que hubo fraude. Puede que ello suscite una cuestión prejudicial al TJUE. A mi juicio, corresponde conocer al tribunal en el que la causante tenía su residencia habitual y será este tribunal el que aprecie si hubo o no fraude. No hay que olvidar que el fraude presupone la realización de un acto o conducta efectiva. No obstante, es evidente que las dudas relativas a la residencia habitual se van a proyectar sobre la competencia judicial internacional en la consciencia de que, si no ha habido elección de ley, ello va a determinar la ley aplicable.

Caso

Jürgen, alemán con residencia habitual en Madrid se jubila a los 68 años y, de forma inusitada, adquiere una finca en Vizcaya donde establece su residencia habitual. No tiene ningún vínculo en Vizcaya ni conoce a nadie. Jürgen es viudo y tiene dos hijos. Cinco años más tarde otorga testamento e instituye heredera a una nieta y aparta a sus hijos y resto de nietos. Fallece a los 93 años.

El cambio de residencia habitual puede también deberse a un propósito por evitar que se aplique una determinada ley. La cuestión estriba en establecer si una noción fáctica como es la de la «residencia habitual» puede ser manipulada para eludir la aplicación de una determinada ley. El traslado de residencia habitual no suele darse con el único propósito de conseguir que se aplique una ley sucesoria en lugar de otra. La residencia habitual implica un componente objetivo y subjetivo por el que se manifiesta la voluntad de establecer en un determinado territorio el centro de vida y, por ello, conlleva un componente de permanencia y estabilidad. El carácter habitual de la residencia se desprende asimismo porque ha transcurrido una cierta duración desde que la persona en cuestión se instaló y desplegó en aquel entorno su centro de vida. ¿Hubo algún desencuentro? ¿Por qué trasladó su residencia habitual a un lugar donde el disponente no tenía ninguna conexión? ¿Cambiaría la apreciación si hubiera otorgado testamento 2 meses después de establecerse en Vizcaya? ¿Y si, pese a ello, hubiera conocido a una mujer con la que al cabo de unos meses se pone a convivir? ¿Altera algo el hecho de que se haya desplazado de un territorio sujeto a una ley española a otro sujeto a otra ley española?¹⁷⁶.

176. Sobre la articulación entre el Reglamento sucesorio y el sistema de Derecho interregional, puede verse M. ÁLVAREZ TORNÉ, «El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del

7.2.2. Vinculación manifiestamente más estrecha

Caso

Anca, rumana, que ha vivido en Cataluña desde los 7 años, se traslada a Rumanía a los 32 años, posee bienes en Cataluña. Anca no tiene hijos ni cónyuge y tiene una mala relación con su padre. Antes de trasladarse a Rumanía otorga un testamento en Rubí, donde vivía, e instituye heredera universal a su madre. Consciente de que la porción atribuida legalmente en concepto de legítima a los progenitores es el doble en Rumanía que en Cataluña, intenta mantener lazos con Cataluña para que, si fallece, le sea aplicada la ley catalana y no la rumana. Muere 8 años después sin hijos y sin haber contraído matrimonio, aunque mantenía una relación sentimental en Rumanía.

Resulta extraño, pero puede que se quiera mantener un lazo artificial con la ley de un país en el que no se tiene la residencia habitual y del que no se posee tampoco la nacionalidad. Obviamente, hay aquí un problema probatorio. El hecho de que se mantenga un vínculo no es por sí mismo constitutivo de fraude. Debe probarse el elemento volitivo, pero antes debe considerarse si procede la aplicación de la cláusula de escape.

Caso

Luis, ciudadano chileno, que había vivido con anterioridad en España durante cinco años, se traslada a Navarra a recibir un tratamiento médico. Se establece en Pamplona sabiendo que el estado avanzado de su enfermedad posiblemente le va a imposibilitar volver a su país. Dos años más tarde fallece en España a la edad de 68 años. Luís poseía una considerable fortuna repartida por diversos países, entre ellos Chile, España y Francia. Por este motivo había decidido pagar la estancia a sus dos hijas para que lo cuidaran, pero

Reglamento en materia de sucesiones», Carmen PARRA (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 291-324; G. CHRISTANDL, «Multi-Unit States in European Union Private International Law», *JPIL*, vol. 9. n° 2, pp. 219-244; P. QUINZÁ REDONDO, G. CHRISTANDL, «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», *InDret*, 3/2013; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, «El reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español», *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2013, 25, pp. 343-355; E. ZABALO ESCUDERO, «La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectivas europeas» en R. VIÑAS FARRÉ, G. GARRIGA SUAU (eds), *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, pp. 137-155; A. FONT I SEGURA, «La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea* (Coord. I. CALVO VIDAL), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 75-121.

ninguno de las hijas acepta. El ciudadano chileno, enfermo, pero con plenas facultades mentales, otorga testamento en Navarra ante notario español y en aplicación del Derecho foral navarro instituye heredero universal a un fiel amigo y atribuye a sus hijas cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmueble. Esto es, la legítima formal¹⁷⁷. En Derecho chileno a las hijas les hubiera correspondido, a falta de cónyuge y ascendientes, la mitad de la masa hereditaria y una cuarta de mejora a una o a otra, o para las dos. El testador solo hubiera podido disponer libremente de una cuarta parte¹⁷⁸.

El motivo del traslado a Pamplona fue médico. No hubo manipulación puesto que aparentemente no se desplazó a Pamplona para atribuir a las hijas la legítima formal. Los problemas surgieron con posterioridad al desplazamiento. Con todo, aun sin probar que el establecimiento de la residencia habitual estuvo fundamentado únicamente en motivos espurios, puede invocarse la aplicación de la ley chilena por ser la ley con la que el causante mantenía una vinculación manifiestamente más estrecha.

7.2.3 *Professio iuris*

Caso

Paul, descendiente de exilados españoles, francés residente en Bélgica adquirió en 2008 la nacionalidad española en virtud del derecho de opción contemplado en la DA séptima de la ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la memoria histórica, sin haber residido nunca en España. La adquisición por opción de la nacionalidad española le permite adquirir la vecindad civil vasca que tenía su abuela, a la que no conoció. Paul está casado en segundas nupcias y tiene 4 hijos. En diciembre de 2015, cuando tiene 60 años, otorga testamento de acuerdo con el Derecho civil vasco instituyendo herederas a su segunda mujer, belga, y a la hija habida con ella y apartando al resto de hijos fruto de un matrimonio anterior que no tendrán por tanto derecho a legítima.

La elección no es fraudulenta. Paul es tan francés como español, ambas nacionalidades de sendos Estados miembros. Puede elegir una u otra ley o, no elegir, y que le sea aplicada la ley belga. Sin fallecimiento, sus descendientes no tenían adquirido ningún derecho legitimario. No hay abuso de derecho.

Caso

Marta, 50 años, española de vecindad civil común, residente en Espa-

177. Ley 267 CDCFN.

178. Art. 1184 Código civil chileno.

ña, posee también la nacionalidad norteamericana por el hecho de haber nacido en ese país. Sin haber incurrido en los supuestos de pérdida de la nacionalidad norteamericana, pero sin tener tampoco ningún vínculo apreciable con los Estados Unidos de América, más allá de haber pasado un año escolar cuando tenía 17 años, otorga testamento de acuerdo con el Derecho de Tennessee, donde nació. Marta está separada y tiene tres hijos. Instituye heredero a su compañero.

No hay manipulación. Marta era ya norteamericana. Mantuvo esta nacionalidad por si acaso, por aquello del «nunca se sabe». Tampoco hay abuso. Sus hijos sabían que poseía la doble nacionalidad. ¿Puede ser tratado este caso como el anterior? ¿Puede Marta invocar la nacionalidad norteamericana como lo hacía Paul con la española? Parece que sí. Pero ¿y si, en ambos casos se hubiera adquirido esa otra nacionalidad con el propósito de elegir la ley sucesoria correspondiente a esa nacionalidad? ¿Y si, en ambos casos se hubiera adquirido esa otra nacionalidad con el propósito de elegir la ley sucesoria correspondiente a esa nacionalidad, entre otros propósitos?

Caso

Klaus, austríaco, 77 años y con residencia habitual en Sevilla, quiere organizar una sucesión ordenada de su sucesión acorde con su voluntad. Klaus es viudo y tiene un hijo y una hija. Cuando el hijo se fue de casa, hace ya 25 años, recibió de su padre una donación dineraria importante sin que constara acreditación de toda la cantidad donada. Su hija no recibió nunca cantidad alguna y Klaus la quiere compensar ahora que su hija quiere comprar una finca como segunda residencia. No obstante, existe el inconveniente de que no tiene la posibilidad, como en otros tiempos, de darle dinero sin que haya constancia de la aportación. Klaus efectúa la donación a su hija por una cantidad similar a la que recibió su hijo y otorga testamento instituyendo a sus hijos como herederos universales. Al otorgar testamento elige la ley austríaca como ley rectora de su sucesión. El motivo de la elección es que en Derecho austríaco las donaciones efectuadas con anterioridad a los dos años anteriores al fallecimiento del causante no pueden reducirse por inoficiosas, a diferencia de lo que sucede en el Código civil español.

Se constata aquí la contradicción existente entre una excepción del fraude de ley expansiva y los intereses materiales en juego, en particular los del causante y los de la hija. Debería imponerse un respeto por la voluntad del causante, que además coincide aparentemente con una justicia material perseguida tanto por el Derecho sucesorio contenido en el Có-

digo civil español como por el Derecho sucesorio austríaco. La cuestión se plantearía en otros términos si el hijo no hubiera recibido nada con anterioridad. Posiblemente podría considerarse una voluntad fraudulenta, pero nuevamente nos encontramos aquí con la asunción por parte tanto de España como de Austria de las opciones de política legislativa previstas en el Reglamento sucesorio, así como con el ejercicio de una elección de ley de un Estado miembro sujeto por este instrumento.

Caso

Dieter, viudo, 53 años, suizo con residencia habitual en Monells (Gerona), otorga un pacto sucesorio instituyendo como heredero a su hijo. El motivo que impulsa a Dieter a otorgar el pacto sucesorio no es otro que el ruego de su hija, Frida, a que acceda a celebrar tal pacto temerosa de que la celebración de un nuevo matrimonio por parte de su padre le pueda afectar. Dieter tiene un hijo, Esteve, dos años después, pero ello no afecta a Frida puesto que ya fue instituida mediante un pacto irrevocable. No obstante, cinco años más tarde Dieter otorga una disposición testamentaria en la que simplemente se establece que su sucesión sea regida por el Derecho suizo. Dieter fallece a los 82 años y Esteve se verá beneficiado por la elección de ley puesto que en Derechos suizo la cuota legitimaria es de tres cuartos mientras que en Derecho catalán, ley sucesoria hipotética en el momento de otorgar el pacto con Frida, es de una cuarta parte.

Como se dijo, I. Rodríguez-Uría ha dejado al descubierto la falta de previsión del legislador europeo en estos casos. La excepción del fraude de ley resulta en estos casos más que conveniente, pero lo cierto es que demostrar el ánimo fraudulento, por más objetivado que esté, puede resultar muy difícil. Parece evidente que debería de haberse previsto una solución al regular la ley aplicable a los pactos sucesorios, sea de carácter material, sea con una cláusula de fraude de ley específica que impidiera tal despropósito.

7.2.4. Desplazamiento de bienes

66. Como se puso de manifiesto, la manipulación podría provenir también de un *forum shopping* consistente en desplazar los bienes a un Estado miembro (sean muebles o inmuebles mediante una constitución societaria que permita el desplazamiento y depósito de los títulos en un Estado miembro) para evitar que a los mismos les sea aplicada la ley de la nacionalidad como punto de conexión previsto en la norma de conflicto extranjera y conseguir que los tribunales del Estado miembro competente en virtud del art. 10 apliquen la ley de la residencia habitual. En este caso, no habría una manipulación del punto de conexión, dado que efectivamente el causante tenía su residencia

habitual en un Estado no miembro, sino una manipulación de las reglas de competencia con vistas a conseguir que, por una parte, las autoridades de un Estado miembro sean competentes y que, por otra parte, a su sucesión le sea aplicada la ley designada por el Reglamento sucesorio. Esta situación se podría dar, por ejemplo, en un caso en que un nacional de un Estado miembro viudo en primeras nupcias, con residencia habitual en un Estado no miembro, otorgare testamento nombrando heredera universal a su segunda mujer y quisiera evitar que su única hija, mayor de edad y con medios suficientes, pueda obtener la cuota legitimaria prevista en su ley nacional. El desplazamiento de bienes a ese Estado miembro tendría como propósito que conocieran de la sucesión las autoridades de ese Estado miembro que, en la hipótesis, debería de aplicar la ley del tercer Estado (no miembro) donde el causante tenía la residencia habitual conforme a la cual habría libertad testamentaria o una legítima corta, por oposición a la ley de su nacionalidad.

Esta manipulación podría darse también por el desplazamiento de los bienes a un tercer Estado por parte de una persona con nacionalidad de un Estado miembro y residencia habitual en un Estado no miembro, con el fin de evitar que conocieran las autoridades del Estado miembro en el que estén situados los bienes de la herencia. Se trataría de una manipulación efectuada sobre los bienes de la herencia, por ejemplo, en el caso de un ciudadano español de vecindad civil vasca con residencia habitual en Inglaterra que quiere evitar a toda costa que cualquiera de sus descendientes obtenga lo que les corresponde por legítima y quiere por ello evitar que se le aplique la ley vasca. No obstante, el ciudadano español que causa la sucesión posee inmuebles en España, en territorio aforado vizcaíno. Debe entonces planificar la sucesión teniendo en cuenta que 1) tiene la residencia habitual en Inglaterra, 2) el *domicile of choice* en Inglaterra, 3) bienes muebles e inmuebles en España e Inglaterra, 4) las autoridades españolas tendrán atribuida la competencia en virtud del art. 10.1.a) y aplicarán el Derecho inglés, en el que como es sabido rige el principio de libertad de testar, pero corre el riesgo de que se produzca un reenvío ya que 5) las autoridades inglesas serían también competentes y aplicarían la ley del *domicile* a la sucesión de los bienes muebles, pero por lo que se refiere a los bienes inmuebles se aplicaría la ley sucesoria del lugar de situación. Si lo que quiere el disponente es garantizar que sus descendientes no adquieran la condición de herederos forzosos, la única solución pasa o bien por vender los bienes inmuebles situados en el territorio aforado de Vizcaya —asumiendo que no son troncales— y desplazar la contraprestación de la venta a Inglaterra o bien por convertir los bienes inmuebles en activo de una sociedad instrumental constituida a tal fin.