La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español

The integration of the European Regulation on succession into Spanish interregional law

LUIS GARAU JUANEDA

Catedrático de Derecho Internacional Privado,

Universitat de les Illes Balears

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2015.011

Bitácora Millennium, Nº 2 (2015)

Zaragoza, diciembre 2015

Abstract

El artículo 38 del Reglamento Europeo en materia sucesoria permite excluir de su aplicación los conflictos internos. En este trabajo se precisa en qué casos estamos ante un conflicto interno y por qué debemos entender que España se acoge a esta posibilidad.

Article 38 of the European Regulation on succession matters alow the non-application of this Regulation to internal conflicts of laws. This paper specifies in which cases we are dealing with an internal conflict of laws and why we must understand that Spain use this possibility.

Palabras clave: Reglamento Europeo en materia sucesoria, conflictos de leyes de carácter interno, Derecho interregional

Key words: *European Regulation on succession matters, internal conflicts of laws, interregional Law*

Sumario

Introducción

I. ¿Permite el artículo 38 del Reglamento excluir la aplicación de la totalidad del Reglamento o solo de una parte de él?

II. Relación entre el artículo 36, por lo que se refiere a la sucesión de un español, y el artículo 38 del Reglamento

III. ¿Qué debe entenderse por conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado?

IV. ¿Debe considerarse que España hace uso de la facultad contemplada en el artículo 38 del Reglamento?

Introducción

El Reglamento (UE) Nº 650/2012 del Parlamento y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo es aplicable, por razón del tiempo, a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de dicha fecha (artículo 83). La jurisdicción y la ley aplicable a la sucesión de las personas fallecidas antes de esta fecha (con independencia de que la cuestión sucesoria se plantee después del 17 de agosto de 2015) siguen sometidas a lo establecido en el artículo 22 de la LOPJ por lo que respecta a la jurisdicción y, por lo que respecta a la ley aplicable, al artículo 9º.8 el Código civil, complementado, tratándose de causantes españoles, por al artículo 16.1 y 16.2 del mismo cuerpo legal.

La cuestión que se aborda en este estudio es la del alcance del artículo 38 del Reglamento, según el cual "*los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales*". De la respuesta que se dé a esta cuestión dependerá que los artículos 9º.8, 16.1 y 16.2 del Código civil aplicables a la sucesión de españoles fallecidos antes del 17 de agosto de 2015 sigan siendo de aplicación en todos sus extremos a la sucesión de españoles fallecidos después de esta fecha o que puedan serlo, pero no necesariamente a todos los españoles y, en este último caso, solo después de su integración con el resto de normas recogidas en el capítulo III del Reglamento.

I. ¿Permite el artículo 38 excluir la aplicación de la totalidad del Reglamento o solo de una parte de él?

Una primera cuestión a dilucidar es la de si la exclusión del artículo 38 se refiere a la totalidad del Reglamento o solo a la parte de éste que regula la ley aplicable a la sucesión (el capítulo III).

Las normas sobre jurisdicción, independientemente de su origen estatal, internacional o de la Unión Europea, fundamentan la de los jueces y tribunales sin distinguir entre supuestos internacionales o internos, por más que en los casos en los que no aparece ningún elemento de extranjería la jurisdicción se dé por supuesta y únicamente se considere necesario hacer referencia a la competencia territorial. El hecho de que las normas sobre jurisdicción no distingan entre supuestos internacionales y supuestos internos nada tiene que ver, sin embargo, con el hecho de que en un mismo ordenamiento jurídico puedan coexistir diferentes normas sobre jurisdicción relativas a la misma materia. Este es el caso, por ejemplo, de la

jurisdicción en materia de nulidad, separación y divorcio: el 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, permite en su artículo 7º.1 que un juez o tribunal pueda declararse competente aplicando sus normas de origen estatal en aquellos casos en los que de las normas sobre jurisdicción del Reglamento no se derive la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro. Es decir, el artículo 7º.1 del Reglamento permite justificar la jurisdicción de jueces y tribunales españoles en la LOPJ si éstos no la tuvieran en virtud del Reglamento y tampoco la tuvieran en virtud del mismo Reglamento los de ningún otro Estado miembro. En definitiva, las normas sobre jurisdicción contenidas en el Reglamento sustituyen las contenidas en la LOPJ, que solo tendrán el margen de aplicación que aquél les permite[1]

A diferencia del Reglamento 2201/2003, el Reglamento 650/2012 no solo no contiene ninguna previsión análoga al artículo 7º del Reglamento 2201/2003, sino que, para el caso de que ningún Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos que regulan esta cuestión (artículos 4 a 10), su artículo 11 solo contempla la posibilidad de que un Estado miembro pueda llegar a conocer sobre una sucesión en calidad de *forum necessitatis*, sin hacer referencia alguna a sus posibles normas de origen interno[2].

Si a ello añadimos que el artículo 38 se halla dentro del capítulo III, relativo a la ley aplicable, y no en el Capítulo I, relativo al ámbito de aplicación del Reglamento, o en el VII, conteniendo las disposiciones generales y finales, la conclusión es que las

Fecha de recepción del original: 7 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 18 de septiembre de 2015.

[1] El artículo 6º del Reglamento restringe aún más los supuestos de aplicación de la LOPJ en la medida en que un cónyuge con residencia habitual en un Estado miembro o nacional de uno de ellos solo podrá ser demandado en virtud de las normas del Reglamento. Esto supone , en definitiva, que para que las normas sobre jurisdicción de la LOPJ puedan ser de aplicación no solo es condición que ningún Estado miembro tenga jurisdicción en virtud del Reglamento, sino que, además, la parte demandada no ha de ser nacional ni residir en un Estado miembro. Vistas estas condiciones y el contenido del artículo 22 de la LOPJ la posibilidad de que un juez o tribunal español se pueda declarar competente en aplicación de la LOPJ son muy remotas.

[2] Artículo 11: *"Forum necessitatis. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha. El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él."*

normas sobre competencia del Reglamento han venido a sustituir totalmente las normas de competencia en materia de sucesiones contenidas en el artículo 22 de la LOPJ siempre, por supuesto, que se trate de fallecimientos producidos el 17 de agosto de 2015 o después de esta fecha. A pesar de que las normas de la LOPJ sigan siendo de aplicación a los fallecimientos ocurridos antes de dicha fecha (aunque ello rompa la regla general según la cual las normas de competencia aplicables son las del momento en el que se presenta la demanda), puede crear cierta confusión el hecho de que la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, haya introducido en su artículo 22 quáter, letra g, nuevas reglas de competencia en materia sucesoria que aparentan querer ser una transposición de las reglas del Reglamento, que como tal no debe ser objeto de transposición. Obviamente la primacía del Reglamento en relación con los fallecimientos producidos el 17 de agosto de 2015 o después de esta fecha no pude plantear ninguna duda y debemos entender que la intención del legislador ha sido solo la de aproximar las reglas de jurisdicción aplicables a los fallecimientos producidos antes del 17 de agosto de 2015 a las aplicables a los fallecimientos ocurridos en esta fecha y con posterioridad a la misma.

En cuanto a las normas que regulan el reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como los efectos de los documentos públicos, incluyendo los efectos del certificado sucesorio europeo, parece claro que también quedan fuera de cualquier posible exclusión: en los capítulos relativos a estas cuestiones no aparece salvedad alguna con respecto a resoluciones o documentos públicos procedentes de un Estado plurilegislativo que haya hecho uso de la posibilidad que le confiere el artículo 38.

Queda por tanto como único objeto del artículo 38 la posible exclusión de las normas del Reglamento relativas a la determinación de la ley aplicable (artículos 20 a 38) en aquellos casos en los que el conflicto de leyes se plantee exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado, siendo de aplicación en todo caso las normas de competencia del Reglamento. Esta conclusión es importante como tendremos ocasión de ver en el epígrafe 3.

II. Relación entre el artículo 36, por lo que se refiere a la sucesión de un español, y el artículo 38 del Reglamento

El artículo 36 del Reglamento regula el problema que plantea el hecho de que la ley aplicable en virtud del mismo sea la de un Estado con diferentes unidades territoriales con un ordenamiento jurídico propio en materia sucesoria. Para determinar cuál de tales ordenamientos debe aplicarse, el artículo 36 remite en primer lugar a *"las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado"*. A falta de tales normas, si el punto de conexión que ha remitido a la ley de un Estado

plurilegislativo es la residencia habitual[3], se deberá aplicar la ley vigente en la unidad territorial en cuyo territorio el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento de fallecer; si el punto de conexión hubiera sido la nacionalidad[4], deberá aplicarse la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido la vinculación más estrecha.

A la vista de este contenido, en la doctrina se ha sostenido que si bien el artículo 38 tenía sentido en la Propuesta de Reglamento, donde se regulaba la remisión a un sistema plurilegislativo por un sistema "directo" (es decir, sin referencia alguna a las normas de conflicto internas del Estado plurilegislativo), el empleo en el texto definitivo del artículo 36 de un método "subsidiario" (remisión a las normas de conflicto internas del Estado plurilegislativo) hace que el artículo 38 no solo resulte innecesario, sino que constituya una incoherencia estructural[5].

En mi opinión no existe tal incoherencia en la formulación general ni en la aplicación particular de estos artículos al caso español. Solo podría sostenerse, como hacen los autores citados en la nota 5, que "la primacía de las normas conflictuales del Estado cuya ley resulta de aplicación … deja sin sentido la cláusula de no obligatoriedad" si entendiéramos que los conflictos a los que se refiere el artículo 38 son exclusivamente los derivados de la sucesión de un español (lo que, como veremos, es cierto) y quedara demostrado que la no aplicación en tal caso de las normas de conflicto del Reglamento, y su sustitución por las internas, lleva al mismo resultado al que llevaría la aplicación de "*las normas internas sobre conflictos de leyes"* a las que se refiere el artículo 36.1 (lo que, como veremos, no es cierto). Esta redundancia no existe.

En el primer caso, situados fuera del Reglamento, acudiríamos a los artículos 9º.8, 16.1 y 16.2 del Código civil. De la combinación de lo establecido en los artículos 9º.8 y 16.1 del Código civil se deriva que la sucesión de un español se regula por la

[3] El artículo 21 del Reglamento establece que *"salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento".*

[4] Según el artículo 22.1 del Reglamento *"cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento".*

[5] QUINZÁ REDONDO P. y CHRISTANDL G. "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret* 3/2013, págs. 1 y ss., en particular pág. 16. Este trabajo recoge diferentes modelos para resolver el problema de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo y analiza los cambios sufridos por el Reglamento con respecto a esta cuestión a partir del proyecto inicial. Apunta soluciones para los casos en los que sea de aplicación la ley española a la sucesión de un extranjero (más adelante se verá esta cuestión), pero pasa por encima de la aplicación del Reglamento a la sucesión de españoles.

ley del territorio cuya vecindad civil había poseído el causante en el momento de fallecer. Si la sucesión fuera testada y el causante hubiera cambiado de vecindad civil después de haber otorgado testamento, las disposiciones otorgadas de acuerdo con la ley correspondiente a la vecindad que poseía en el momento de testar conservarán su validez, pero las legítimas serán en todo caso las que correspondan según la ley del territorio cuya vecindad civil ostentaba en el momento de fallecer. En cuanto a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, quedan fuera de la ley sucesoria y se rigen por la ley que regula los efectos del matrimonio. Junto a esta reglamentación de carácter general, el artículo 16.2 del Código civil contiene una norma de conflicto unilateral que establece un ámbito de aplicación espacial-personal del usufructo vidual que regula el Código de Derecho Foral de Aragón, totalmente exorbitante en relación con el que le correspondería de acuerdo con los artículos 9º.8 y 16.1 del Código civil. De acuerdo con el mencionado artículo 16.2, el usufructo vidual aragonés se aplica no solo al cónyuge viudo de un matrimonio cuyo régimen económico matrimonial hubiera sido el propio de Aragón, sino también si el causante tenía vecindad civil aragonesa en el momento de fallecer, aunque su matrimonio nunca hubiera estado sujeto al régimen económico matrimonial de Aragón.

Pues bien, si acudimos al artículo 36.1 ello implica que estamos dentro del capítulo III del Reglamento y, en consecuencia, resulta de aplicación el conjunto de normas que lo integran, en particular normas como su artículo 23.2 letra b, que somete expresamente los derechos del cónyuge supérstite a la ley sucesoria; como el artículo 30, según el cual determinados bienes de la herencia pueden quedar sometidos a una ley distinta de la que regula el resto de la sucesión, lo que puede tener como resultado que al acudir al artículo 36.1 pudiéramos no estar ya ante la totalidad de la masa hereditaria, sino solo ante una parte de ella; o como el artículo 22, que posibilita elegir la ley aplicable a la sucesión. Es cierto que en este último caso podría sostenerse que la única ley elegible por parte de un español sería la de su vecindad civil o, más difícilmente, que la remisión del artículo 36.1 a las normas de conflicto internas constituye una regla específica que deja sin efecto lo establecido en el artículo 23.2 letra b y que, por lo tanto, habría que seguir sometiendo los derechos del cónyuge supérstite a la misma ley que su régimen de bienes. Pero ¿qué decir de la ley aplicable a la sucesión de un español, con bienes en España, cuya última residencia habitual hubiera estado fuera de cualquier Estado de la Unión Europea vinculado por el Reglamento[6]?: aplicando el artículo 38

[6] De acuerdo con el artículo 10.1 letra a del Reglamento, los "tribunales" españoles tendrían jurisdicción para conocer de esta sucesión. Según este artículo, *"aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en los que se encuentren los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que: a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento…".*

acudiríamos a los artículos 9º.8, 16.1 y 16.2, y por lo tanto a uno de los ordenamientos que coexisten en España, mientras que si lo ignoramos habría que acudir (en defecto de sumisión) al artículo 21 del Reglamento que nos remitiría a la ley del país (fuera de los vinculados por el Reglamento) en el que el causante había tenido su última residencia habitual. También aquí podría decirse que tal vez en virtud del artículo 34 podría producirse un reenvío a la ley española y acabar así en el artículo 36, pero ello solo si las normas de conflicto de la ley del que fue país de residencia utilizaran como punto de conexión la nacionalidad.

No parece, en definitiva, que un análisis riguroso permita afirmar que omitir por parte de un "tribunal"[7]español la existencia del artículo 38 y resolver la cuestión de la ley aplicable a la sucesión de un español acudiendo a lo establecido en el artículo 36.1 conduzca necesariamente y en todo caso al mismo resultado que si este "tribunal" aplica el artículo 38 y excluye la sucesión de los españoles de la aplicación del capítulo III del Reglamento. Tanto más si tenemos en cuenta que la aplicación de las normas de origen interno en el contexto del capítulo III del Reglamento fácilmente puede dar lugar a resoluciones distintas en casos análogos, dependiendo del "tribunal" que conozca del asunto[8].

La existencia del artículo 38 no puede obviarse mediante el expediente de calificar sin más de incoherente al legislador europeo. Lo procedente es llevar a cabo su integración en el conjunto del Reglamento, para lo que es necesario precisar en primer lugar qué debe entenderse por conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado, en particular en el

[7] Téngase en cuenta que el término "tribunal" se utiliza en el Reglamento para referirse no solo a autoridades judiciales, sino también a cualquier otra autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales en materia sucesoria (artículo 3.2 del Reglamento).

[8] Una cuestión con respecto a la cual no existen diferencias siguiendo la vía del artículo 36.1 o la del artículo 38 es la referida a la forma de las disposiciones testamentarias. En el primer caso, aunque el artículo 27 del Reglamento regula la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito, el artículo 75 lo deja sin aplicación para los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, del que España es parte. El Convenio es igualmente de aplicación a los conflictos internos ya que en él no se prevé una posible exclusión de estos conflictos de su ámbito de aplicación, ni España formuló en ningún momento reserva alguna al respecto. En nada cambia lo anterior el hecho de que algunas Comunidades Autónomas hayan regulado el ámbito de aplicación espacial de ciertas normas en materia de forma de los testamentos ya que, además de estar viciadas de inconstitucionalidad por invadir una competencia exclusiva del Estado (el artículo 149.1.8ª de la Constitución), el resultado de su aplicación es el mismo que resulta de aplicar el Convenio de La Haya de 1961. Es el caso, por ejemplo, del artículo 417 del Código del Derecho Foral de Aragón o del artículo 24.3 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, ambos sobre testamento mancomunado, cuya aplicación lleva al mismo resultado que aplicando los artículos 1º y 4º del Convenio de La Haya.

caso de España (epígrafe 3) y, a continuación, concluir si debemos considerar que España hace uso o no de la facultad contemplada en este artículo (epígrafe 4).

III. ¿Qué debe entenderse por conflictos de leyes que se plantean exclusivamente entre unidades territoriales de un mismo Estado?

Obviamente hay que empezar por rechazar que un conflicto de leyes entre unidades territoriales españolas se plantee automáticamente en todos los casos en los que sea de aplicación el derecho español a una sucesión, ya que para saber que es de aplicación el derecho español tendríamos que haber aplicado las normas de conflicto del capítulo III, precisamente para concluir que el capítulo III no es aplicable. Además, teniendo en cuenta la unidad de *foro* y *ius* que propicia el Reglamento, llegaríamos al absurdo de tener que concluir que en todos los casos en los que un "tribunal" español tuviera competencia para conocer de una sucesión (excepto en los que casos en los que se tratara de un causante extranjero que hubiera tenido su última residencia en España y hubiera designado como aplicable su ley nacional) estaríamos ante un conflicto planteado entre unidades territoriales españolas.

El adverbio "exclusivamente" es sin duda el término que da sentido al artículo 38 y nos traslada a aquellos supuestos en los que no solo todas las conexiones para determinar la jurisdicción y la ley aplicable concurren en un mismo Estado plurilegislativo, sino en los que además está ausente cualquier elemento extranjero en relación con este Estado o, si alguno está presente, a los ojos del legislador de este Estado es irrelevante y no rompe el carácter de "conflicto planteado exclusivamente entre sus diferentes unidades territoriales".

Se trata de los supuestos que en un Estado plurilegislativo como el nuestro dan lugar a lo que se ha venido denominando "conflictos internos" (precisamente el título que encabeza el artículo 38) y que constituye el objeto del Derecho interregional.

Pretender establecer con carácter general los requisitos que deben concurrir (o circunstancias que deben estar ausentes) para que un supuesto pueda ser calificado como interno o internacional y, por ende, en caso de considerarse interno y tratándose de un Estado plurilegislativo, para precisar si es constitutivo o no de un "conflicto de carácter interno", es una labor estéril. La cuestión debe ser por tanto precisar en qué casos, exclusivamente para nuestro propio ordenamiento, estamos ante un "conflicto interno" y, más en particular, ante un conflicto interno en materia sucesoria[9].

[9] Al menos hasta que el TJUE no dé, si alguna vez llega a hacerlo, un contenido autónomo a estos conceptos.

En materia sucesoria la regla central de nuestro sistema de Derecho interregional está recogida en el artículo 16.1.1ª del C. c., en relación con el artículo 9º.8 del mismo cuerpo legal[10]. En consecuencia, en materia sucesoria debemos entender que estamos ante un conflicto de leyes planteado exclusivamente entre unidades territoriales españolas (un conflicto interno) en tanto en cuanto estemos ante la sucesión de un español, estén donde estén sus bienes y cualquiera que sea su naturaleza. El hecho de que el causante español fallezca teniendo su residencia fuera de España o posea bienes en el extranjero es irrelevante para nuestras normas de origen estatal y no rompe su carácter de conflicto interno: si el causante es español, dondequiera que hubiera tenido su residencia y estén donde estén sus bienes, para el legislador español estamos ante un conflicto interno o, lo que es lo mismo, planteado exclusivamente entre diferentes unidades territoriales españolas. Esta conclusión, sin embargo, ve notablemente recortado su alcance por las normas que regulan la jurisdicción en materia sucesoria.

En efecto, aquí es necesario recordar que, como hemos tenido ocasión de ver en el epígrafe 1, las normas del Reglamento que regulan la competencia se aplican siempre. Ello supone que para que un "tribunal" español pueda conocer de una sucesión es necesario, como regla general, que la residencia habitual del causante en el momento de fallecer estuviera en España o en un Estado no vinculado por el Reglamento y, en este último caso, poseyera bienes en España y su nacionalidad fuera la española o, en su defecto (aunque al no tratarse de un español resulta aquí irrelevante), hubiera residido en España y en el momento de plantearse la cuestión sucesoria no hubieran transcurrido más de cinco años desde que hubiera fijado su residencia habitual en un Estado no vinculado por el Reglamento. De lo contrario los "tribunales" españoles carecerían de competencia.

En definitiva, como consecuencia de todo lo dicho hasta aquí, puede afirmarse que, con respecto a los fallecimientos que se hayan producido el 17 de agosto de 2015 y después de esta fecha, estamos ante un conflicto de leyes planteado exclusivamente entre unidades territoriales españolas en los casos en los que, teniendo en virtud del Reglamento competencia un "tribunal" español, es decir, habiendo tenido el causante su última residencia habitual en España (estén donde

[10] Artículo 16.1*: "Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil …"* Según el artículo 9º.1 *"la ley personal correspondiente a las persona físicas es la determinada por su nacionalidad*" y según el artículo 9º.8 *"la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren…*".

estén sus bienes) o en un Estado no vinculado por el Reglamento (y, en este último caso, poseyendo bienes en España), este causante tiene la nacionalidad española. En tales casos, el Reglamento permite la aplicación de las normas de conflicto de origen estatal, esto es, de los artículos 9º.8 y 16 del Código civil. La cuestión, llegados a este punto, es discernir si España ha manifestado de algún modo la voluntad de hacer uso de la facultad concedida por el artículo 38 del Reglamento.

IV. ¿Debe considerarse que España hace uso de la facultad contemplada en el artículo 38 del Reglamento?

En mi opinión, mientras esté en vigor el actual artículo 16 del Código civil y exista una norma de conflicto en el Capítulo IV del mismo Título Preliminar en materia de sucesiones (el artículo 9º.8), esto es, mientras se mantenga una regulación específica para determinar la ley aplicable a la sucesión de los españoles (único conflicto interno en materia sucesoria existente para nuestro ordenamiento), se puede interpretar que el legislador español hace tácitamente uso de la facultad que el artículo 38 otorga a los Estados miembros. Es cierto que también puede sostenerse que el artículo 36.1 presupone precisamente que tales normas internas existen y que pueden aplicarse por esta vía y no necesariamente por la del artículo 38, pero aquella primera interpretación permite una mayor seguridad jurídica que la de regular la sucesión de los españoles por la vía del artículo 36.1 : en el epígrafe 2 hemos señalado las dificultades que presenta conjugar nuestras normas de origen interno (artículos 9º.8 y 16 del Código civil) con las restantes normas del capítulo III del Reglamento. Siendo posible, como hemos visto, delimitar con precisión en qué casos estamos ante un conflicto que se plantea exclusivamente entre unidades territoriales españolas, la aplicación a estos conflictos de las normas internas españolas sin los condicionamientos del capítulo III facilita la labor de los operadores jurídicos españoles, familiarizados con nuestro tradicional Derecho interregional y, precisamente por ello, favorece la seguridad jurídica.

Si el legislador español hubiera considerado que el conflicto interno en la sucesión de españoles era susceptible de ser correctamente resuelto por la vía del artículo 36.1 y no del 38, debería haber modificado el contenido del artículo 9º.8 del Código civil para evitar las inadaptaciones entre este artículo y el capítulo III del Reglamento a las que ya nos hemos referido. Al no haberlo hecho, lo razonable es entender que ha optado implícitamente por mantener fuera del capítulo III del Reglamento los conflictos internos planteados por la sucesión de los españoles[11].

[11] El legislador ha tenido buenas oportunidades para pronunciarse al respecto, pero no lo ha hecho ni con ocasión de la modificación de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9º del Código civil (artículo segundo, número uno, de la Ley 26/2015) ni con ocasión de la introducción de una nueva Disposición

En consecuencia, en aquellos casos en los que un "tribunal" español se encuentra ante la sucesión de un causante español (cuya última residencia estuvo en España, o fuera de España en un país no vinculado por el Reglamento y, en este último caso, con bienes situados en territorio español: si el causante español tuvo su última residencia en un Estado vinculado por el Reglamento no existiría jurisdicción) la ley aplicable a su sucesión es la que corresponda en aplicación de los artículos 9º.8 y 16 del Código civil. En tales casos el capítulo III del Reglamento queda fuera de aplicación[12].

Por el contrario, sobre la base de que los conflictos internos en materia de sucesiones a los que se refiere el artículo 38 del Reglamento solo se producen si el causante posee la nacionalidad española, si un "tribunal" español se encuentra ante la sucesión de un extranjero (lo que ocurrirá por haber tenido éste su última residencia en España) debe ser de plena aplicación el capítulo III del Reglamento y, en particular, si el causante no hubiera designado como ley aplicable su ley nacional, el artículo 36.2. Dicho artículo remite directamente a la unidad territorial española en la que el causante hubiera tenido su última residencia. El artículo 36.1 no puede ser de aplicación desde el momento en que, como hemos señalado reiteradamente, nuestro sistema de Derecho interregional, por su propio contenido (sustitución de la nacionalidad por la vecindad civil, de la que carecen los extranjeros), no es susceptible de ser aplicado a extranjeros.

Lo dicho hasta aquí debería ser, sin embargo, únicamente una solución transitoria. El legislador español tiene que abordar de una vez por todas la cuestión de la aplicación o no a los conflictos internos de los Reglamentos de la UE que incorporan tales cláusulas de excepción[13]. En mi opinión no debería mantenerse un doble sistema, uno para supuestos calificados como "internacionales" y otro para

---

final 26ª en la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación del Reglamento 650/2012 en España (Disposición final segunda de la Ley 29/2015).

[12] Si un "tribunal" de un país de la UE vinculado por el Reglamento conociera de la sucesión de un español (lo que ocurriría por el hecho de haber tenido éste su última residencia habitual en tal país), solo debería aplicar la ley española en el caso de que el causante hubiera elegido como ley aplicable a su sucesión su ley nacional (de no ser así, la ley aplicable sería la del país de residencia). De haberse producido esta elección, a diferencia de un "tribunal" español que habiéndose acogido al artículo 38 no queda vinculado por el resto del capítulo III y no aceptaría elección alguna, el "tribunal" extranjero, al que no está dirigido el artículo 38 y por tanto no puede excluir la posibilidad de elección, debería decidir si debe dar o no validez a la elección de una ley española que no sea la correspondiente a su vecindad civil. De *lege ferenda* véase la nota 14.

[13] Véanse los artículos 22.2 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) o 25 del Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

supuestos "interregionales". Las normas de Derecho interregional no deben ser entendidas como normas diferentes de las de Derecho internacional privado, sino solo como una mera prolongación de las mismas para concretar, en aquellos casos en los estas últimas remiten a la aplicación del derecho español, cuál de los ordenamientos que coexisten en España debe ser aplicado[14].

De este modo, lo establecido en el artículo 38 del Reglamento, lo mismo que cualquier otra formulación análoga, resulta totalmente incompatible con la concepción de un Derecho interregional entendido como una mera prolongación del Derecho internacional privado. Siguiendo esta línea de pensamiento, lo procedente sería que el legislador español ignorara lo establecido en el artículo 38, derogando para ello los artículos 9º.8 y 16.2 del Código civil y se limitara a establecer cuál de los ordenamientos que coexisten en España debería ser aplicado a la sucesión de un español, utilizando para ello la conexión "vecindad civil"[15]. De esta forma, en los casos en los que según las normas de conflicto del Reglamento fuera de aplicación la ley española a la sucesión de un español[16], se actuaría conforme a lo establecido en el artículo 36.1 del Reglamento y las reglas sugeridas en la nota 14; y en los casos en los que según estas mismas normas de conflicto la ley española fuera aplicable a la sucesión de un extranjero, se actuaría conforme a lo establecido en el 36.2. En ambos casos cumpliendo con la totalidad de las normas que integran el capítulo III del Reglamento.

---

[14] Véase más ampliamente sobre esta cuestión mi trabajo [GARAU JUANEDA, L.], "El derecho interregional español ante un Derecho internacional privado europeo común", *AEDIPr*, t. VI, p.161 y ss.

[15] Bastaría con sustituir el actual contenido del artículo 9º.8 del Código civil por otro que estableciera que las sucesiones se regirán por lo establecido en el Reglamento 650/2012, añadiendo que en los casos en los que sea necesario precisar cuál de los ordenamientos que coexisten en España debe ser aplicado a un español, se aplicará aquél que corresponda a su vecindad civil y que, en caso de elección por un español de su ley nacional, ésta solo puede referirse a la de su vecindad civil o a la de una unidad territorial distinta con la hubiera mantenido una vinculación más estrecha.

[16] Como ya ha habido ocasión de señalar, en aplicación de las normas sobre jurisdicción y ley aplicable del Reglamento (sin hacer uso por tanto del artículo 38) la ley española debe aplicarse por un "tribunal" español cuando se trate de la sucesión de un español cuya última residencia habitual hubiera estado en España o, mediando un reenvío, en un país no vinculado por el Reglamento, siempre en este último caso que poseyera bienes en España, ya que de lo contrario los "tribunales" españoles carecerían de jurisdicción (y, naturalmente, también debe aplicarse la ley española a la sucesión de los extranjeros cuya última residencia habitual hubiera estado en España y no hubieran designado como ley aplicable la de su nacionalidad); un "tribunal" de otro Estado vinculado por el Reglamento solo aplicará la ley española a la sucesión de un español cuya última residencia habitual hubiera estado en tal país y hubiera hecho uso de la posibilidad de elegir su ley nacional como ley aplicable a su sucesión.