

LAS PRINCIPALES CONEXIONES DEL REGLAMENTO 650/2012 POR VEZ PRIMERA ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

THE MAIN CONNECTING FACTORS OF REGULATION 650/2012 FOR THE FIRST TIME BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

JOSEP M. FONTANELLAS MORELL*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE TRIBUNAL, RESOLUCIÓN Y DOCUMENTO PÚBLICO. III. LA REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE LA SUCESIÓN. IV. LA UNICIDAD DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE. V. LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES. VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

RESUMEN: En los seis años que lleva aplicándose, el Reglamento (UE) nº 650/2012 se ha consagrado como uno de los grandes textos del DIPr europeo. Su articulado, extenso y complejo, necesita, como era de prever, una continua y delicada labor interpretativa por parte de los tribunales, entre los cuales el Tribunal de Justicia ocupa el lugar preeminente dado el carácter vinculante de sus decisiones, que, en esta materia y hasta el momento, llegan a una decena. Contemplada desde una perspectiva temporal, en la jurisprudencia del TJUE sobre el Reglamento de Sucesiones cabe distinguir dos ciclos: uno inicial, que va de finales de 2017 a mediados de 2020, y otro posterior, comenzado en el verano de 2021, en el que aún estamos inmersos. Pieza clave de esta secuencia es la Sentencia de 16 de julio de 2020 (asunto C-80/19), porque, a la par que constituye el nexo entre una y otra etapa, suscita el análisis de algunos de los temas nucleares de dicho Reglamento.

ABSTRACT: After six years of application, Regulation (EU) No 650/2012 has been confirmed as one of the great texts on European PIL. Its extensive and complex content requires, as it was to be expected, a continuous and delicate construction by the courts, in particular the Court of Justice of the European Union, because of the binding nature of its decisions, which, in this area and so far, amount to ten. From a temporal perspective, two periods can be distinguished in the case law of the CJEU on the Succession Regulation: an initial one, which runs from the end of 2017 to mid-2020 and a subsequent one, starting in the summer of 2021, in which we are currently immersed. The CJEU's Judgment of 16 July 2020 (Case C-80/19) is a key piece of this sequence, because, besides constituting the link between one stage and the other, it tackles some of the core issues of this Regulation.

Fecha de recepción del trabajo: 1 de noviembre de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2021.

* Profesor agregado de Derecho internacional privado de la Universidad de Lleida.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional privado; Unión Europea; Reglamento (UE) n° 650/2012; sucesión *mortis causa*; concepto de tribunal, resolución y documento público; repercusión transfronteriza; residencia habitual del causante; autonomía de la voluntad.

KEYWORDS: *Private International Law; European Union; Regulation (EU) No 650/2012; succession mortis causa; concept of court, judgment and authentic instrument; cross-border implications; habitual residence of the deceased; party autonomy.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Sin temor a exagerar, puede afirmarse que el verano de 2021 se ha erigido en una atalaya óptima para, echando la mirada atrás y proyectarla luego hacia delante, observar el paulatino despliegue de las disposiciones del Reglamento de Sucesiones (RS)¹ en sus primeros años de aplicación². En efecto y ciñéndonos a las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ/TJUE), no es difícil advertir que, en los comienzos del período considerado, se daban, con relación al Reglamento 650/2012, dos circunstancias que invitaban a un hacer balance de situación: por un lado, había transcurrido casi un año desde que la Corte de Luxemburgo culminara un ciclo inicial de jurisprudencia sobre el instrumento³, lapso que ha permitido a la doctrina especializada un análisis reposado de los casos ya cerrados⁴, incluido el último de ellos, que dirime la Sentencia de 16 de julio de 2020⁵, a la que dedicaremos buena parte del presente artículo; por otro lado, se estaba a las puertas de una segunda oleada de decisiones europeas que habían de dar respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas desde septiembre de 2020⁶, de las cuales, en el momento de revisar estas

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 las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134; corrección de errores, L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3; L 60, de 2 marzo de 2013, p. 140; L 243, de 23 de septiembre de 2019, p. 9).

² Con arreglo a su art. 84, el Reglamento 650/2012, en vigor desde el 17 de agosto de 2012, es «aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012» (DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, p. 134).

³ Se trata de las Sentencias del TJUE de 12 de octubre de 2017 (C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755), 1 de marzo de 2018 (C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138), 21 de junio de 2018 (C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485), 17 de enero de 2019 (C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34) y de 23 de mayo de 2019 (C-658/17, *WB*, ECLI:EU:C:2019:444).

⁴ Para el estudio global de los mismos, véase, A. DUTTA, «Das internationale Familien- und Erbrecht in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union - die vergangenen fünf Jahre», *ZEuP*, 27 (2020-4), pp. 897-943; O. REMIEN, «Die Europäische Erbrechtsverordnung und die vielen Fragen der europäischen Rechtsprechung – fünf Jahre nach Inkrafttreten», *IPRax*, 41 (2021-3), pp. 329-338; y, en nuestra doctrina, Á. LARA AGUADO, «Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas», *REEI*, 39 (2020-1), pp. 1-67.

⁵ Sentencia de la Sala Primera en el asunto C-80/19, *EE*, ECLI:EU:C:2020:569.

⁶ Hasta la fecha, son siete nuevos asuntos: C-277/20, *UM* (DOUE, C 313, de 21 de septiembre de 2020, p. 12), C-301/20, *Vorarlberger Landes- und Hypothekbank* (DOUE, C 313, de 21 de septiembre de 2020, p. 13), C-387/20, *OKR* (DOUE, C 53, de 15 de febrero de 2021, pp. 15-16), C-422/20, *RK* (DOUE, C

páginas, a finales de octubre de 2021, el TJ ha resuelto cuatro, tres por medio de sentencia y una más a través de auto⁷.

2. Por lo que se refiere a los primeros asuntos abordados por el Tribunal acerca del Reglamento 650/2012, cabe observar que se han centrado en una serie de problemas que parecen ser recurrentes: la delimitación del ámbito material de aplicación del instrumento respecto de cuestiones relativas a otros dominios jurídicos colindantes, como los derechos reales (*Kubicka*) o los regímenes económicos matrimoniales (*Mahnkopf*); el certificado sucesorio, bien nacional (*Oberle*) bien europeo (*Brisch y WB*); el concepto de «tribunal», «resolución» y «documento público» (*Oberle y WB*); y la posible función jurisdiccional de notarios y otros profesionales del Derecho (*WB*). En la segunda tanda de casos, en la que estamos inmersos, el TJUE ha sido requerido para pronunciarse tanto sobre aspectos inéditos de temas ya tratados –el ámbito material de aplicación del instrumento (*UM*) o el certificado sucesorio europeo (*Vorarlberger Bank, Registru centras*)– como respecto de cuestiones nuevas, algunas muy concretas –la validez de una declaración de renuncia a la herencia (*TN-NN*) o la comprobación de oficio de una competencia subsidiaria (*VA-ZA*)–, pero de amplio alcance otras –la elección del tribunal competente (*RK*) o de la legislación reguladora (*UM y OKR*)–, las cuales, sin embargo, todavía no habían sido sometidas a la consideración de la justicia europea hasta la Sentencia *EE*. De ahí la gran importancia «estratégica» de esta decisión de 16 de julio de 2020, que, no solamente sirve de engarce entre la jurisprudencia inicial del TJUE y la subsiguiente, sino que asimismo franquea la puerta al análisis de algunos de los temas nucleares del Reglamento 650/2012⁸.

3. La resolución que centra el presente estudio trae causa de la solicitud presentada, el 17 de julio de 2017, por E. E. –un ciudadano lituano afincado en Alemania– ante una notaria de Kaunas (Lituania) por medio de la cual instaba la apertura de la sucesión de su madre –también nacional lituana con residencia habitual en Alemania, por más que este segundo dato sea, como se verá, objeto de controversia– y la expedición de un certificado nacional de los derechos sucesorios resultantes. Dado que, según la información obrante en el expediente, el fallecimiento de la causante se había producido con posterioridad al 17 de agosto de 2015, la notaria, en aplicación del Reglamento 650/2012, rechazó, el 1 de agosto de 2017, la petición sobre la base de que, en el sentido del art. 4 RS, la residencia habitual de la difunta se hallaba, a su juicio, en Alemania, en donde –acompañada de su hijo E. E.– se había establecido desde su matrimonio con K.-D. E., un ciudadano alemán residente en la República Federal. En desacuerdo con esta denegación, E. E. la impugnó ante el *Kauno apylinkės teismas* (Tribunal Comarcal de

443, de 21 de diciembre de 2020, pp. 4-5), C-617/20, *TN-NN* (*DOUE*, C 53, de 15 de febrero de 2021, p. 24), C-645/20, *VA-ZA* (*DOUE*, C 53, de 15 de febrero de 2021, p. 26), C-354/21, *Registru centras* (*DOUE*, C 349, de 30 de agosto de 2021, p. 19).

⁷ Se trata de las Sentencias de 1 de julio de 2021 (C-301/20, *Vorarlberger Landes- und Hypothekbank*, ECLI:EU:C:2021:528) y de 9 de septiembre de 2021 (C-277/20, *UM*, ECLI:EU:C:2021:708; C-422/20, *RK*, ECLI:EU:C:2021:718), y del Auto de 1 de septiembre de 2021 (C-387/20, *OKR*, ECLI:EU:C:2021:751).

⁸ Lo capta de inmediato M. LEHMANN, quien se afana en realzar que la Sentencia *EE* «*is the first one to deal with several fundamental issues of the Succession Regulation*» (<https://eapil.org/2020/10/21/a-major-cjeu-decision-on-the-succession-regulation-the-case-of-e-e/>).

Kaunas), que, en una resolución de 29 de enero de 2018, estimó la reclamación del actor amparándose en el hecho de que la *de cuius* nunca había llegado a cortar los vínculos que la mantenían unida a su patria. A la vista de este fallo, la notaria que había sido requerida para la apertura de la sucesión lo apeló ante el *Kauno apygardos teismas* (Tribunal Regional de Kaunas), el cual, en una decisión de 26 de abril de 2018, anuló la resolución recurrida y desestimó las pretensiones del demandante. Es necesario reseñar que, en el marco de este procedimiento de segunda instancia, E. E. solicitó que fuera incorporada a los autos una declaración de K.-D. E. en la que éste afirmaba no tener interés alguno en la herencia de su esposa, así como aceptar la competencia de los tribunales lituanos, en tanto que, en Alemania, no se había abierto ninguna causa al respecto. Una vez hecha pública la Sentencia del Tribunal Regional, E. E., disconforme con el veredicto, lo recurrió en casación ante el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania), que, consciente de las dudas interpretativas que, respecto del Reglamento de Sucesiones, el caso suscitaba, decidió, el 17 de enero de 2019, suspender el procedimiento y plantear al TJ una serie de cuestiones prejudiciales⁹, las cuales, al no haber sido en su mayoría resueltas con anterioridad por la Corte europea, requirieron la previa intervención del Abogado General, que presentó sus conclusiones el 26 de marzo de 2020¹⁰, prácticamente cuatro meses antes de que acabara el procedimiento ante las instancias comunitarias mediante la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 16 de julio de 2020¹¹.

4. Estudiado en profundidad, como nos proponemos hacer en el presente trabajo, el pronunciamiento del TJUE permite extraer instructivas lecciones acerca de los límites a los que, a la hora de interpretar y aplicar el Reglamento 650/2012, deben hacer frente los operadores jurídicos. En efecto, el supuesto examinado constituye un ejemplo de cómo, a través de la formulación de diversas preguntas ligadas entre sí, el órgano jurisdiccional remitente pone a prueba las costuras del instrumento para, al amparo de sus previsiones, tratar de someter a las autoridades y al derecho lituanos un asunto que quizás no debiera ser de su incumbencia. Como tendremos ocasión de constatar, la tela de araña que teje el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* para captar el caso en favor del sistema lituano de DIPr se sustenta en una doble lógica: por una parte, «conceptual», consistente en dilucidar si, las principales nociones jurídicas que subyacen en el supuesto objeto de la discusión –la emisión por un notario de un certificado sucesorio–, se corresponden con las que maneja el instrumento comunitario; por la otra, «espacial», consecuencia de poner en entredicho tanto el carácter «internacional» de la situación privada litigiosa, como la concreción de los criterios de conexión que, con miras a disciplinarla jurisdiccional y legislativamente, permiten «localizarla» en un

⁹ El resumen en español de la petición del *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* al TJUE se puede consultar en <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=219786&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1593649>.

¹⁰ ECLI:EU:C:2020:230. El texto es accesible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224736&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2062548>.

¹¹ ECLI:EU:C:2020:569. Se puede leer en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=649A16759FC88043C3D3EEFA0CA4E4E2?text=&docid=228675&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2062548>.

ordenamiento estatal determinado. Siguiendo este orden de ideas –que no coincide con el de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia ni con el que éste las contesta–, el presente artículo abordará, en primer lugar (II), la dimensión «conceptual» del pleito, repasando, para ello, las nociones de «tribunal», «resolución» y «documento público» acogidas por el Reglamento, para, en segundo término, adentrarse en la vertiente «espacial» de la controversia, tarea que requiere el examen de los puntos de fricción que, en relación con ella, detecta el órgano judicial remitente: la repercusión transfronteriza de la sucesión (III), la exclusividad de la residencia habitual del causante (IV) y la existencia de una elección tácita del tribunal competente y del derecho aplicable (V). Al final, a modo de corolario, reflejaremos los resultados de la investigación llevada a cabo en unas breves reflexiones conclusivas (VI).

II. CONCEPTO DE TRIBUNAL, RESOLUCIÓN Y DOCUMENTO PÚBLICO

5. En este epígrafe de nuestro artículo, queremos ocuparnos de la sección central de la sentencia del TJUE, que viene a ser un paréntesis en la línea discursiva principal de la resolución –comentada más abajo, en los apartados III y IV–, de la que no participa más que tangencialmente, puesto que, en el bloque temático que constituyen las respuestas a las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta, no se pasa revista a las conexiones básicas del Reglamento, sino a una serie de nociones que éste maneja, con respecto a las cuales el Tribunal de Luxemburgo apenas declara nada nuevo; nada que, de una manera u otra, no hubiera aparecido en su anterior jurisprudencia.

6. Uno de los ejes argumentales utilizado por el órgano jurisdiccional remitente para intentar escapar del corsé regulatorio que comporta el Reglamento 650/2012 es de orden «conceptual». Así, al inquirir de la Corte europea si la notaria lituana que abre una sucesión hereditaria para, entre otras actuaciones, emitir un certificado sucesorio nacional ejerce como un «tribunal» que dicta una «resolución» o simplemente se desempeña como una autoridad que expide un «documento público», el Tribunal Supremo de Lituania está introduciendo, en la segunda de las hipótesis, la posibilidad de que el notario intervenga «sin atenerse a las normas generales sobre competencia»¹² previstas en el instrumento, lo cual podría implicar la afirmación de su competencia (acompañada, eventualmente, de una aplicación de la *lex fori*) en un supuesto en el que, con el Reglamento de Sucesiones en la mano, este resultado es discutible, como podrá comprobarse a lo largo del presente trabajo.

7. Para desarrollar y poner a prueba este razonamiento, el TJ tiene que vérselas con varios conceptos que, en el marco del Reglamento 650/2012, han capitalizado una parte significativa del debate científico y de la doctrina jurisprudencial. Un lugar preferente lo ocupa la noción de «tribunal» u «órgano jurisdiccional», que, al haber sido entendida de manera dispar por el legislador europeo en los distintos instrumentos comunitarios¹³, ha

¹² Sentencia *EE*, apdo. 32.4).

¹³ Un inventario completo y sistemático de la situación existente lo ha llevado a cabo el Abogado General Y. BOT, quien, en sus Conclusiones de 8 de septiembre de 2016 sobre el asunto *C-484/15 (Zulfikarpašić)*, ECLI:EU:C:2016:654, apdos. 66-73), identifica en los textos comunitarios tres patrones regulatorios que

suscitado serios problemas de interpretación, que a propósito de la definición contenida en el Reglamento de Sucesiones¹⁴, han alcanzado su máxima expresión, como

se corresponden con concepciones diferentes del término en cuestión: al primero, que se caracteriza por una asimilación puntual de algunas autoridades a órganos jurisdiccionales, es al que se conforma el art. 4.7 del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (*DOUE*, L 143, de 30 de abril de 2004, p. 18), como lo hace, igualmente, el art. 3 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Reglamento «Bruselas I bis» (RBIb), *DOUE*, L 351, de 20 de diciembre de 2012, p. 6]; el segundo modelo, como ejemplifican el art. 2.1 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 [Reglamento «Bruselas II bis» (RBIib), *DOUE*, L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 4] así como el art. 5.3 del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DOUE*, L 399, de 30 de diciembre de 2006, p. 4), se sustenta en la dilución del concepto de órgano jurisdiccional en el de autoridad competente; la tercera solución de los instrumentos europeos [*verbi gratia*, en el art. 2.2.1 del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE*, L 7, de 10 de enero de 2009, p. 6) y en el art. 3.2.1 del Reglamento (UE) n° 650/2012 (véase, *supra*, nota 1, *DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012, p. 117)] consiste en incluir una definición de órgano jurisdiccional, que es fruto del acervo jurisprudencial acumulado. Como observa el Sr. BOT (apdo. 73), fuera de esta última hipótesis, el DIPr de la Unión Europea oscila, «sin ninguna coherencia», entre una interpretación estricta y una exégesis amplia del concepto de «órgano jurisdiccional», dependiendo de si se tasan limitativamente las autoridades «administrativas» que tienen cabida en su seno o se da entrada en el mismo a toda autoridad competente de acuerdo con el Derecho nacional. Para P. JIMÉNEZ BLANCO [«El concepto de "órgano jurisdiccional" en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, XIX-XX (2019-2020), p. 124], en la disparidad normativa existente, puede intuirse «cierta premeditación» por parte del legislador europeo, que parece no haber querido remediarla.

¹⁴ El Reglamento 650/2012 opta por la tercera de las tendencias reseñadas en la nota anterior, puesto que, en la línea del Reglamento 4/2009, que es su evidente fuente inmediata de inspiración, recoge una noción de «tribunal» *adaptada* a las particularidades del proceso de liquidación de la herencia, que ya pusiera de relieve el «Libro verde. Sucesiones y testamentos» [COM(2005) 65 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0065&from=FR>)], al sentar como premisa del debate, en la parte introductoria del documento, que «[l]a mayoría de las sucesiones se regulan de manera no contenciosa [por lo que] la aprobación de una legislación comunitaria relativa exclusivamente a la designación de los órganos jurisdiccionales competentes para resolver los litigios sucesorios, y al reconocimiento y ejecución de sus resoluciones, sería insuficiente» (p. 3). De ahí que, desde el primer esbozo de instrumento europeo (el *Document de réflexion/Discussion paper*, de 30 de junio de 2008, presentado en el Seminario «*Current Developments in European Family Law and Law of Succession with a Focus on Maintenance*», celebrado en Trier los días 25 y 26 de septiembre de 2008), hasta el texto final del mismo (el Reglamento 650/2012), se haya procurado proporcionar una definición amplia de los órganos encargados de los temas sucesorios [es elocuente la asunción de esta pretensión de amplitud por parte del cdo. 20 RS (*DOUE*, L 201, p. 109)], si bien con cambios notables. Así, mientras que el art. 1.2(c) del *Document de réflexion/Discussion paper* usaba el término «autoridad», que reunía en su seno a «*toutes les autorités compétentes des États membres en matière de succession à cause de mort telles que les juridictions, les commissaires ou les notaires*»; «*all competent authorities of the Member States in matters of succession upon death like courts, commissioners and "notaires"*» (p. 4); el art. 3.2 del Reglamento habla de «tribunal», entendido como «todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del derecho ofrezcan garantías respecto a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al derecho del Estado

evidencian los reiterados requerimientos para que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto¹⁵. Parece meridianamente claro que las dificultades para la correcta intelección del concepto se deben a que, a diferencia de regulaciones europeas precedentes¹⁶ –pero a semejanza de otras posteriores¹⁷–, la noción de «tribunal» manejada por el instrumento sucesorio no solamente comprende los «órganos judiciales» (o «jurisdiccionales») y las «autoridades» (administrativas), sino que, llevando hasta sus últimas consecuencias la combinación de perspectivas –una orgánica y otra funcional– que la caracterizan¹⁸, alcanza también a los «profesionales del derecho», que suelen identificarse principalmente con los notarios¹⁹.

miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia» (DOUE, L 201, 2012, p. 117). Dejando a un lado las condiciones atinentes a las garantías del proceso y a las características de la decisión, que son un trasunto de las recogidas en el art. 2.2 del Reglamento 4/2009 (DOUE, L 7, 2009, p. 6), la singularidad de la redacción del instrumento sucesorio, motivada por la razón ya descrita en el Libro verde, radica en la frase que complementa la alusión a los órganos judiciales y que, junto a los mismos, concede la categoría de «tribunal» a «todas las demás autoridades y profesionales del derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control»; más en concreto, la referencia a los «profesionales del derecho» y al ejercicio por éstos de «funciones jurisdiccionales» (o a su actuación «por delegación» –o «bajo control»– judicial) supone el rasgo distintivo de la noción que emplea el Reglamento 650/2012 y, por el momento, el primordial punto de discordia.

¹⁵ No deja de ser altamente revelador de la complejidad de la cuestión el hecho de que, de las primeras diez decisiones que ha dictado el TJ sobre el Reglamento 650/2012, tres de ellas (WB, EE y OKR) la aborden.

¹⁶ Así, por ejemplo, el art. 2.1 R2201/2003 (DOUE, L 338, p. 4), el art. 2.2 R4/2009 (DOUE, L 7, p. 6) o el art. 3 R1215/2012 (DOUE, L 351, p. 6); texto, éste, que, si bien es coetáneo del instrumento sucesorio, ha heredado el planteamiento dimanante del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Reglamento «Bruselas I» (RBI), DOCE, L 12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23] y, aún más atrás, del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [«Convenio de Bruselas» (CB), DOCE, L 299, de 31 de diciembre de 1972, pp. 32-45; edición especial en español, 1985, cap. 1, t. 1, pp. 186-199], que, por cierto, nada dicen al respecto en su articulado.

¹⁷ Como la contenida en el art. 3.2 del Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [(RREM) DOUE, L 183, de 8 de julio de 2016, p. 11] o el art. 3.2 del Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [(RUR), DOUE, L 183, de 8 de julio de 2016, p. 40].

¹⁸ M. REQUEJO ISIDRO, «El artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho», REEI, 39 (2020-1), p. 4.

¹⁹ Recuérdense, en este sentido, que el *Document de réflexion/Discussion paper* se refería explícitamente a los notarios y los comisarios (*supra*, nota 14), seguramente teniendo en mente, en lo que concierne a estos últimos, al *commissaire-priseur* del Derecho francés, un funcionario encargado de tasar y subastar bienes muebles y que, en materia de sucesiones, es competente para inventariar y valorar los activos hereditarios mobiliarios (véase, J.-C. OLOMBI, *Le commissaire-priseur judiciaire: statut, organisation professionnelle et responsabilité*, Paris, L'Harmattan, 2009). A partir del 1 de julio de 2022, esta función será realizada por el *commissaire de justice*, nueva figura creada por la *Ordonnance n° 2016-728 du 2 juin 2016 relative au statut de commissaire de justice* (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032623732/>), que fusiona en un único cuerpo a los antiguos *commissaires-priseurs* y a los *huissiers de justice*.

8. La inclusión de los notarios dentro de la definición de «tribunal» de que se sirve el Reglamento 650/2012 ha sido muy controvertida tanto durante la confección del texto como después de su «entrada en aplicación»²⁰ y, en la práctica posterior, ha suscitado tal grado de incertidumbre que, al igual que ha acontecido respecto de otros instrumentos²¹, el TJUE se ha visto compelido a fijar el alcance de una posible intervención notarial²².

²⁰ Para un repaso muy exhaustivo de toda la problemática inherente a la consideración como «tribunal» de las autoridades judiciales y los profesionales del derecho, en particular, los notarios, véase, para el período de gestación y aprobación del Reglamento, M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 124-132; y, para la etapa subsiguiente a su promulgación, M. ÁLVAREZ TORNÉ, «El sistema de determinación de la competencia introducido por el Reglamento de la UE en materia sucesoria y dificultades para su aplicación», en M. E. GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH (dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 79-82.

²¹ La Corte europea ha abordado el tema en sus Sentencias de 17 de marzo de 2017, las cuales, en el marco del Reglamento 1215/2012 (C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2017:193) y del Reglamento 805/2004 (C-484/15, *Zulfikarpašić*, ECLI:EU:C:2017:199), respectivamente, han dictado que, en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un «documento auténtico», los notarios croatas no están comprendidos en el concepto de «órgano jurisdiccional», a efectos de dichos instrumentos, puesto que «[s]i bien es cierto que el deudor puede formular oposición contra el mandamiento de ejecución expedido por el notario y que parece que el notario ejerce las funciones que se le atribuyen en el procedimiento de ejecución forzosa en virtud de un "documento auténtico" bajo el control del juez, al que el notario debe enviar las eventuales objeciones, no es menos verdad que en Croacia, el examen por el notario de la solicitud para que se expidan mandamientos de ejecución con tal fundamento no tiene carácter contradictorio» (apdo. 58 de la Sentencia *Pula Parking* y apdo. 46 de la Sentencia *Zulfikarpašić*). Es patente que, a la hora de decidir estos asuntos, se ha primado la exigencia de contradicción «como esencia de la función –jurisdiccional– del órgano en juego» (M. REQUEJO ISIDRO, *loc. cit.* en nota 18, p. 21).

²² En otro orden de cosas, bien que igualmente con relación a la calificación de los notarios como «órganos jurisdiccionales», el Auto del TJUE de 1 de septiembre de 2021 (C-387/20, *OKR*, ECLI:EU:C:2021:751) rebate que, en el asunto juzgado, un notario adjunto polaco tenga esa condición en cuanto al art. 267 TFUE, o sea, al objeto de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. En contraste con el criterio del remitente, que, para justificar su petición, arguye «que es un órgano imparcial e independiente frente a las partes que le solicitan que formalice un documento notarial, que la protección jurídica que confiere tiene carácter vinculante y que el control que lleva a cabo sobre su negativa a formalizar un documento notarial tiene también carácter permanente» (apdo. 12), el TJ entiende que «del conjunto de elementos aportados a los autos que obran en el presente procedimiento se desprende que el notario adjunto no ha de resolver un litigio ni debe dictar una resolución judicial» (apdo. 25). Esta respuesta negativa, que trasluce la posición tradicional del Tribunal –mantenida, en lo fundamental, desde la Sentencia de 30 de junio de 1966 (61/65, *Vaassen-Göbbels*, ECLI:EU:C:1966:39, FJ 1)– sobre las condiciones que debe cumplir un órgano para ser reputado «jurisdiccional» y, en calidad de tal, poder elevarle una cuestión prejudicial, ya fue apuntada por quien, antes que nadie, advirtió el problema en el contexto del Reglamento de Sucesiones (M. ÁLVAREZ TORNÉ, *op. cit.* en nota 20, p. 132). A la luz de la jurisprudencia posterior del TJ sobre el art. 267 TFUE, en particular la Sentencia de 16 de febrero de 2017 (C-503/15, *Margarit*, ECLI:EU:C:2017:126, apdo. 37), la doctrina especializada ha mostrado sus reservas sobre la posibilidad de que, a pesar de ser conceptualizada como un «tribunal» en el sentido del art. 3.2 RS, una autoridad no judicial –verbigracia, un notario– pueda presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia debido a la dificultad de acreditar, en el ejercicio de sus funciones –que, según el mismo precepto, deben ser: jurisdiccionales, realizadas por delegación de poderes de un órgano judicial o bajo su control–, una plena autonomía, sin sometimiento jerárquico alguno ni subordinación respecto de terceros (M. REQUEJO ISIDRO, *loc. cit.* en nota 18, p. 24). Aunque no por este motivo, el Auto *OKR* confirma que un notario –potencial «órgano jurisdiccional» de conformidad con el art. 3.2 RS– puede, en comparación, ver dificultado su reconocimiento como «órgano jurisdiccional» a efectos del art. 267

En el asunto que nos ocupa –C-80/19, *EE*–, para responder a la segunda cuestión prejudicial que se le ha formulado, la Corte con sede en Luxemburgo ha de ponderar si, a la hora de expedir un certificado nacional, un notario puede ser considerado como un «tribunal» en el sentido del Reglamento 650/2012. Para alcanzar el fallo, el Tribunal de Justicia razona de modo similar a como lo había hecho en su Sentencia de 23 de mayo de 2019²³, por lo que, a fin de poner de manifiesto la semejanza, en este punto, entre

TFUE, lo que sólo se explica, porque –como sostiene la propia decisión (apdo. 31)– el término empleado por el Reglamento «tiene un significado más amplio» que su homónimo recogido en el Tratado de Funcionamiento. Con todo, cabría preguntarse si la exigencia de coherencia en la interpretación de las normas que conforman el DIPr europeo [S. SÁNCHEZ LORENZO, «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 70 (2018-2), pp. 17-47] no debería extenderse también a aquellas disposiciones del Derecho originario de la Unión que, si bien se sitúan extramuros de lo que en puridad es el sistema de DIPr, repercuten –indirectamente, como mínimo– sobre él. En otras palabras, ¿es lógico (y coherente) que, cuando un notario investido del carácter de «órgano jurisdiccional» que le otorga el art. 3.2 del Reglamento 650/2012 albergue, al aplicarlo, alguna duda interpretativa sobre el mismo no pueda formular una cuestión prejudicial al TJUE, porque, en el ámbito del art. 267 TFUE, no es reputado un «órgano jurisdiccional»? En este supuesto, la necesidad de coherencia exegética entre el art. 3.2 RS y el art. 267 TJUE no dimana obviamente de la terminología que comparten, sino de los objetivos y valores de política legislativa que subyacen en ambos preceptos (S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, p. 20).

²³ Asunto C-658/17 (*WB*, ECLI:EU:C:2019:444), que trae causa de la petición realizada por un ciudadano polaco habitualmente residente en Polonia (*WB*), quien, tras el fallecimiento, el 6 de agosto de 2016, de su padre, un empresario con actividades económicas a un lado y otro de la frontera con Alemania y del que se intuía que había invertido en bancos alemanes sumas de dinero susceptibles de ser incorporadas a la masa hereditaria, presentó, el 7 de junio de 2017, una solicitud ante la Sra. P. Bac, notaria polaca –que ya había sido parte en *Kubicka* (C-218/16, Sentencia de 12 de octubre de 2017, ECLI:EU:C:2017:755)– establecida en la ciudad de Stubice (Polonia), para que le facilitara una copia del certificado de título sucesorio, por ella expedido el 21 de octubre de 2016, y una certificación de que dicho documento era una «resolución» en el sentido del art. 3.1.g) RS. Con carácter subsidiario y para el caso de que se rechazara esta solicitud, el Sr. *WB* pidió que se le proporcionara la copia del certificado de título sucesorio y la certificación acreditativa de que ese certificado constituía un «documento público» en el sentido del art. 3.1.i) RS. Por medio de un acta también fechada el 7 de junio, un oficial de la notaría desestimó la primera pretensión del Sr. *WB* por razón de que, aun cuando se entendía que el certificado en cuestión era una «resolución» en el sentido del art. 3.1.g) RS, la falta de notificación, en los términos del art. 79 RS, por parte de la República de Polonia a la Comisión Europea de que los notarios polacos pudieran merecer la calificación de «tribunal», impedía extender el certificado requerido con arreglo al formulario contemplado en el anexo 1 del Reglamento de Ejecución nº 1329/2014; en cuanto a la solicitud subsidiaria, fue igualmente rechazada por el oficial sobre la base de que, calificado el certificado de título sucesorio de «resolución», no era posible considerarlo un «documento público» del que expedir una certificación conforme al anexo 2 del Reglamento nº 1329/2014.

El mismo día de la decisión contraria a sus intereses, el 7 de junio de 2017, el Sr. *WB* la recurrió ante el *Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim* (Tribunal Regional de Gorzów Wielkopolski, Polonia), alegando, por un lado, que el certificado de título sucesorio cumplía todos los requisitos exigidos para ser reputado como una «resolución» a tenor del art. 3.1.g) RS; y, por otro lado, que la circunstancia de que la República de Polonia no hubiera notificado a la Comisión si los notarios que expedían los certificados de título sucesorio debían quedar incluidos en la lista prevista en el art. 79 RS en relación con el art. 3.2 RS, no prejuzgaba la naturaleza jurídica de dichos certificados. A la vista de las dudas que el caso le suscitaba, el *Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia diversas cuestiones prejudiciales, de las que ahora nos interesan particularmente tres, relativas a si el notario que expide un certificado de título sucesorio con arreglo a una solicitud no contenciosa de todas las partes en el procedimiento de expedición de dicho certificado y que surte los efectos de un auto firme de declaración de título sucesorio debe ser reconocido como un «tribunal» en el sentido del art. 3.2 RS; a si el certificado de título sucesorio redactado por el mencionado notario

ambas decisiones, se expondrá la Sentencia *EE* a la par que su precedente. Ante todo, es digno de reseñar que los dos casos parten de supuestos casi calcados: la negativa de un notario (lituano en *EE*; polaco en *WB*) a expedir, en el decurso de la tramitación de una sucesión transfronteriza, un certificado nacional (de derechos sucesorios, en *EE*; de título sucesorio²⁴, en *WB*), por carecer de competencia (al estimar que el causante residía en otro Estado de la Unión, en *EE*; al no tener reconocida la condición de «tribunal» apto para dictar «resoluciones», en *WB*). Ante el recurso del peticionario a los órganos judiciales en defensa de su solicitud, éstos (en última instancia, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, en *EE*; el Tribunal Regional polaco de Gorzów Wielkopolski, en *WB*) acuerdan presentar al TJUE diversas cuestiones prejudiciales de las cuales la que interesa en este momento es la que pregunta si un notario que expide certificados sucesorios como los mencionados debe ser considerado como «un tribunal en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 650/2012»²⁵. Para forjar su respuesta, el Tribunal de Justicia comienza por recordar que, del artículo 3.2 y especialmente del considerando 20 del Reglamento²⁶, se desprende que el término debatido tiene que ser objeto de una interpretación amplia, para comprender a los notarios siempre que éstos ejerzan funciones jurisdiccionales²⁷, lo cual puede ocurrir cuando sean competentes en una controversia en materia sucesoria, con independencia de que el procedimiento en que intervengan sea de naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria²⁸ y sin que suponga ningún impedimento para su inclusión en el concepto de «tribunal» el hecho de que no sean una autoridad judicial²⁹ ni de que el Estado en el que desarrollan su actividad no haya notificado a la Comisión Europea el ejercicio por parte de este colectivo de funciones jurisdiccionales³⁰. Luego de hacer este

constituye una «resolución» en el sentido del art. 3.1.g) RS; a si dicho certificado sucesorio constituye un «documento público» en el sentido del art. 3.1.i) RS. Las respuestas del TJUE se expondrán a continuación, al hilo de la explicación de la Sentencia *EE*, con la que la Sentencia *WB* guarda un notable paralelismo.

²⁴ Como hace notar A. FONT SEGURA [«La declaració d'hereus intestats pel notari espanyol en aplicació del Reglament (UE) 650/2012 en matèria de successions. Comentari de la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 23 de maig de 2019, assumpte C-658/2017», *Revista Catalana de Dret Privat*, 21 (2019), p. 197, nota 7], en la traducción española de las cuestiones prejudiciales (*DOUE*, C 134, de 16 de abril de 2018, p. 12) y en las Conclusiones del Abogado General, Sr. Y BOT (ECLI:EU:C:2019:166), se aludía a una «escritura de declaración de herederos», denominación que en la Sentencia se convierte en un «certificado de título sucesorio».

²⁵ Sentencia *EE*, apdo. 32.2). En la Sentencia *WB*, la frase equivalente [apdo. 30.2), *in fine*] habla de «ser reconocido como tribunal en el sentido del último precepto citado» (el art. 3.2 RS).

²⁶ La segunda frase del considerando reza: «A efectos del presente Reglamento, *se debe dotar al término "tribunal" de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios ... en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios ... que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal»* (*DOUE*, L 201, p. 109, cursivas nuestras).

²⁷ Sentencia *EE*, apdo. 48. No deja de causar extrañeza que, a diferencia de la Sentencia *WB* (apdo. 50) y de tantas otras, el TJ no aluda en *EE* a la necesidad de efectuar «una interpretación autónoma y uniforme [del precepto] que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar».

²⁸ Sentencia *EE*, apdo. 51; Sentencia *WB*, apdo. 56.

²⁹ Sentencia *EE*, apdo. 50; Sentencia *WB*, apdo. 53.

³⁰ Sentencia *EE*, apdo. 49; Sentencia *WB*, apdos. 39-48, en especial, apdo. 47.

planteamiento, el TJ pasa, en el segundo estadio de su razonamiento, a verificar si, en el caso de autos, se dan las premisas recién enunciadas. Para ello, examina la legislación sustantiva nacional³¹, la cual pormenoriza que los notarios «tienen atribuida la facultad de establecer los derechos subjetivos no controvertidos»³²; regulación de la que *a contrario* se colige que «carece[n] de competencia para resolver sobre los extremos controvertidos ... entre las partes y que no ostenta[n] la facultad de establecer elementos de hecho que no sean claros y evidentes, ni de pronunciarse sobre hechos controvertidos»³³, de ahí que, sin perjuicio de que de las comprobaciones del órgano jurisdiccional remitente resulte otra cosa³⁴, la Corte europea concluya que «la expedición de un certificado de derechos sucesorios nacional por parte de los notarios ... no implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales»³⁵, por lo que, en esta hipótesis y con las reservas expresadas, no se los puede calificar de «tribunales», en el sentido del art. 3.2 RS³⁶.

9. Una vez llega a la convicción –siquiera presunta y supeditada a revisión ulterior por las autoridades nacionales– de que el notario que expide un certificado sucesorio no es un «tribunal» en el sentido del Reglamento 650/2012, al TJ le resulta cómodo encarar las cuestiones prejudiciales que dependen de esta decisión. En contraste con la Sentencia *WB*, que se muestra concisa y resuelta en este punto³⁷, la Sentencia *EE* no es,

³¹ Integrada, en la Sentencia *EE*, por el art. 1 de la Ley relativa al Notariado (apdo. 52), mientras que, en la Sentencia *WB*, se corresponde con el art. 1027 del Código civil polaco, así como los arts. 4, 5 y 95 del Código notarial del país (apdos. 57-60).

³² Sentencia *EE*, apdo. 52. La Sentencia *WB* viene a decir lo mismo al subrayar que, cuando certifica los derechos sucesorios de los herederos respecto de terceros, el notario actúa «en el marco de sucesiones no litigiosas» (apdo. 57), habida cuenta de que el certificado de título sucesorio «solo puede ser expedido ... a solicitud de todos los herederos» –debiendo el fedatario abstenerse si no están presentes todos ellos en el momento de la elaboración del instrumento– cuando, comprobados de oficio los elementos de hecho, «no albergue ninguna duda acerca de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, del contenido del Derecho extranjero aplicable, de la identidad del heredero, de la determinación de las partes alícuotas de la herencia y, en caso de que el causante hubiera establecido un legado vindicatorio, de la identidad de la persona en favor de quien el causante hubiera establecido el legado vindicatorio y del objeto de este» (apdo. 58).

³³ Sentencia *EE*, apdo. 53. Una idea parecida traslada la Sentencia *WB*, al especificar que, con ocasión de una «prestación de diferentes servicios a cambio de una remuneración fijada sobre la base de un acuerdo con las partes, dentro de los límites de un baremo» (apdo. 60), los notarios expiden un certificado de título sucesorio «a petición de todas las partes interesadas, quedando intactas las prerrogativas del juez en caso de falta de [dicho] acuerdo», porque «no ejercen ninguna competencia resolutoria» (apdo. 59).

³⁴ Es decir, a menos que el *Lietuvos Aukščiausios Teismas* constataste que la expedición de un certificado de estas características por parte de un notario lituano «implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales» (apdo. 54) o una actuación «por delegación o bajo el control de un órgano judicial» (apdo. 55).

³⁵ Sentencia *EE*, apdo. 54; Sentencia *WB*, apdo. 61.

³⁶ Sentencia *EE*, apdo. 56; Sentencia *WB*, apdo. 63.

³⁷ En la Sentencia *WB*, a las preguntas de si el certificado de título sucesorio polaco es una «resolución» en el sentido del art. 3.1.g) RS o un «documento público» en el sentido del art. 3.1.i) RS, el Tribunal de Justicia responde, a la primera de ellas, que, dado que dicho certificado «no se expide por un tribunal en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 650/2012 ... no constituye ... una "resolución" en materia de sucesiones, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra g) de ese Reglamento» (apdo. 63); y, a la segunda cuestión, que, tanto a la vista de que un «documento público» es, según el instrumento, «un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad [entendida en el sentido del cdo. 62 RS], por una parte, se refiera a la firma y al

al respecto, tan directa a causa de las prevenciones que la Corte de Luxemburgo tiene acerca de si los notarios lituanos, al expedir certificados de este tipo, ejercen funciones jurisdiccionales o actúan por delegación o bajo control judicial. Ahora bien, a la luz de la respuesta dada a la segunda cuestión prejudicial –que, dejando a salvo las comprobaciones oportunas por parte del órgano jurisdiccional remitente, tiende a no reconocer, en el supuesto estudiado, la condición de tribunales a los notarios lituanos–, la disyuntiva que plantean la tercera («¿deben considerarse los certificados de derechos sucesorios expedidos por los notarios lituanos como resoluciones en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 650/2012, de modo que es preciso determinar la competencia para su emisión»)³⁸, y la cuarta («¿deben interpretarse los artículos 4 y 59 del Reglamento n° 650/2012 ... en el sentido de que los notarios lituanos están facultados para expedir certificados de derechos sucesorios sin atenerse a las normas generales sobre competencia y de que esos certificados han de ser considerados documentos públicos que surten efectos jurídicos en otros Estados miembros?»)³⁹ debería decantarse por pura lógica en favor de esta última. Sin embargo, el TJUE, más cauteloso que otras veces⁴⁰, opta por una solución abierta que, al poner en manos del órgano jurisdiccional remitente, la catalogación última de los notarios lituanos como «tribunales», permite que el certificado por los mismos expedido «pued[a] tener la consideración de "resolución"» en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento 650/2012⁴¹ o ser calificado «como "documento público"» en el sentido del

contenido del documento y, por otra, haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen» (apdo. 67), como, habida cuenta de que «los notarios están facultados por el Derecho polaco para expedir documentos relativos a una sucesión y el certificado de título sucesorio queda registrado formalmente como documento público», surtiendo este certificado «los mismos efectos que el auto firme de declaración de título sucesorio», y de que «el notario realiza las comprobaciones que pueden llevarle a negarse a redactar el certificado de título sucesorio, de forma que la autenticidad de dicho documento se refiere tanto a su firma como su contenido» (apdos. 69 y 70), debe concluirse que «un certificado de título sucesorio, como el del litigio principal, cumple los requisitos exigidos en el artículo 3, apartado 1, letra i), del Reglamento n° 650/2012 [de ahí que] constituy[a] un documento público, cuya copia puede expedirse acompañada del formulario contemplado en el artículo 59, apartado 1, párrafo segundo, de ese Reglamento, y que se correspond[a] con el que figura en el anexo 2 del Reglamento de Ejecución n° 1329/2014» (apdo. 71).

³⁸ Sentencia *EE*, apdo. 32.3).

³⁹ Sentencia *EE*, apdo. 32.4).

⁴⁰ Por una parte, esta prudencia hace que se pronuncie en términos más matizados que en la Sentencia *WB* (véase, *supra*, nota 37), pero, por la otra, le induce a manejar un injustificado doble rasero en los reenvíos al órgano jurisdiccional remitente, pues tanto deja en manos de éste la tarea de catalogar un certificado de derechos sucesorios expedido por un notario lituano como una «resolución» en el sentido del Reglamento 650/2012 (apdo. 60), como, por el contrario, cuando se trata de calificarlo de «documento público», asume directamente dicha responsabilidad, sin perjuicio de ulteriores comprobaciones (apdo. 76).

⁴¹ Sentencia *EE*, apdo. 63. Al igual que en su pronunciamiento previo, el TJUE subordina el reconocimiento de la cualidad de «resolución» a un certificado sucesorio nacional a que la autoridad emisora sea reputada un «tribunal» en el sentido del art. 3.2 RS, para lo cual solamente se tomará en cuenta que la autoridad no judicial o el profesional del Derecho ejerza funciones jurisdiccionales –o actúe por delegación de poderes de un órgano judicial o bajo el control del mismo–, funciones que implican la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los posibles puntos controvertidos que existan entre las partes en cuestión. Este hilo argumental que, en la Sentencia *WB*, puede seguirse con detalle (apdos. 33, 51 y 55, principalmente), en la Sentencia *EE* se reduce a su mínima expresión, pues se limita a reseñar que «[a] tenor del artículo 3, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 650/2012, por "resolución" se entiende cualquier decisión en materia de sucesiones dictada por un tribunal de un Estado miembro, con

art. 3.1.i) del instrumento⁴². En todo caso, aun en la lectura más restrictiva, que es la que parece hacer el Tribunal de Justicia –como ha demostrado la Sentencia *WB* y se infiere del «espíritu» de la presente Sentencia *EE*–, el certificado sucesorio emitido por los notarios lituanos será reputado un «documento público» porque, si nos atenemos a la definición que del mismo proporciona el art. 3.1.i) como «documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad, por una parte, se refiera a la firma y al contenido del documento y, por otra, haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen»⁴³, complementándola con los elementos que, según el cdo. 62 RS, deben darse para apreciar su «autenticidad» –«la veracidad del documento, los requisitos formales que deba observar, las facultades de la autoridad que lo formaliza y el procedimiento seguido para formalizarlo (...) [y que] también ... abar[que] los hechos consignados en el documento por la autoridad de que se trate, como el hecho de que las partes indicadas han comparecido ante dicha autoridad en la fecha señalada y que han formulado las declaraciones que en él se expresan»⁴⁴–, se puede constatar que, en opinión de la Corte europea –la cual, por mucho que admita que el órgano jurisdiccional remitente es el único competente para «determinar si concurren estos elementos», se acoge a la competencia que, en el marco de una cuestión prejudicial, tiene «para facilitar[le] indicaciones fundadas en los autos»⁴⁵–, «un certificado de derechos sucesorios nacional como el del litigio principal parece cumplir los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 1, letra i), del Reglamento nº 650/2012»⁴⁶. El corolario de este amplio razonamiento es la posibilidad de concluir, como da la impresión que anhela con su secuencia de preguntas el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*, que un notario lituano que despacha un certificado nacional de derechos sucesorios no es un «tribunal» en el sentido del Reglamento de Sucesiones –de ahí que, conforme al instrumento, no quepa considerar ese certificado como una «resolución», sino como un «documento público»–, pudiendo, por consiguiente, actuar

independencia de la denominación que reciba» (apdo. 58), y que «[d]e este precepto resulta que el único requisito que este Reglamento establece para que un acto pueda calificarse de "resolución" es que sea dictado por un "tribunal", en el sentido del artículo 3, apartado 2, de dicho Reglamento» (apdo. 59). En este extremo, la Sentencia *WB* –remitiéndose a ésta la Sentencia *EE*– se apoya (apdo. 55) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que había negado que una «transacción judicial» pudiera constituir una «resolución» en el contexto del Convenio de Bruselas de 1968 (Sentencia de 2 de junio de 1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, ECLI:EU:C:1994:221). Para M. REQUEJO ISIDRO (*loc. cit.* en nota 18, pp. 16-18), no obstante, es legítimo dudar de la idoneidad de una correlación automática entre el término «resolución» –o «tribunal»– que emplea el Reglamento 1215/2012 y el usado por el Reglamento 650/2012, porque, más allá de la coincidencia de nociones, la interpretación de las mismas debe hacerse a partir de los objetivos –parcialmente– distintos que tratan de satisfacer ambos instrumentos, uno –el sistema Bruselas– claramente orientado a los procedimientos contenciosos, mientras que el otro –el Reglamento de Sucesiones– está pensado en mayor medida para la jurisdicción voluntaria.

⁴² Sentencia *EE*, apdo. 71.

⁴³ Sentencia *EE*, apdo. 72.

⁴⁴ Sentencia *EE*, apdo. 73.

⁴⁵ Sentencia *EE*, apdo. 74. Las indicaciones del TJ se fundamentan, en el presente caso, en el punto 87 de las Conclusiones del AG, que sostiene que el certificado de derechos sucesorios es un documento público según el Derecho de Lituania, y en el art. 26 de la Ley relativa al Notariado del país mencionado, según el cual, en materia de sucesiones por causa de muerte, los notarios están facultados para expedir certificados cuyos elementos se consideran acreditados (apdo. 75).

⁴⁶ Sentencia *EE*, apdo. 76.

«sin atenerse a las normas generales de competencia establecidas en dicho Reglamento»⁴⁷.

10. El análisis llevado a cabo por el TJUE en este bloque intermedio de la Sentencia *EE* arroja, a nuestro juicio, un magro resultado⁴⁸, porque, por un lado, no aporta ninguna novedad reseñable en las cuestiones abordadas; por otro lado, porque confirma el criterio jurisprudencial anterior que había diferenciado el tratamiento conferido a los certificados sucesorios en función de si procedían de una autoridad judicial o notarial. En cuanto a la primera crítica, cabe señalar que, desde el punto de vista de su justificación, este capítulo de la Sentencia *EE* es innecesario⁴⁹, pues en nada corrige lo ya fallado por el Tribunal de Justicia respecto de las nociones de «tribunal», «resolución» y «documento público». El segundo reproche merece una explicación más detallada, que obliga a seguir el hilo que va de la Sentencia *Oberle*⁵⁰ a la Sentencia *WB*

⁴⁷ Sentencia *EE*, apdo. 80.

⁴⁸ No es éste el parecer de M. WILDERSPIN [«The Notion of "Court" under the Succession Regulation», *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, 26 (2020), pp. 46-47], quien entiende que «*the Court has, by and large, correctly navigated its way through the murky shallows of the Regulation and ruled in a way which is both coherent as regards the operation of the Regulation and consistent with the intentions of the legislator*».

⁴⁹ Es decir, para preguntar lo que pregunta —y obtener las respuestas que obtiene—, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania podía haberse ahorrado las molestias o, como apunta L. F. CARRILLO POZO [«Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del *de cuius*, funciones judiciales, *professio iuris*. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, Asunto C-80/19», *CDT*, 13 (2021-1), p. 756], habida cuenta de que, tal como era predecible, la «sentencia no zanja ningún problema», el órgano jurisdiccional remitente «podía haber esperado [para presentar su petición ante el TJ] y con la [Sentencia *WB*] haber resuelto sus dudas, vista la similitud de las tareas de los notarios lituanos y polacos». No obstante, cabe tener en cuenta que «*in E.E., the question was formulated in slightly broader terms than in WB*» (C. SANTALÓ GORIS, <https://eapil.org/2020/10/21/the-court-of-justice-on-the-succession-regulation-carlos-santalo-goris-on-the-e-e-case/>).

⁵⁰ En la Sentencia de 21 de junio de 2018 (C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485), el TJUE resuelve la cuestión prejudicial elevada por el *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania) concerniente a si «el artículo 4 del Reglamento n° 650/2012 ... determina también la competencia internacional exclusiva para la expedición ... del certificado sucesorio nacional no sustituido por el certificado sucesorio europeo». El asunto se origina a raíz de la petición formulada, el 8 de marzo de 2016, por el Sr. V. P. Oberle al *Amtsgericht Schöneberg* (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) para que éste expidiera un certificado sucesorio nacional (*Erbschein*) que especificara que él y su hermano eran herederos a partes iguales de los bienes que su padre, el difunto Sr. A. T. Oberle, poseía en Alemania. Por medio de dos resoluciones, de 17 de noviembre y de 28 de noviembre de 2016, el *Amtsgericht Schöneberg* se declaró incompetente, en aplicación de los arts. 4 y 15 RS, a la vista de que el causante había tenido su última residencia habitual en Francia. Recurridas las decisiones ante el *Kammergericht Berlin*, a éste le asaltan dudas acerca de si, en un supuesto como el de autos, la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales alemanes para expedir un certificado nacional venía fijada por el Reglamento europeo o por la legislación alemana contenida en art. 105 de la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Ley del procedimiento en asuntos de familia y de jurisdicción voluntaria). En su veredicto, el Tribunal de Justicia estipula que el art. 4 RS «se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que establece que, aunque el causante no tuviera en el momento del fallecimiento su residencia habitual en ese Estado miembro, los tribunales de este último seguirán siendo competentes para expedir los certificados sucesorios nacionales, en el marco de una sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, cuando existan bienes hereditarios situados en el territorio del propio Estado miembro o cuando el causante hubiera tenido la nacionalidad del mismo». Sobre la Sentencia *Oberle*, en la doctrina española, véanse, entre otros, los trabajos de I. ESPÍÑEIRA SOTO,

y de ésta a la Sentencia *EE*. Las tres tienen en común que versan sobre la competencia para la expedición de certificados sucesorios nacionales, pero divergen en que, en *Oberle*, la expedición corre a cargo de un «órgano judicial», mientras que, tanto en *WB* como en *EE*, es realizada por un «órgano notarial». De esta discrepancia fundamental resultan importantes consecuencias: en *Oberle*, quien emite el certificado es un «tribunal», en el sentido del Reglamento 650/2012, que puede dictar una «resolución», en los términos del instrumento, por lo que, para determinar la competencia del mismo hay que estar a lo previsto en los arts. 4-11 RS; por el contrario, en *WB* y en *EE* –con las reservas que, en este último caso, proyecta el TJ–, la expedición no procede de ningún «tribunal», sino de un «notario», el cual no tiene por qué acatar las reglas de competencia de autoridades prescritas por el texto europeo, y el certificado que se despacha solamente puede ser un «documento público» a los efectos del Reglamento. Esta desigualdad de trato entre «órganos»⁵¹ que realizan la misma «función» ha chocado fuertemente a los comentaristas que, en general, la han desaprobado⁵², puesto que no deja de ser «paradójico que un mismo acto se somet[a] a normas de competencia y circulación diferentes, con distinta naturaleza según cuál [sea] el cauce escogido por las

«Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE», en <https://www.notariosyregistradores.com>; I. A. CALVO VIDAL, «La competencia internacional en el Reglamento sobre Sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio 2018 en el asunto C-20/17 (Oberle)», *La Ley Unión Europea*, nº 65, diciembre-2018, pp. 1-8; M. J. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17», *CDT*, 12 (2020-1), pp. 473-511.

⁵¹ Como pone de manifiesto (L. F. CARRILLO POZO, *loc. cit.* en nota 49, p. 762), esta dualidad no es más que una consecuencia del art. 3.2 RS, que entroniza una distinción entre «dos categorías de tribunales, los genuinos (o sea, los órganos judiciales) y los asimilados por razón de la concurrencia de ciertos elementos definitorios que los aproximan a los primeros». En el fondo de la misma, late una idea que, en el contexto del Reglamento 650/2012, puede resultar incómoda, pero que, para el TJUE, parece innegable: «*a court is always a court*» (M. WILDERSPIN, *loc. cit.* en nota 48, p. 53). Desde otro ángulo, P. JIMÉNEZ BLANCO (*loc. cit.* en nota 13, p. 147) expresa la misma idea, al apuntar que, en estos casos, «para la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional se seguiría el criterio orgánico, no el criterio funcional».

⁵² Singularmente, los autores españoles, los cuales, temerosos de que el criterio decretado por el TJ en las Sentencias *WB* y *EE* se extrapolara a los notarios españoles, han tratado de marcar distancias entre las funciones de nuestros fedatarios y las de sus colegas polacos y lituanos, destinatarios directos de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Entre esta literatura, véase, principalmente, A. FONT SEGURA, *loc. cit.* en nota 24, pp. 203-213; F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE de 23 de mayo de 2019», *La Ley Unión Europea*, nº 74, octubre-2019, pp. 8-24; *idem*, «De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de julio del 2020, C-80/19: E E. () y loi applicable aux successions», *La Ley Unión Europea*, nº 85, octubre-2020, pp. 19-24; Á. LARA AGUADO, *loc. cit.* en nota 4, pp. 53-65; J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «Réflexions sur la notion de "jurisdiction" au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) nº 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne *Oberle*, C-20/17, et *WB*, C-658/17. Perspective espagnole», *CDT*, 12 (2020-2), pp. 1015-1018; R. RUEDA VALDIVIA, «Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en Á. LARA AGUADO (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 89-152, en especial, pp. 103-109; L. F. CARRILLO POZO, *loc. cit.* en nota 49, pp. 759-764.

partes»⁵³. No vale, frente a esta objeción, esgrimir que «*wenn man einerseits einen Gerichtsbegriff mit Grenzen und andererseits eine Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihres Gerichtsverfassungsrechts und der sachlichen wie funktionalen Zuständigkeit akzeptieren muss*»⁵⁴, habida cuenta de que, en un espacio jurídico integrado como la Unión Europea, parece fuera de lugar que, en el ámbito concreto de los certificados sucesorios, la opción del legislador nacional de preferir que su expedición competa a órganos jurisdiccionales o a otras autoridades y profesionales –o a ambos indistintamente–⁵⁵ comporte para dichos certificados un régimen de DIPr diferente, con la posibilidad de que, aparte de conductas oportunistas propias del *forum shopping*⁵⁶, se produzcan situaciones de desequilibrio entre los herederos de causantes que fallecieron con bienes en Estados que solamente admiten certificados sucesorios judiciales, pues tendrán que acudir a los tribunales del Estado de la última residencia habitual del *de cuius*, mientras que, en otros casos y siempre y cuando proceda, se podrá también obtener un certificado notarial en otro Estado miembro, como el del lugar de situación de los bienes relictos⁵⁷. Ante un estado de cosas como el descrito, que no es el deseable⁵⁸, se impone una rectificación, que para Remien únicamente puede pasar por abandonar la doctrina sentada en *WB* y en *EE* o por restringir la interpretación brindada en *Oberle* a los asuntos contenciosos⁵⁹.

III. LA REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE LA SUCESIÓN

11. Con anterioridad –y con posterioridad– al examen «conceptual» de la Sentencia, que acabamos de llevar a cabo, la Corte con sede en Luxemburgo acomete el estudio de las cuestiones de orden «espacial» que le plantea el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania y de las que es fácil advertir la importancia en el entramado del instrumento. Basta con fijarse en la primera de ellas, en la cual, a la hora de inquirir si

⁵³ L. F. CARRILLO POZO, *loc. cit.* en nota 49, p. 762.

⁵⁴ P. MANKOWSKI, «Zu Auslegung und Anwendungsbereich der EU ErbVO (EuGH, 16.07.2020 – C-80/19)», *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 15 (2020-10), p. 717. No creemos que este dispar tratamiento –consecuencia de la aplicación de un instrumento europeo– pueda ampararse, como arguye P. MANKOWSKI en el concepto limitado de «tribunal» que utiliza el Reglamento 650/2012 y en la exclusiva competencia de los Estados miembros para configurar constitucionalmente su poder judicial y determinar las competencias del mismo.

⁵⁵ Precisa M. REQUEJO ISIDRO (*loc. cit.* en nota 18, p. 9) que tales órganos, autoridades o profesionales «desempeñ[a]n funciones idénticas, con un resultado idéntico, y para el particular s[o]n intercambiables». En el mismo sentido, P. JIMÉNEZ BLANCO (*loc. cit.* en nota 13, pp. 147-148) enfatiza que quien actúa, juez o notario, lleva a cabo la misma función y el valor del certificado sucesorio expedido es el mismo en uno u otro caso.

⁵⁶ L. F. CARRILLO POZO, *loc. cit.* en nota 49, p. 763.

⁵⁷ O. REMIEN, *loc. cit.* en nota 4, p. 337. Sin perjuicio de defender, como hemos comprobado, la solución adoptada por el TJUE, P. MANKOWSKI es consciente de que la misma conlleva el riesgo de certificados nacionales contradictorios procedentes de diversos Estados miembros, puesto que, en estos, los herederos podrían obtenerlos al margen del régimen competencial del Reglamento europeo, siendo factible, entonces, la aparición de desigualdades y desequilibrios en el trato a los sucesores (*loc. cit.* en nota 54, pp. 717-718).

⁵⁸ O. REMIEN (*ibid.*) habla de «*eine hinkende Zuständigkeitslage*».

⁵⁹ O. REMIEN, *ibid.* Por las razones expuestas, que básicamente comparte, para R. RUEDA VALDIVIA (*loc. cit.* en nota 52, pp. 151-152) es prioritario que el TJ se replantee su punto de vista.

«una situación como la controvertida (...) es una sucesión *mortis causa* con repercusión transfronteriza en el sentido del Reglamento n.º 650/2012», el propio texto de la pregunta inventaría un cúmulo de circunstancias *casi* exclusivamente nacionales que dan lugar a que el tribunal remitente dude de que, en el supuesto discutido, concorra algún elemento de extranjería, ya que se trata de la sucesión de «una nacional lituana, cuya residencia habitual el día de su fallecimiento estaba probablemente situada en otro Estado miembro pero que ... nunca había cortado los vínculos con su país de origen y que ... otorgó testamento en Lituania antes de su fallecimiento y dejó todos sus activos a su heredero, un nacional lituano; en la que ... todo su patrimonio estaba constituido por un bien inmueble ubicado en Lituania, y en la que ... el cónyuge superviviente de la causante, nacional de ese otro Estado miembro, manifestó su clara intención de renunciar a la herencia de la fallecida, no participó en el procedimiento iniciado en Lituania y aceptó la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos y la aplicación de la legislación lituana»⁶⁰. No obstante, en una de las frases de la cuestión formulada por el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* («[la] residencia habitual [de la *de cuius*] el día de su fallecimiento estaba probablemente situada en otro Estado»), ya está implícita la respuesta que acabará dando el Tribunal de Justicia: «una situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento pero no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto, mientras que los llamados a la sucesión tienen su residencia en ambos Estados miembros» sí que «está comprendida en el concepto de "sucesión con repercusión transfronteriza"»⁶¹. Pocas dudas pueden abrigarse de que una última residencia habitual del difunto en el territorio de un Estado distinto de aquél del cual ostenta la nacionalidad y en el que están radicados los bienes de la herencia es motivo suficiente para estimar que su sucesión presenta una repercusión transfronteriza. Incluso cabe pensar que, a tenor de las circunstancias que en él confluyen, se está ante un «*paradigm case*» de aplicación del Reglamento Sucesorio⁶². Es cierto que, en contraste con otros instrumentos referentes al Derecho aplicable, como los Reglamentos 593/2008⁶³, 864/2007⁶⁴ y 1259/2010⁶⁵, el 650/2012 no dice de manera expresa, en su art. 1, que su regulación se circunscribe a las situaciones que impliquen o comporten un conflicto de leyes; ahora bien, como argumenta la sentencia, por una parte, el art. 81.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que es la base competencial sobre la que se adopta el instrumento, «se refiere únicamente a los asuntos civiles con

⁶⁰ Sentencia *EE*, apdo. 32.1).

⁶¹ Sentencia *EE*, apdo. 45.

⁶² M. LEHMANN, *loc. cit.*

⁶³ Reglamento (CE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales [«Roma I» (RRI), *DOUE*, L 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6-16].

⁶⁴ Reglamento (CE) n.º 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» (RRII), *DOUE*, L 199, de 31 de julio de 2007, pp. 40-48].

⁶⁵ Reglamento (UE) n.º 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 [«Roma III» (RRIII), *DOUE*, L 343, de 29 de diciembre de 2010, pp. 10-16].

repercusión transfronteriza»⁶⁶; y, por otra parte, los considerandos 1 y 7 (con proyección general) y el 67 [con relación al certificado sucesorio europeo (CSE)] ponen de manifiesto que las disposiciones del Reglamento solamente contemplan las sucesiones *mortis causa* que tengan repercusiones transfronterizas⁶⁷. En este punto, es preciso tener en cuenta que, si bien los textos Bruselas I (Convenio de 1968⁶⁸, Reglamentos 44/2001⁶⁹ y 1215/2012⁷⁰) no aluden tampoco explícitamente en su articulado a la necesidad de que concurra un elemento de internacionalidad (que, por contra, sí que es sobreentendida en los considerandos 3 y 26 del RBib), el TJ, en reiterada jurisprudencia⁷¹, ha subordinado siempre a su existencia la aplicabilidad de dichos instrumentos comunitarios.

12. Dando por sentado que las situaciones privadas sujetas a los reglamentos europeos de DIPr han de contener por fuerza un elemento de extranjería, la cuestión que surge de inmediato es la de si, para «teñir» de «internacionalidad» un determinado supuesto, basta con que el mismo incluya «cualquier» elemento foráneo o bien éste ha de tener una cierta «relevancia». En la dogmática de nuestra disciplina, se ha ido imponiendo la tesis de que la «relevancia del elemento extranjero» presente en una situación privada o, en términos comparables, su «grado de heterogeneidad» despliega su trascendencia, no en la función identificadora de las relaciones jurídicas concernidas –en la que no desempeña ningún rol añadido–, sino en la función reguladora de las mismas⁷². Expresándolo en otras palabras: todo elemento extranjero sirve para tildar una situación privada de «internacional», pero un determinado sistema de DIPr solamente impulsa una respuesta normativa específica, solamente acude a particulares «exigencias de reglamentación»⁷³, cuando la relación de tráfico jurídico externo alcanza un «grado de heterogeneidad» que podríamos denominar «suficiente». La descoordinación tanto temporal como material con que se han adoptado las reglamentaciones que conforman el DIPr europeo –y la disparidad normativa a veces resultante– no ha facilitado una aproximación teórica a esta problemática⁷⁴, cuyo análisis ha quedado primordialmente

⁶⁶ Sentencia *EE*, apdo. 34.

⁶⁷ Sentencia *EE*, apdo. 35.

⁶⁸ Véase, *supra*, nota 16.

⁶⁹ Véase, *supra*, nota 16.

⁷⁰ Véase, *supra*, nota 13.

⁷¹ Véanse las Sentencias de 1 de marzo de 2005 (C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, apdo. 25), de 17 de noviembre de 2011 (C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI:EU:C:2011:745, apdo. 21), de 14 de noviembre de 2013 (C-478/12, *Maletic*, ECLI:EU:C:2013:735, apdo. 26), de 7 de mayo de 2020 (C-267/19 y C-323/19, *Parking*, ECLI:EU:C:2020:351, apdo. 30), así como de 3 de junio de 2021 (C-280/20, *Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia*, ECLI:EU:C:2021:443, apdo. 30).

⁷² En este sentido, el trabajo, convertido ya en un clásico sobre la materia, de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa», *ADC*, XLVI (1993), pp. 1109-1151.

⁷³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota anterior, p. 1121.

⁷⁴ Véase, aun así, el trabajo de K. THORN/M. THORN, «Der Auslandsbezug im IPR», en C. BENICKE/S. HUBER (ed.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Gieseking, 2020, pp. 569-583; y todavía más recientemente, la extensa *Dissertation* de A. GRIMM, *Der Auslandsbezug im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Die Bedeutung des Auslandsverhältnisses bei der Abgrenzung von Rechtsregimen*, Sipplingen, JWV, 2021.

en manos del Tribunal de Luxemburgo, que la ha abordado con su típico enfoque casuístico y circunstancial. Al respecto, es pertinente recordar que, en interpretación de los textos Bruselas I (CB/RBI/RBIb), la Corte de la Unión Europea ha reputado que tienen «carácter internacional» litigios en los cuales «el demandante y uno de los demandados están domiciliados en [un] Estado [contratante], y ... los hechos controvertidos se han producido en [un tercer] Estado»⁷⁵; en los que «el demandado tiene nacionalidad extranjera y carece de domicilio conocido en el Estado en cuyo territorio se encuentra el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la acción»⁷⁶; en los que se pleitea acerca de una relación contractual, realizada a través de una empresa «domiciliada en otro Estado miembro» [distinto de aquél en el que residen los reclamantes]⁷⁷; o, en un asunto tocante al Reglamento 1896/2006 sobre proceso monitorio europeo, cuyo resultado el TJ ha extrapolado al Reglamento 1215/2012⁷⁸, en los que «al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición»⁷⁹.

13. En la medida que sea posible, es razonable proyectar al Reglamento 650/2012 la doctrina y la jurisprudencia expuestas en el párrafo anterior, ya que, falto el instrumento –más allá de las vagas referencias de los considerandos 1, 7 y 67– de pautas concretas y no habiendo contando hasta ahora con ninguna resolución del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, para argumentar sobre ella debe, en nuestra opinión, partirse de postulados parecidos: por una parte, el Reglamento 650/2012 únicamente se aplica a las sucesiones «internacionales»; por otra parte, de bastantes de sus preceptos –especialmente, los arts. 10-13, 22, 24-25, 27-28, 30-31, 33–, se desprende que «*le seuil d'internationalité requis est assez bas*»⁸⁰. Premisas, ambas, que conducen ineludiblemente a una clara conclusión: a una sucesión *mortis causa* le basta un «grado de heterogeneidad» *mínimo* para quedar *necesariamente* sujeta a las prescripciones del Reglamento sucesorio europeo. Con todo, teniendo presente que, en este instrumento, la autonomía conflictual conferida al causante para gobernar la transmisión *mortis causa* de su patrimonio no le permite más que optar por su ley nacional (art. 22 RS), cabe con certeza afirmar que, a diferencia de lo previsto en el RRI y en el RRII, en el terreno de juego diseñado por el Reglamento 650/2012, *la «internacionalidad» no puede ser subjetiva*; esto es, no puede ser producto exclusivo de una cláusula de elección (en esta hipótesis, una *professio iuris*), por medio de la cual una situación privada (verbigracia, una sucesión hereditaria) es sometida por las partes (aquí, el causante) al derecho de un

⁷⁵ Sentencia *Owusu*, apdo. 26.

⁷⁶ Sentencia *Hypoteční banka*, apdo. 34.

⁷⁷ Sentencia *Maletic*, apdo. 29.

⁷⁸ Sentencia *Parking*, apdo. 35.

⁷⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 2019 (C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118) apdo. 35. También, la Sentencia *Parking*, apdo. 33, y la Sentencia *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia*, apdo. 31.

⁸⁰ A. BONOMI, «Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 41. De la primera edición de la obra existe traducción castellana a cargo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ *et al.*, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

Estado distinto de aquél en donde se localizan los restantes elementos de la misma⁸¹. Descartada, por tanto, esta vía para lograr la «transfronteridad» del fenómeno sucesorio, el factor de extranjería ha de consistir, esencialmente, en una de las circunstancias personales del *de cuius* (residencia habitual o nacionalidad, pasadas o presentes) o en el lugar de situación de los bienes que integran la herencia. Sin embargo, dada la inconcreción con la que el instrumento señala el «umbral de internacionalidad», en un supuesto como el que estamos examinando, sería perfectamente posible hablar de una sucesión «con repercusión transfronteriza», por ejemplo, si el testamento se hubiera otorgado en país extranjero⁸² o, aún más claramente, si uno de los potenciales sucesores no residiera habitualmente en el país del foro⁸³. Habida cuenta de la innegable dimensión internacional de una sucesión como la revisada, en la que el causante está establecido en un Estado distinto de aquél en el que se plantea la controversia, cuya nacionalidad posee y en el territorio del cual está sito el único inmueble dejado en herencia, creemos que un debate más abierto podría haberse producido si el único elemento disonante del supuesto hubiera sido la residencia extranjera de uno de los herederos, dato que, a nuestro juicio, habría bastado para que entraran en liza las disposiciones del Reglamento de Sucesiones.

IV. LA UNICIDAD DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE

14. En su quinta pregunta, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania inquiere si «[d]ebe interpretarse el artículo 4 del Reglamento n.º 650/2012 (o cualquier otra de sus disposiciones) en el sentido de que la residencia habitual del fallecido solo puede estar situada en un Estado miembro concreto»⁸⁴. En su sentencia, el TJ entiende que «procede examinar conjuntamente» esta cuestión prejudicial y la tratada anteriormente, pues, a su parecer, las dos interpelaciones que le formula el órgano jurisdiccional lituano remitente versan, globalmente consideradas, sobre si en el concepto de «sucesión con repercusión transfronteriza» está incluida «una situación en la que el causante era un nacional de un Estado miembro que residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento, pero que no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, y si, en tal situación, la última residencia habitual del causante, en el sentido de este Reglamento, debe fijarse en un solo Estado miembro»⁸⁵. En litigios como el que nos ocupa, a primera vista, parece del todo congruente la supeditación del análisis de su internacionalidad a la concreción de la residencia habitual del *de cuius*, porque, si ésta se localiza en el mismo país en el que lo hacen el resto de las circunstancias concurrentes, el asunto ya carece de «repercusión transfronteriza», pero, esta lógica pierde su sentido si, como acontece aquí, la residencia *tempore mortis* de la causante en el extranjero plantea dudas más aparentes que reales.

⁸¹ A. BONOMI, «Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en la nota precedente, p. 41, en particular, nota 45.

⁸² Como mantiene P. MANKOWSKI (*loc. cit.* en nota 54, p. 716), quien se apoya en el art. 27.1.a) RS.

⁸³ Como se esmera en resaltar en sus Conclusiones, de 26 de marzo de 2020, el Abogado General, Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (apdo. 65).

⁸⁴ Sentencia *EE*, apdo. 32.5).

⁸⁵ Sentencia *EE*, apdo. 33.

Efectivamente, mientras que, en la petición de decisión prejudicial, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* solamente concede que la «residencia habitual [de la difunta] el día de su fallecimiento estaba *probablemente* situada en otro Estado miembro»⁸⁶, el AG, al revisar el expediente de la solicitud, no atribuye las vacilaciones del tribunal remitente sobre este punto a «datos opuestos entre sí», sino, más bien, a «una falta de información ... que impedirí[a] formar una convicción sobre el lugar de última residencia habitual»⁸⁷, y, más categórico, el Tribunal de Justicia, en la parte dispositiva de la Sentencia, afirma que, en la situación enjuiciada, «el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento»⁸⁸. A la vista de esta conclusión, para mantener el debate sobre la internacionalidad del supuesto a partir de una residencia discordante del *de cuius*, habría que optar por una de las dos siguientes interpretaciones: o la existencia de una disociación entre la residencia y la residencia habitual de la difunta o la posesión, por parte de ésta, de más de una residencia habitual. Pasamos a desarrollar ambas hipótesis.

15. Dado que es notorio que el empleo por el DIPr moderno de la residencia habitual como criterio de conexión tiene su origen en los trabajos de la Conferencia de La Haya⁸⁹ y de que, acerca del derecho aplicable a la sucesión por causa de muerte, el Reglamento 650/2012 sigue básicamente las pautas del Convenio de La Haya 1989⁹⁰, una manera útil y provechosa de adentrarse en la noción de residencia y en las diferencias que la misma puede albergar sea la de recurrir al texto del Informe final de la Decimosexta Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, confeccionado por el profesor canadiense Donovan Waters, que, en una de sus páginas, especifica: «*So far as habitual residence is concerned, it has become the practice of Hague Conventions to prefer this term to 'domicile' with its admitted oddities like revival of the domicile of origin. While 'domicile' is predominantly a question of the intent of the de cuius, habitual residence is determined by a more equal weighting of a range of elements. Essentially it is the place of belonging of the de cuius. A person can have only one habitual residence, because it is the centre of his living, the place with which he is most closely associated in his pattern of life. For the purpose of determining this place, his family and personal ties are particularly important elements. Intention appears to play a more muted role as an element in habitual residence than it traditionally has done in domicile, and this is why lawyers who are accustomed to working with domicile as a connecting factor hesitate before accepting the term, habitual residence, as an equivalent, but finally accept it as a possible alternative. It is a regular physical presence, enduring for some time, and a clearly stronger association than 'ordinary' or regular 'simple' residence, of which the de cuius may have had two or more. However, the manifest hopes and plans of the de cuius are also elements that may*

⁸⁶ Sentencia *EE*, apdo. 32.1), cursivas nuestras.

⁸⁷ Conclusiones del Abogado General, apdo. 61.

⁸⁸ Punto 1 de la parte dispositiva de la Sentencia *EE*.

⁸⁹ Véase, a título de ejemplo, M.-P. WELLER/B. RENTSCH, «"Habitual Residence": A Plea for "Settled Intention"», en S. LEIBLÉ (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 173-174.

⁹⁰ Por todos, P. LAGARDE, «Présentation du règlement sur les successions», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, p. 11.

*be legitimately considered by the person who would have to know which State is the habitual residence»*⁹¹. Pese a su extensión, hemos reproducido íntegramente este párrafo, porque pensamos que en él se halla la *base conceptual* de la controversia suscitada a raíz del asunto 80/19, ya que en él, entre otros extremos, queda constancia meridiana de que, para los redactores del Convenio de 1989, era perfectamente plausible que una persona tuviera al tiempo de su defunción una residencia «habitual» diferenciada de su(s) residencia(s) «simple(s)» u «ordinaria(s)», idea que es igualmente sostenible en el marco del Reglamento en opinión de algunos de sus más ilustres intérpretes⁹². Ahora bien, que la premeditada indefinición del instrumento con respecto a la noción de residencia permita contraponer la «residencia habitual» a la «residencia simple» no significa que, en el caso que nos incumbe, concorra esta dicotomía, porque tanto en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Lituania⁹³ como en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo se alude a la «residencia habitual» del causante⁹⁴ o, en esta última decisión, se habla también de una «residencia» cuya «habitualidad» está, empero, implícita en el texto de algunos de los apartados⁹⁵. El quid de la cuestión estriba, por tanto, no en una hipotética oposición entre la «residencia habitual» y la «residencia simple» de la *de cuius*, que no se arguye en ningún momento, sino en si, a pesar de que todos los indicios parecen situarla en Alemania, la «residencia habitual» en disputa puede (asimismo) localizarse en Lituania. Para plantear este debate, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* razona en términos que, si la controversia se hubiera suscitado en el sector de Derecho aplicable, diríamos que son propios de una «cláusula de excepción» o «cláusula de escape», puesto que, cuando, en primera instancia, pregunta si es transfronteriza la sucesión (de «una nacional lituana, cuya residencia habitual el día de su fallecimiento estaba probablemente situada en otro Estado miembro pero que ... nunca había cortado los vínculos con su país de origen y que ... otorgó testamento en Lituania antes de su fallecimiento y dejó todos sus activos a su heredero, un nacional lituano; en la que ... todo su patrimonio estaba constituido por un bien inmueble ubicado en Lituania, y en la que ... el cónyuge superviviente de la causante, nacional de ese otro Estado miembro, manifestó su clara intención de renunciar a la herencia de la fallecida, no participó en el procedimiento iniciado en Lituania y aceptó la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos y la aplicación de la legislación lituana»), en segundo plano, está prefigurando la solución de fondo: si la sucesión es internacional –viene a decir el órgano jurisdiccional–, no debe regirse por la ley alemana del país de residencia habitual del causante (art. 21.1 RS), sino por la legislación lituana, es decir, la perteneciente al Estado con el que aquél «mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho (art. 21.2 RS). Con todo y con eso, como en el supuesto estudiado no se cuestiona, de entrada, el derecho aplicable, ya que el contencioso aflora en el primer escalón de intervención de las normas de DIPr, esto es, a

⁹¹ Versión inglesa: D. W. M. WATERS, «Explanatory Report», en *Proceedings of the Sixteenth Session of the Hague Conference on private international law*, t. II, *Succession to estates – applicable law*, The Hague, Permanent Bureau of the Conference, 1990, p. 549. La francesa puede leerse en la p. 548.

⁹² A. BONOMI, «Article 4», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, pp. 192-193, n° 16, en relación con p. 197, n° 25; H. P. PAMBOUKIS, «Article 4», en H. P. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Athens, Nomiki Bibliothiki, 2017, p. 115, n° 9.

⁹³ Preguntas 1 y 5.

⁹⁴ Sentencia *EE*, apdos. 33, 36-42, 45, 69 y 82.

⁹⁵ Sentencia *EE*, apdos. 36, 41, 43, 45.

la hora de determinar, *ex art. 4 RS*, la competencia del notario lituano para proceder a la apertura de la sucesión y a la expedición de un certificado sucesorio nacional, el Tribunal Supremo de Lituania reconduce su planteamiento apelando a un argumento relacionado: el de si, en el contexto del instrumento sucesorio, la residencia habitual del difunto ha de estar situada en un solo Estado o puede concretarse en varios a la vez. Problemática, ésta, que se aborda a renglón seguido.

16. En esencia, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* pregunta si, en lo concerniente a la aplicación de las reglas del Reglamento 650/2012, la residencia habitual del causante ha de ser única o puede ser múltiple, en el bien entendido de que esta posible «pluralidad» no es discutible más que acerca de residencias habituales «simultáneas», porque la existencia de las «sucesivas» o las «alternas» parece inobjetable⁹⁶. La respuesta de la Corte europea, que sigue diligentemente el dictamen del Abogado General⁹⁷, es la de que «la residencia habitual del causante debe fijarse, por la autoridad que sustancie la sucesión, mediante la evaluación del conjunto de las circunstancias del caso, en un solo Estado miembro»⁹⁸. El Tribunal de Justicia llega a esta decisión tras razonar en cuatro tiempos: primero, constata que, para otorgar carta de naturaleza a la internacionalidad del supuesto concernido, es de capital importancia determinar el Estado en donde tiene la residencia habitual el causante al tiempo de su fallecimiento y si dicha residencia puede fijarse en otro Estado miembro de resultas de localizarse en el mismo algún elemento de la sucesión⁹⁹; segundo, reconoce que el Reglamento de Sucesiones no define el concepto de residencia habitual, pero que, en los considerandos 23 y 24, «se recogen indicaciones útiles» para su determinación¹⁰⁰; tercero, tras reproducir la parte nuclear de estos dos apartados del preámbulo¹⁰¹, concluye que, en todos los supuestos (sean «simples» o «complejos»), la residencia habitual del *de cuius* tiene que estar situada en «un solo Estado miembro»¹⁰²; y cuarto, una vez afirmada la unicidad de la residencia habitual, el Tribunal de Luxemburgo la justifica en razón del principio de unidad de la sucesión, que es uno de los que inspiran la regulación europea y cuya preservación es un «objetivo» que debe perseguir cualquier interpretación que de la misma se haga¹⁰³.

17. La decisión que, en este punto, adopta el TJUE no puede extrañar, primeramente, porque, como antes se ha comprobado¹⁰⁴, ya fue la opción avalada por los redactores del Convenio de 1989; segundamente, porque la mayoría de expertos que

⁹⁶ Frente a la imposibilidad de las residencias habituales simultáneas del *de cuius*, la viabilidad de que éste disponga sucesiva o alternativamente de varias ha sido defendida por P. MANKOWSKI [ya en su artículo «Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 EuErbVO», *IPRax*, 35 (2015), p. 43; más recientemente, a propósito de su comentario de la sentencia *EE, loc. cit.* en nota 54, p. 716].

⁹⁷ Conclusiones del Abogado General, apdo. 41.

⁹⁸ Sentencia *EE*, apdo. 40, cursivas nuestras.

⁹⁹ Sentencia *EE*, apdo. 36.

¹⁰⁰ Sentencia *EE*, apdo. 37.

¹⁰¹ Sentencia *EE*, apdos. 38 y 39.

¹⁰² Sentencia *EE*, apdo. 40.

¹⁰³ Sentencia *EE*, apdo. 41.

¹⁰⁴ Véase *supra*, en el párrafo 8, el fragmento reproducido del Informe Waters en el que se declara que «[a] person can have only one habitual residence».

han comentado el Reglamento 650/2012 se han inclinado por el carácter único de la residencia habitual tal como la concibe el instrumento¹⁰⁵; terceramente, porque, en sus Conclusiones, el Abogado General ya anticipa este veredicto recurriendo a una argumentación¹⁰⁶ que, en parte, hace suya el Tribunal. En efecto, éste, que ya en una resolución de 16 de mayo de 2013¹⁰⁷ había fallado que, que aplicación del Reglamento (CEE) 1408/71 y en cuanto a la percepción de prestaciones de la seguridad social, «una persona no puede disponer de modo simultáneo de dos lugares de residencia habitual en el territorio de dos Estados miembros distintos»¹⁰⁸, reitera ahora, con ocasión de una contienda hereditaria, que, dado que en el Reglamento 650/2012 la competencia de los tribunales y la ley aplicable se determinan en función de la residencia habitual del causante, ésta tiene que ser única para evitar que se produzca la «fragmentación de la sucesión»¹⁰⁹. En la misma línea, pero con una gama más amplia de razonamientos, la toma de posición del AG había apelado a una interpretación gramatical [«los preceptos del propio texto normativo ... se refieren una y otra vez a "la" residencia habitual en singular»¹¹⁰], teleológica [la «previsibilidad, seguridad jurídica, [y] prevención de resultados contradictorios»¹¹¹] y sistemática [«la vocación de la ley aplicable para regir la totalidad de la sucesión y así evitar su fragmentación», el interés en que «la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio derecho»¹¹²] del texto, así como al «efecto útil» del mismo, que no se produciría «si se admitiera que, para dirimir los problemas que trata de resolver, una persona puede tener residencia habitual en distintos Estados al mismo tiempo»¹¹³.

18. Ante una batería de argumentos como los acabados de exponer es difícil no estar de acuerdo en que toda la arquitectura del Reglamento 650/2012 reposa sobre la idea de

¹⁰⁵ Como muestra altamente ilustrativa, puede mencionarse a H. DÖRNER, «EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!», *ZEV*, 19 (2012-10), p. 510; A. BONOMI, «Article 4», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, p. 198, n° 26; H. P. PAMBOUKIS, *loc. cit.* en nota 92, p. 115, n° 9; A. DUTTA, «Art. 4 EuErbVO», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, en J. VON HEIN (redactor), *Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8ª ed., München, Beck, 2020, p. 2116, n° 7. Incluso algunos de los especialistas que se habían declarado favorables a la existencia de una pluralidad de residencias habituales del causante [J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. 89-90; A.-L. CALVO CARAVACA, «Article 4», en A.-L. CALVO CARAVACA *et al.* (ed.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 146, n° 21] parecen haber reconsiderado su punto de vista [J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro, 2019, p. 177; *idem*, «El concepto de "residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento" en el Reglamento sucesorio europeo», en Á. LARA AGUADO (dir.), *op. cit.* en nota 52, pp. 212-213, que condensa su actual postura en la fórmula «un causante, una sola residencia habitual» (p. 213)].

¹⁰⁶ Contenida, fundamentalmente, en los apdos. 42 y 44 de sus observaciones, de los que se da cuenta en el texto un poco más abajo al final del párrafo.

¹⁰⁷ Asunto C-589/10, *Wencel*, ECLI:EU:C:2013:303.

¹⁰⁸ Sentencia *Wencel*, apdo. 51.

¹⁰⁹ Sentencia *EE*, apdo. 41.

¹¹⁰ Conclusiones del Abogado General, apdo. 44, *in fine*.

¹¹¹ Conclusiones del Abogado General, apdo. 42.

¹¹² Conclusiones del Abogado General, apdo. 42.

¹¹³ Conclusiones del Abogado General, apdo. 44.

la «residencia habitual única» del causante. Ahora bien, este aserto no ha de impedir que se continúe reflexionando sobre aspectos de la cuestión no afectados directamente por la decisión, como los dos que se abordan someramente a continuación. Por un lado, está la «exportabilidad» del veredicto a otros ámbitos del DIPr comunitario, sobre todo a los más cercanos del complejo familiar-sucesorio, que, habiendo sido defendida desde hace tiempo por una parte apreciable de la doctrina¹¹⁴, ha obtenido, en un caso de divorcio intracomunitario¹¹⁵, el valioso respaldo de la Sentencia de 25 de noviembre de 2021¹¹⁶, la cual, en la línea preconizada por el Abogado General¹¹⁷, ha dictaminado «*qu'un époux qui partage sa vie entre deux États membres ne peut avoir sa résidence habituelle que dans un seul de ces États membres*»¹¹⁸. Por otro lado, aunque la Sentencia *EE* haya declarado que, en cuestiones de Derecho de sucesiones, una persona física exclusivamente puede poseer una residencia habitual, hay que remarcar que este pronunciamiento, de un gran valor teórico o conceptual, tiene una escasa trascendencia práctica, ya que en el manejo cotidiano del instrumento la realidad apenas va a experimentar cambios. Nos explicamos: que, bajo el Reglamento, no exista más que *una* residencia habitual no quiere decir que los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros llamados a conocer de un determinado litigio sucesorio entiendan que esa única residencia sea *la misma*, puesto que puede suceder que, para cada tribunal implicado, exista *una sola* residencia habitual, pero que ésta *no coincida* con la que lo es a juicio de los restantes. En el asunto C-80/19, por ejemplo, podría haber ocurrido –si

¹¹⁴ Una estudiosa de la materia afirma rotundamente que, «*der Begriffskern des gewöhnlichen Aufenthalts in allen Rechtsakten des europäischen Familien- und Erbrechts einheitlich bestimmt werden kann*» (R. VIENENKÖTTER, *Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Sippligen, JWV, 2017, p. 369).

¹¹⁵ Asunto C-289/20, *IB, DOUE*, C 297, de 7 de septiembre de 2020, p. 34. Es un supuesto de divorcio que enfrenta a un nacional francés (Sr. IB) y a una ciudadana irlandesa (Sra. FA). Presentada la demanda por el marido ante el *tribunal de grande instance de Paris*, el *juge aux affaires familiales* del citado tribunal se declara incompetente al entender que la residencia habitual de los cónyuges estaba situada en Irlanda, país en el que se habían instalado desde 1999, comprado un inmueble que constituía el domicilio familiar, y en donde residían y cursaban sus estudios los hijos comunes. El actor recurre el auto del juez de primera instancia ante la *cour d'appel de Paris*, que, en vista de que, al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, el Sr. IB había fijado en Francia una residencia estable y permanente, sin perder, por ello, su residencia irlandesa, país con el que conservaba vínculos familiares y donde pasaba temporadas por razones personales con la misma regularidad de antes, estima que el Sr. IB tiene en Francia una residencia con las características de estabilidad y permanencia que le confieren la naturaleza de residencia habitual, y, al mismo tiempo, una residencia de idénticas características en Irlanda. Deduciendo de lo anterior que los órganos jurisdiccionales franceses e irlandeses podrían ser igualmente competentes para decidir sobre el divorcio, de conformidad con el art. 3.1,a), párrafos quinto y sexto, del Reglamento nº 2201/2003, la Corte de apelación pregunta al TJUE si puede considerarse, a efectos del mencionado artículo, que dicho cónyuge tiene su residencia habitual en dos Estados miembros, de modo que, «si los requisitos establecidos por ese artículo se cumplen en dos Estados miembros, los tribunales de estos dos Estados miembros son igualmente competentes para pronunciarse sobre el divorcio».

¹¹⁶ La decisión de Tribunal de Justicia (ECLI:EU:C:2021:955) se ha hecho pública mientras hacíamos los últimos retoques a la versión definitiva del presente artículo, después que éste hubiera sido ya revisado.

¹¹⁷ En la primera de sus Conclusiones presentadas el 8 de julio de 2021 (ECLI:EU:C:2021:561), el AG, Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, había sostenido que, «[e]l artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 2201/2003 (...) debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la atribución de competencia, solo puede reconocerse una residencia habitual de cada cónyuge» (apdo. 101).

¹¹⁸ Sentencia *IB*, apdo. 62. Transcribimos la versión francesa, porque, en la fecha de entrega del artículo, es la única que está disponible en la página web del Tribunal de Justicia (<https://curia.europa.eu>).

se hubiesen dado otras circunstancias— que, para las autoridades lituanas, el causante tuviera su última residencia habitual en Lituania y, para las alemanas, en Alemania, pues no hay que olvidar que, como se cuida de decir repetidamente la sentencia, «la determinación de la residencia habitual del causante corresponde a la autoridad que sustancie la sucesión»¹¹⁹. Es verdad que, en una situación como la recién descrita, la excepción de litispendencia puede conducir a que sólo uno de los potenciales procedimientos resultantes —el primero en el tiempo— llegue a su término, evitándose, así, el riesgo de veredictos —discordantes— que estimen que la única residencia habitual del *de cuius* se halla a la vez en dos Estados diferentes, pero, como el recurso a este remedio procesal hubiera sido asimismo factible aun cuando el Reglamento 650/2012 hubiera optado por reconocer al causante el disfrute de una pluralidad de residencias habituales¹²⁰, debe concluir que, en sede de competencia judicial y a efectos prácticos, la Sentencia de 16 de julio de 2020 no ha supuesto cambio significativo alguno. Lo mismo cabe afirmar a propósito del Derecho aplicable, visto que, si bien el reconocimiento de la exclusividad de la residencia habitual del fallecido que el TJ hace en el asunto *EE*, garantiza que, *ex art. 21.1 RS*, una sola ley —la concordante con la *única* residencia habitual del causante— va a gobernar su sucesión, dicha garantía es un plus más aparente que real, porque, en un hipotético litigio referente a la herencia de una persona con diversas residencias habituales el resultado hubiera sido idéntico. Veámoslo a renglón seguido. Si, como hemos comprobado, el funcionamiento de la litispendencia desemboca en la subsistencia de un solo procedimiento, el órgano jurisdiccional a cargo del mismo no llegará a observar simultáneamente más de un ordenamiento material para regir la sucesión, independientemente de cuál sea el número de residencias del causante. En efecto, si la residencia habitual de éste es única, como exige el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional competente aplicará su propio derecho (la misma residencia que sirve al juez para justificar su competencia es la que le prescribe la ley aplicable al fondo de la controversia, la *lex fori*); si, por contra, la última residencia habitual fuera múltiple, eventualidad que ha descartado la Corte europea, el tribunal competente podría recurrir ya al derecho del foro (solución natural), pues sería el correspondiente a uno de los países en cuyo territorio residía habitualmente el *de cuius*, ya a un derecho extranjero (solución improbable, pero no imposible), siempre y cuando fuera el vigente en otro de los Estados en donde el causante tuviera *también* fijada su residencia habitual. Nótese que, incluso en esta última hipótesis (al igual que en las restantes), la autoridad encargada de sustanciar la sucesión cumpliría estrictamente el mandato impuesto por el art. 21.1 RS de sujetarla en su totalidad a una sola ley, porque, si bien es cierto que, en este supuesto, quebraría la correlación entre el *forum* y el *ius*, no lo es menos que, en modo alguno, se produciría un fraccionamiento de la sucesión. De nuevo, esta vez con respecto al Derecho aplicable, la resolución del Tribunal de Justicia que nos ocupa evidencia su importante aporte teórico, que, sin embargo, difícilmente va a traducirse en repercusiones de índole práctica.

¹¹⁹ Sentencia *EE*, apdo. 38; también apdos. 40 y 45.

¹²⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, *loc. cit.* en nota 105, pp. 146-147.

V. LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES

19. Agotando el abanico de argumentos de naturaleza «conceptual» y «espacial» con los que pretende justificar, ante todo, la competencia de las autoridades lituanas y, ya en un segundo plano, la aplicación de la *lex fori*, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* apela, en última instancia, a la autonomía de la voluntad. La sexta pregunta que se le formula al TJ es sucinta pero enjundiosa: «¿Deben interpretarse y aplicarse los artículos 4, 5, 7 y 22 del Reglamento n.º 650/2012 ... de un modo que, en el presente asunto ... deba concluirse que las partes ... aceptaron la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos y que se aplicara la legislación lituana?»¹²¹. Para responder la cuestión el Tribunal de Justicia se ve compelido a abordar, por primera vez¹²², las normas que disciplinan la autonomía de la voluntad en el Reglamento de Sucesiones, tanto en el sector de la competencia judicial como en el del Derecho aplicable. Sin embargo, su análisis deja mucho que desear, como trataremos de mostrar seguidamente. En primer lugar y pese a la presentación impecable del tema por el AG¹²³, el TJ, quizás inducido por la redacción de la cuestión prejudicial, razona con una lógica inversa a la que sirve

¹²¹ Sentencia *EE*, apdo. 32.6).

¹²² En 2021, ha habido tres asuntos más en los que, de una forma o de otra, la autonomía de la voluntad ha estado presente en el debate. Primeramente, tenemos el Auto de 1 de septiembre de 2021 (C-387/20, *OKR*, ECLI:EU:C:2021:751), en el que, como ya hemos visto (*supra*, nota 22), el TJUE se ampara en la falta de legitimación activa para poder plantear una cuestión prejudicial de la Sra. J. Gawlica –una notaria adjunta que ejerce en la ciudad polaca de Krapkowice– a fin de no contestar las preguntas por ésta formuladas, que eran dos: ¿«una persona que no sea ciudadana de la Unión Europea también está autorizada a elegir su ley nacional como ley que regirá la totalidad de la sucesión?»; y ¿«cuando un tratado bilateral que vincula a un Estado miembro con un tercer Estado no regule la elección de la ley para una sucesión, pero sí designe la ley aplicable a una sucesión, podrá un ciudadano de dicho tercer Estado que resida en el Estado miembro que se encuentre vinculado por el citado tratado bilateral elegir la ley aplicable?» (DOUE, C 53, de 15 de febrero de 2021, pp. 15-16). Aunque alguna de las consultas se intuya de fácil respuesta, no deja de ser una lástima que el Tribunal de Luxemburgo no haya podido pronunciarse sobre ellas. En segundo lugar, está la Sentencia de 9 de septiembre de 2021 (C-277/20, *UM*, ECLI:EU:C:2021:708), que, en el supuesto de una donación *mortis causa* conforme al Derecho austríaco, considerada un pacto sucesorio en el sentido del art. 3.1.b) RS (apdo. 36), entiende que la designación de la ley aplicable contenida en ese contrato y validada gracias al art. 83.2 RS, por tratarse de una elección verificada antes del 17 de agosto de 2015, solamente se refiere al inmueble concreto que constituye el objeto de la donación y no al conjunto de la sucesión (apdo. 40). Por último, contamos con otra Sentencia fechada también el 9 de septiembre de 2021 (C-422/20, *RK*, ECLI:EU:C:2021:718), en la que se discute si, cuando un tribunal se abstiene de conocer en el sentido del art. 6.a) RS en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuya ley ha sido elegida por el causante, es necesario que se haya inhibido expresamente o basta con que esa intención se desprenda de modo inequívoco de la resolución dictada al respecto. El Tribunal de Justicia se decanta por la segunda de las opciones (apdo. 34), declarando, además, por un lado, que el tribunal del Estado miembro que conoce del asunto de resultados de una inhibición no está facultado para controlar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 6.a) y 7.a) RS para que el tribunal al que se había sometido previamente el asunto pudiera inhibirse (apdo. 49); y, por otro lado, que las reglas de competencia que instauran los mencionados preceptos son, asimismo, aplicables en caso de que, en su testamento, otorgado antes del 17 de agosto de 2015, el causante no haya seleccionado la ley aplicable a la sucesión y de que la designación de dicha ley sea únicamente fruto del artículo 83.4 del Reglamento (apdo. 58).

¹²³ El epígrafe 2 de la sexta pregunta prejudicial de sus Conclusiones lleva por título «Elección de foro que sigue a la elección de ley».

de inspiración al Reglamento¹²⁴, ya que éste «parte de la constatación de la elección del Derecho de la nacionalidad del causante como presupuesto imprescindible para que los interesados puedan elegir el foro [competente]», pues «[s]in tal elección, no ha lugar a prorrogación alguna»¹²⁵. Las dos manifestaciones de autonomía privada «[s]on ... indisociables con un orden preciso»¹²⁶ –a saber: primero la *professio iuris* y después la *professio fori*–, de manera que subvertir el orden de estos factores no es que altere el producto, es que lo hace inviable, al menos desde el respeto a los equilibrios internos del Reglamento. Aparentemente ajeno a esta –notable– disfunción técnica, la Corte europea sigue su propia dinámica y comienza por analizar si, en el caso de marras, las partes han podido eludir la competencia general del «tribunal» del Estado miembro de residencia habitual del causante (art. 4 RS), sometiendo su controversia a los «órganos jurisdiccionales» de otro Estado de la Unión vinculado por el instrumento, para lo cual «las partes en el procedimiento [deberían haber acordado] que los tribunales del Estado miembro cuya ley [hubiera] elegido el causante para regir su sucesión, en virtud del artículo 22 del Reglamento, [tuvieran] competencia exclusiva para resolver cualquier cuestión relativa a la sucesión»¹²⁷, siempre que se hubieran observado las condiciones de forma que se especifican en los arts. 5.2 y 7 RS¹²⁸. Ahora bien, cuando, siguiendo con su línea de razonamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión procede, un poco más abajo, a cotejar los requisitos recién enumerados con la información obrante en autos, se da cuenta de que de la misma «no se desprende que las partes en el procedimiento sucesorio hayan celebrado un acuerdo conforme con los mencionados requisitos en orden a atribuir la competencia exclusiva a los tribunales lituanos [por mucho que] el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que el cónyuge supérstite de la causante, de nacionalidad alemana y que convivía con ella en Alemania en el momento del fallecimiento, había declarado que admitía la competencia de los tribunales lituanos»¹²⁹, al corresponder a dicho órgano «determinar si tal declaración tiene, en el procedimiento principal, un efecto atributivo de competencia a los efectos del artículo 7, letra c), del Reglamento n° 650/2012»¹³⁰. En vista de las consideraciones anteriores, puede

¹²⁴ Aparte del tenor literal del art. 5.1 RS, esta idea resulta con toda claridad del cdo. 27 RS al señalar que «[l]as normas del presente Reglamento están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho. Por consiguiente, el presente Reglamento establece una serie de mecanismos que se utilizarían cuando el causante haya elegido para regir su sucesión la ley de un Estado miembro del que era nacional» (DOUE, L 201, p. 110, cursivas nuestras).

¹²⁵ L. F. CARRILLO POZO, *loc. cit.* en nota 49, p. 765. La misma idea precisa E. VASSILAKAKIS, «Der Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht nach den Art 5ff und 22 EuErbVO», *ZfRV*, 2021-2, p. 71) al decir: «Die von den Art 5 ff zugelassene parteiautonome Zuständigkeitsbestimmung, die die Rechtswahl des Erblassers gem Art 22 voraussetzt, bringt den Gleichlauf zugunsten des forum legis hervor, nachdem der von Art 4 und 21 Abs 1 vorgeschriebene Gleichlauf zugunsten der Gerichte des Mitgliedstaats des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers durch dieselbe Rechtswahl verdrängt wurde» (el énfasis es nuestro).

¹²⁶ L. F. CARRILLO POZO, *ibid.*

¹²⁷ Sentencia *EE*, apdo. 83.

¹²⁸ De uno y otro «se desprende que dicho acuerdo debe constar por escrito, con expresión de su fecha, y ser firmado por las partes en el procedimiento, o que dichas partes deben haber admitido expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto, como se prevé en el artículo 7, letra c), de dicho Reglamento» (Sentencia *EE*, apdo. 84).

¹²⁹ Sentencia *EE*, apdo. 85.

¹³⁰ Sentencia *EE*, apdo. 86.

concluirse que, en el caso que nos concierne, no ha habido un acuerdo de elección de foro por las partes ni tampoco una admisión expresa por éstas de la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto. Los argumentos sobre los que se sustenta esta doble afirmación son, por un lado, que no hay traza alguna de un convenio –escrito, fechado y firmado– entre las partes a este respecto; por otro lado, tampoco concurre la pretendida aceptación por éstas de la competencia del tribunal en los términos del art. 7.c), no sólo porque no se cumplen las mínimas exigencias formales¹³¹, sino, sobre todo, porque la supuesta declaración de sumisión jurisdiccional no procede de ninguna de las partes en el proceso –E. E. y V. Jarienė, notaria de Kaunas (Lituania)–¹³², antes bien, de un posible beneficiario de la herencia, el marido de la causante (K.-D. E.), quien, en Alemania –no ante la autoridad lituana que se ve favorecida por la *prorogatio fori*–¹³³, hace una primera declaración de renuncia a sus eventuales derechos sucesorios –aspecto de derecho sustantivo, bien distinta de la cuestión procesal aquí discutida–¹³⁴, y luego una segunda¹³⁵ en la que consiente (no se nos dice de qué modo) la competencia de la jurisdicción lituana, rehusando comparecer ante ella¹³⁶. A pesar de que esta última manifestación de voluntad motiva que el TJUE deje en manos del órgano jurisdiccional remitente el «determinar si tal declaración tiene, en el procedimiento principal, un efecto atributivo de competencia» a los efectos del art. 7.c) del Reglamento 650/2012¹³⁷, es tan vaga e inconcreta la información que se nos facilita sobre dicha declaración (¿es escrita u oral?, ¿ante quién se formula?, ¿en qué momento?, ¿por qué se incorpora a las actuaciones en el recurso de apelación y no con anterioridad?), que no estaría de más que, en su caso, la eficacia de una manifestación de estas características estuviera como mínimo sujeta a la cautela que se reclama para las declaraciones orales vertidas fuera del proceso, que no es otra que la necesidad de su reiteración en el seno del procedimiento¹³⁸.

20. Redirigida al *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* la decisión final sobre la pretendida competencia de los «órganos jurisdiccionales» lituanos para conocer del

¹³¹ Punto resaltado por el Abogado General, Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA en el apartado 120 de sus Conclusiones. No obstante, basándose en que el art. 5 RS (y el 6.a RS) no especifican requisitos de forma para los acuerdos de atribución de competencia en favor de los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida, A. DUTTA [«Art. 7 EuErbVO», en J. VON HEIN (redactor), *op. cit.* en nota 105, p. 2134, n° 14] deja abierta la posibilidad de que la declaración expresa de admisión de competencia pueda hacerse por escrito o verbalmente, en tanto el órgano jurisdiccional receptor de la misma quede convencido de que su competencia ha sido reconocida.

¹³² Advierte P. MANKOWSKI (*loc. cit.* en nota 54, p. 718) que, en el Reglamento 650/2012, el círculo de personas que pueden tomar parte en un acuerdo de sumisión jurisdiccional no está en absoluto claro y que este es un «*Knackpunkt*» (un punto clave) de cara a procedimientos futuros.

¹³³ También el AG hace notar esta circunstancia en el mismo apartado de sus Conclusiones (el 120).

¹³⁴ L. F. CARRILLO POZO (*loc. cit.* en nota 49, p. 765) pone el énfasis en este extremo (que es digno de ser subrayado), aun cuando para el Abogado General concita mayor interés la segunda de las declaraciones unilaterales del Sr. K.-D. E. (apdo. 121), que es la que entra a valorar el TJ (apdos. 85 y 86).

¹³⁵ En consonancia con los apartados 120 y 121 de las Conclusiones del AG, la pluralidad de declaraciones del marido parece acreditada.

¹³⁶ Conclusiones del Abogado General, apdo. 120, *in fine*.

¹³⁷ Sentencia *EE*, apdo. 86.

¹³⁸ A. DUTTA, «Art. 7 EuErbVO», en J. VON HEIN (redactor), *op. cit.* en nota 105, p. 2134, n° 14.

litigio, el TJUE pasa a dirimir –recordémoslo: invirtiendo la cadena de razonamiento que el instrumento diseña– si se ha producido una elección de la legislación de Lituania. Tras reproducir los dos primeros apartados del art. 22 RS¹³⁹, la Corte con sede en Luxemburgo se centra en el segundo de ellos, puesto que, ante la falta manifiesta de una designación expresa de la ley aplicable y haciendo suyas las observaciones escritas de la Comisión, el TJ lee el art. 22.2 RS a la luz del cdo. 39 RS, para, siguiendo el tenor de éste, afirmar que una *professio iuris* «puede resultar de una disposición *mortis causa* en particular cuando el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad»¹⁴⁰. Ahora bien, cuando, con objeto de contestar la cuestión formulada, ha de pasar de lo general a lo específico, el resultado es harto decepcionante, dado que el Tribunal de Justicia se limita a decir que «corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tal elección resulta de los términos del testamento del litigio principal, de conformidad con el artículo 22, apartado 2, de dicho Reglamento»¹⁴¹. De este reenvío de la cuestión que la Corte de Justicia hace al órgano jurisdiccional remitente y que implica una respuesta elusiva por su parte, es menester realzar la gran trascendencia, porque una cosa es dejar una decisión concreta en manos del tribunal nacional sobre la base de que, en observancia de los principios comunitarios, es el que está mejor situado para tomarla y otra bien distinta es no obedecer el mandato del art. 267.1.b) TFUE que, como es bien sabido, obliga al TJ a resolver, cuando se le plantee, una cuestión prejudicial relativa a «la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión»¹⁴². Precisamente, interpretar un acto adoptado por las instancias comunitarias –el Reglamento 650/2012–, era lo que le pedía el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania al interrogarle acerca de si debía «interpretarse y aplicarse [el] artículo[] ... 22 del Reglamento nº 650/2012 ... de un modo que, en el presente asunto, sobre la base de los hechos descritos, deb[er]a concluirse que las partes de que se trata aceptaron ... que se aplicara la legislación lituana»¹⁴³, pero el Tribunal de Luxemburgo no lo hace, a pesar de los esfuerzos que, para persuadirlo de lo contrario, realiza el Abogado General. Éste, plenamente consciente del alcance de la pregunta y de las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales a la hora de responderla, trata por todos los medios que el TJUE fije un criterio hermenéutico al respecto, que se ha venido echando en falta desde la «entrada en aplicación» del Reglamento.

¹³⁹ Sentencia *EE*, apdo. 88. Resulta curioso que, al comienzo del párrafo, se llegue a plantear, de cara a la designación de la *lex successionis*, una posible equiparación entre la voluntad unilateral del *de cuius* y un acuerdo entre los llamados a sucederlo, porque a nadie se le escapa que, en el actual Derecho internacional de Sucesiones, únicamente la primera puede, con carácter general, operar como conexión subjetiva (J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 191-193), y el Reglamento 650/2012 representa la consagración de este punto de vista (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, p. 322, nº 1). En sus Conclusiones, el Abogado General no alberga ninguna duda al respecto (apdo. 93).

¹⁴⁰ Sentencia *EE*, apdo. 89.

¹⁴¹ Sentencia *EE*, apdo. 90.

¹⁴² *DOUE*, C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 164.

¹⁴³ Para focalizar lo mejor posible el debate, hemos reducido –adaptándola a su mínima expresión– la sexta cuestión prejudicial formulada al TJ por el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*.

21. La necesidad de un arbitrio de la Corte europea dimana, primeramente, de la falta de acuerdo entre los autores sobre cómo debe colegirse la voluntad del causante – de optar por su derecho nacional– cuando la misma no se ha exteriorizado *expressis verbis*. Para una parte de la literatura científica, que, en esencia, se basa en una lectura literal del art. 22.2 RS, «*le choix de la loi applicable doit résulter directement et seulement du contenu même de l'acte [et c'est pourquoi] [t]oute référence à des éléments extrinsèques doit être écartée*»¹⁴⁴; para la otra, la letra de la ley «*n'exclut pas ... que lorsque la professio juris transparait du texte de l'acte de dernière volonté de manière incomplète, des éléments extrinsèques puissent également être pris en considération pour interpréter, appuyer ou corroborer une indication contenue dans le texte*», hipótesis en la cual «*il devrait alors être possible de tenir compte de circonstances extérieures à la disposition*»¹⁴⁵. En este debate, el Abogado General se muestra claramente favorable a la primera posición, pues, en sus Conclusiones, afirma que «no cabe inferir la *professio iuris* de datos externos a la propia disposición testamentaria»¹⁴⁶; añadiendo, acto seguido, que los «factores externos a la disposición testamentaria (como, por ejemplo, el desplazamiento del causante a cierto país para otorgar testamento, la nacionalidad de la autoridad interviniente o cuál sea el ordenamiento que le inviste de competencia) no son decisorios. En su caso, valdrán como argumentos *ad abundantiam*, esto es, de apoyo a la conclusión sobre si hubo o no elección de ley, derivada de la propia disposición testamentaria»¹⁴⁷. El segundo motivo que aboga en favor de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la elección tácita de la ley sucesoria es la disparidad en el trato que ésta ha recibido por parte de la jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea, de la que vamos a ofrecer, seguidamente, una muestra elocuente mediante la comparación de las experiencias alemana y española respecto de esta figura. En Alemania, en donde, bajo el art. 25.2 *EGBGB*, la *konkludente Rechtswahl* ha dado lugar a una notable jurisprudencia¹⁴⁸, no

¹⁴⁴ M. GORÉ, «La *professio iuris*», *Defrénois*, 2012-15/16, p. 765. En la misma línea, E. CASTELLANOS RUIZ [«Article 22», en A.-L. CALVO CARAVACA *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 105, p. 345] piensa que «*[t]he tacit choice of law must arise solely and exclusively from the terms of a will, joint will or agreement as to succession and should be clear and unequivocal*»; posteriormente, en «La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones», *Revista de Derecho Patrimonial*, 50 (2019-4), n° 16 (consulta electrónica), se reafirma en su postura. Asimismo, C. HERTEL («Art 22 EU-ErbVO», en T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, vol. V, *KSÜ, EU-ErbVO, HUntStProt 2007, Rom III-VO*, 4ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 306, p. 305, n° 26), sostiene que «*[d]ie konkludente Rechtswahl muss sich aus dem Text der Verfügung von Todes wegen selber ergeben; bloße andere Umstände außerhalb des Textes der Verfügung genügen nicht*».

¹⁴⁵ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, p. 349. Con los matices que acompañan su posicionamiento, D. STAMATIADIS [Article 22», en H. P. PAMBOUKIS (ed.), *op. cit.* en nota 92, pp. 219-221] también se inclina por esta visión amplia, al avalar que, para afirmar la presencia de una designación tácita, «*one should asses all factors and evidence related to a disposition of property upon death*». Del mismo parecer es, en nuestra doctrina, J. M. FONTANELLAS MORELL, «Libertad de testar y libertad de elegir la ley sucesoria», *CDT*, 10 (2018-2), p. 403; *idem*, «La elección tácita de la ley sucesoria en el Reglamento 650/2012», en C. VILLÓ TRAVÉ (dir.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 275-276.

¹⁴⁶ Conclusiones del Abogado General, apdo. 96.

¹⁴⁷ Conclusiones del Abogado General, apdo. 97.

¹⁴⁸ Las principales resoluciones sobre esta cuestión son las Sentencias del *Landgericht Hamburg*, de 12 de febrero de 1991 (*IPRspr*, 1991, n° 142, pp. 264-275), del *Landgericht Frankfurt am Main*, de 29 de julio de 1997 (*IPRspr*, 1997, n° 122, pp. 232-235), del *Oberlandesgericht Zweibrücken*, de 28 de mayo de

parece que el Reglamento 650/2012 haya aportado cambios sustanciales en el abordaje de la figura por parte de los tribunales alemanes, como se desprende de dos importantes resoluciones que han dictado sobre el tema en los últimos tiempos¹⁴⁹. En ambas, la problemática es bastante similar: la sucesión de una persona que, de acuerdo con el Reglamento, debía quedar sometida a la legislación del país de su última residencia habitual (art. 21.1 RS), se rige finalmente por su derecho nacional (art. 22 RS) debido a la elección implícita del mismo que el *de cuius* había hecho en su testamento. En el caso dirimido ante el *OLG Köln*, el profesante era un doble nacional germano-rumano, que, en una disposición *mortis causa* otorgada durante unas vacaciones en Bucarest –pues él residía habitualmente en la República Federal–, no indicó expresamente su deseo de supeditar su herencia al ordenamiento rumano, pero en su testamento, otorgado en lengua rumana ante notario rumano, se alude a los arts. 1044 y 1055 del *Cod civil*, relativos, respectivamente, al otorgamiento notarial del testamento y al legado universal, datos todos ellos que, para el tribunal, son un indicio suficiente de la voluntad del testador de subordinar su sucesión a la ley de su patria de origen¹⁵⁰. Bien diferentes son las circunstancias de litigio resuelto este año por el *Bundesgerichtshof*, en el que el Alto Tribunal reconoce eficacia vinculante a un *gemeinschaftlichen Testament* otorgado, en Alemania en 1996, por una ciudadana austríaca y su marido de nacionalidad alemana, los cuales, después de vivir una temporada en Austria, acababan de mudarse a Bad Reichenhall (Baviera), en donde residirían habitualmente hasta el fallecimiento del esposo, en 2003, y de la causante de la sucesión objeto de discusión, en 2017. Dado este último dato, el Tribunal Federal alemán, al igual que había hecho en la instancia inferior el *Oberlandesgericht München*¹⁵¹, recurre, primero, al art. 25.2 RS, porque, en un pacto hereditario relativo a la sucesión de varias personas, al que es equiparable un testamento mancomunado como el controvertido, es el precepto que ha de ordenar, por una parte, la admisibilidad del contrato (art. 25.2.1) y, por otra parte, su validez material (art. 25.2.2); pero, luego, para asegurarse el efecto vinculante de las disposiciones testamentarias tras

2002 (*IPRspr*, 2002, n° 116, pp. 280-286), del *Landgericht Stuttgart*, de 11 de septiembre de 2002 (*IPRspr*, 2002, n° 119, pp. 290-291), del *Landgericht München*, de 5 de febrero de 2007, (*IPRspr*, 2007, n° 94, pp. 282-284) del *Oberlandesgericht Hamm*, de 22 de julio de 2014 (<https://openjur.de/u/728979.ppdf>) al igual que la del *Oberlandesgericht Schleswig* de 25 de abril de 2016 (<https://www.iww.de/quellenmaterial/id/189111>).

¹⁴⁹ Son la Sentencia del *Oberlandesgericht Köln* de 5 de junio de 2019 (<https://openjur.de/u/2186531.ppdf>) y la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 24 de febrero de 2021 (<https://openjur.de/u/2332103.ppdf>).

¹⁵⁰ Dictamina la sentencia: «*Maßgeblich für die Erbfolge ist hier rumänisches Recht. Nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EuErbVO kann eine Person, die mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht eines der Staaten wählen, denen sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört. Der Erblasser besaß sowohl die rumänische als auch die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach Art. 22 Abs. 2 EuErbVO muss die Rechtswahl ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Nach Erwägungsgrund 39 gilt es als Indiz für eine Rechtswahl, wenn der Erblasser Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechtes des Staates, dem er angehört, genommen hat. Danach hat der Erblasser hier in seinem Testament konkludent die Geltung des rumänischen Erbrechts gewählt. Dies ergibt sich aus den Umständen der Errichtung, nämlich der Errichtung in rumänischer Sprache vor einer rumänischen Notarin, in Verbindung mit der Inbezugnahme von Vorschriften des rumänischen Rechts. Ausweislich der rumänischen Originalfassung des Testaments ist auf die Bestimmungen Art. 1044 und Art. 1055 des Codul Civil ("Cod Civil") verwiesen» (apdo. 17).*

¹⁵¹ En Sentencia de 24 de agosto de 2020 (<https://openjur.de/u/2296676.html>).

la muerte de uno de sus otorgantes –aceptado por el Código civil alemán, pero no por la ley austríaca–, se basa en el juego combinado de los arts. 25.3, 22.2 y 83.2 RS, gracias al cual puede dar por buena la *konkludente Rechtswahl* del BGB que efectúa la disponente y que se desprende de la alusión en el testamento a instituciones o términos propios de la legislación alemana, como el concepto de *Schlusserben* (herederos finales) y la mención de los §§ 2270 y 2271 del *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁵². De estas sentencias, cabe destacar varios aspectos comunes: primeramente, tratan de sucesiones que caen dentro del ámbito temporal de aplicación del Reglamento nº 650/2012, porque los causantes de las mismas fallecieron con posterioridad al 17 de agosto de 2015¹⁵³; en segundo término, tanto en un supuesto como en el otro, la existencia –o no– de una profesión implícita es ponderada a partir de una interpretación «autónoma» –o sea, a la luz del instrumento europeo–, de la noción «elección tácita»¹⁵⁴; en tercer lugar, la «fuente normativa» a la que acuden ambos órganos jurisdiccionales para dar cabida a la *konkludente Rechtswahl* es, además del art. 22.2 RS, el cdo. 39, en especial su inciso final¹⁵⁵, que se está revelando como el principal «patrón de identificación» de las designaciones implícitas de la ley sucesoria. Al mismo tiempo, entre las dos resoluciones reseñadas pueden detectarse diferencias sensibles: en primer término, las disposiciones *mortis causa* por conducto de las cuales se verifican las elecciones tácitas son de diversa naturaleza, ya que en el litigio de Colonia se trata de un testamento notarial simple, mientras que el Tribunal Federal alemán ha de vérselas con testamentos mancomunados ológrafos con disposiciones vinculadas, que el Reglamento asimila a los pactos sucesorios; en segundo lugar, los negocios *mortis causa* concernidos fueron

¹⁵² El apdo. 45 de la Resolución condensa estos argumentos: «*Ausgehend von einer unionsautonomen Auslegung der konkludenten Rechtswahl hat das Beschwerdegericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25. März 1996 deutsches Recht gewählt haben. Für die konkludente Wahl einer bestimmten nationalen Rechtsordnung kann es insbesondere sprechen, wenn der Erblasser Begriffe oder Rechtsinstitute verwendet, die gerade in dieser Rechtsordnung spezifisch sind (...). Hier haben die Erblasserin und ihr Ehemann unter anderem den Begriff der Schlusserben verwendet, der im deutschen Recht anerkannt ist (...), [aber] im österreichischen Recht ... keine Verwendung findet. Außerdem haben die Ehegatten bestimmt, dass ihre Verfügung von Todes wegen wechselseitig verbindlich sein soll und zu ihren Lebzeiten nur gemeinschaftlich aufgehoben werden kann, während nach dem Tod eines Ehegatten der überlebende Ehegatte nicht mehr berechtigt ist, die Erbeinsetzungen und Vermächtnisanordnungen abzuändern. Auch damit haben die Erblasserin und ihr Ehemann Bezug auf die Regelungen des deutschen Rechts in den §§ 2270 Abs. 1, 2271, Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB genommen, während im österreichischen Recht ... gerade keine Bindung des überlebenden Ehegatten an ein gemeinschaftliches Testament besteht*».

¹⁵³ En la Sentencia del OLG Köln no se menciona la fecha de la defunción del *de cuius*, pero sí que éste había otorgado testamento el 10 de octubre de 2016 (apdos. 3 y 16). En el caso ventilado ante el Tribunal Federal, el óbito se produce el 22 de mayo de 2017 (apdos. 3 y 31).

¹⁵⁴ Este punto que, en la decisión del Oberlandesgericht se sobreentiende (apdo. 17), tiene para el BGH una importancia capital (apdos. 39-43), al condicionar todo el razonamiento del tribunal, que comienza el párrafo decisivo de su fallo apelando a esta idea: «*Ausgehend von einer unionsautonomen Auslegung der konkludenten Rechtswahl ...*» (apdo. 45). La doctrina ya había recalcado que «*[d]ie Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer konkludenten Rechtswahl regelt damit die Verordnung autonom*» [por ejemplo, A. DUTTA, «Art. 22 EuErbVO», en J. VON HEIN (redactor), *op. cit.* en nota 105, p. 2195, nº 14 (énfasis en el original)].

¹⁵⁵ Que reza: «*[p]uede considerar que la elección de la ley resulta de una disposición mortis causa en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley*».

otorgados uno antes y el otro después de la entrada en vigor del instrumento¹⁵⁶, lo que explica por qué, en la Sentencia del *Bundesgerichtshof*, la aplicación de los arts. 25.3 y 22.2 RS solamente pueda hacerse a través del régimen de derecho transitorio previsto en el art. 83.2 RS; en última instancia, es digno de ser remarcado que las dos elecciones implícitas comentadas tienen objetos contrapuestos, pues, en tanto que la de los esposos residentes en Baviera es una *professio pro lege fori* (el causante opta por la legislación del país en donde se sustancia la sucesión), en la línea de las realizadas al socaire del art. 25.2 *EGBGB*¹⁵⁷, la del ciudadano que ostenta la doble nacionalidad germano-romana es una *professio pro lege causae* (el *de cuius* elige el derecho de un Estado distinto de aquél al que pertenece el tribunal que dirime la sucesión)¹⁵⁸, inédita en Alemania, porque era una hipótesis impracticable en la regulación anterior al Reglamento 650/2012.

22. Comparada con la alemana, la jurisprudencia –registrar– española sobre este tema no está a la misma altura. La doctrina de la DGRN –ahora, DGSJFP– se ha ido sentando en una serie de Resoluciones¹⁵⁹ que albergan algunas deficiencias técnicas dignas de ser comentadas. Para no alargarnos en exceso, nos limitaremos a explicar los dos principales déficits que, a nuestro parecer, presentan algunas de las citadas decisiones. El primero es una mala comprensión del funcionamiento del régimen de elección de ley instaurado por el Reglamento 650/2012, en la que destaca sobremanera la Resolución de 2 de marzo de 2018, pues ésta confunde la forma de la *professio iuris* con la admisibilidad de la misma, al convertir una declaración de elección expresa en tácita por el hecho de regirse por las normas de derecho transitorio del instrumento¹⁶⁰, de lo que se deduce que, en la primera doctrina del Centro Directivo, el reconocimiento de la elección expresa quedaba sujeta a que el DIPr del foro acogiera la figura de la

¹⁵⁶ El primer testamento fue otorgado en Bucarest el 10 de octubre de 2016 (apdos. 4 y 16) y el segundo lo fue en Bad Reichenhall el 25 de marzo de 1996 (apdos. 3, 23, 25, 28, 29, 31, 33, 35, 36 y 45).

¹⁵⁷ Véanse los precedentes referenciados, *supra*, en la nota 148, sin olvidar que el art. 25.2 *EGBGB* no permitía más que una *Teilrechtswahl* en provecho del derecho alemán para la transmisión *mortis causa* de los bienes inmuebles radicados en la República Federal.

¹⁵⁸ Para lo que viene a continuación, conviene hacer hincapié en que, por ahora, en la práctica española únicamente se han detectado profesiones de extranjeros residentes en España que han decidido escoger la *lex patriae* para gobernar la trasmisión *mortis causa* de su patrimonio.

¹⁵⁹ Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 (*BOE*, nº. 175, 21 de julio de 2016, pp. 51281-51285), Resolución de la DGRN de 4 de julio de 2016 (*BOE*, nº 194, 12 de agosto de 2016, pp. 59066-59071), Resolución de la DGRN de 10 de abril de 2017 (*BOE*, nº 99, 26 de abril de 2017, pp. 32424-32431), Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2018 (*BOE*, nº 69, 20 de marzo de 2018, pp. 51281-51285), Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2019 (*BOE*, nº 61, 12 de marzo de 2019, pp. 23566-23576), Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2019 (*BOE*, nº 231, 25 de septiembre de 2019, pp. 105559-105562), Resolución de la DGSJFP de 28 de agosto de 2020 (*BOE*, nº 257, 28 de septiembre de 2020, pp. 81687-81698) y Resolución de la DGSJFP de 1 de octubre de 2020 (*BOE*, nº 280, 23 de octubre de 2020, pp. 91242-91247).

¹⁶⁰ Así, en el FJ 2.5 de la Resolución, se observa que, «[e]n el supuesto planteado, ... cabe entender que el causante ha realizado *professio iuris*, en su testamento autorizado en España en 2004, a doble columna en lenguas inglesa y española, en el que afirmaba que se otorgaba conforme a su ley personal» (*BOE*, 2018, p. 31413); mientras que, más adelante, en el FJ 5.1, se concluye que «admitida la *professio iuris* en período transitorio (tácita, ya que entonces no podría ser expresa, al no ser admitida por la ley española) carece de relevancia que la escritura calificada no realice una evaluación de la vida del causante a fin de establecer su residencia habitual...» (*BOE*, 2018, p. 31414).

profesión de derecho en general, a pesar de tratarse de cuestiones que eran completamente independientes¹⁶¹. Esta correlación entre la validación de una elección de ley merced al derecho transitorio y la necesidad de que la misma se hubiera realizado implícitamente no era un error puntual, ya que, al aparecer en resoluciones posteriores¹⁶², demostraba que, en este punto, se había consolidado una lectura inexacta del Reglamento¹⁶³, que sólo recientemente parece haberse corregido¹⁶⁴. La segunda falla perceptible en varias de las Resoluciones –las de 15 de junio y de 4 de julio de 2016, que contrastan sensiblemente con la de 10 de abril de 2017– es la indebida atribución al *de cuius* de una voluntad –de optar por la ley de su nacionalidad para regir su sucesión– que aquél no ha manifestado expresamente –y, probablemente, tampoco de manera implícita–. Para proceder en tal sentido, la DGRN no aduce ningún argumento de peso que abone su decisión¹⁶⁵ o, cuando menos, ninguno relativo «al contenido de la

¹⁶¹ Es evidente que un sistema conflictual –como el existente en España antes del Reglamento 650/2012– puede rechazar la *professio iuris* –y esta desaprobación impide, naturalmente, hablar de sus modalidades formales–, pero, también, puede aceptar la institución y, en esta hipótesis, cabe hacerlo bien accediendo a que el profesante exteriorice explícita o implícitamente su voluntad –como estipula el art. 22.2 RS–, bien tolerando solamente la designación realizada *expressis verbis* –como preveía el art. 17.2 de la Propuesta de Reglamento, de 14 de octubre de 2009, al prescribir que «[l]a citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» [COM(2009) 154 final, p. 21].

¹⁶² Esta percepción incorrecta se aprecia, del mismo modo, en el FJ 1.2 de la Resolución de 14 de febrero de 2019 (BOE, 2019, pp. 23574-23575), así como en el FJ 3.2 de la Resolución de 1 de octubre de 2020 (BOE, 2020, p. 91246).

¹⁶³ La cuestión referida no es la única a la que la DGRN/DGSJFP responde improcedentemente al poner a prueba la conexión subjetiva del Reglamento de Sucesiones. Otro ejemplo, por más que no sea tan nítido, es el que se puede hallar en la Resolución de 5 de octubre de 2018 (BOE, nº 256, 23 de octubre de 2018, pp. 102827-102845), a propósito de la herencia de un súbdito neerlandés que fallece residiendo en España, donde, en 2017, otorga testamento, en el que manifiesta, según figura en el instrumento autorizado por un notario de Denia «su deseo de que se apli[que] la ley española a su sucesión, por motivos de su residencia habitual en España, en virtud del Reglamento Sucesorio Europeo» (hechos I.2); idea que es ratificada por el Registrador de Pedreguer, quien, en su nota de calificación, dice que «[e]n dicho testamento el causante realiza la "professio iuris" en favor de la ley española –única y universal–» (hechos, II.4.3). Parecería del todo lógico que la DGRN hubiera aprovechado su pronunciamiento para señalar el desconocimiento sobre el desempeño del Reglamento 650/2012 que las afirmaciones anteriores denotaban, sin embargo el Centro Directivo se contenta con indicar vaga y confusamente que «a la sucesión se aplica la [ley] que ha elegido el causante por ejercicio de la "professio iuris" o en su caso el de su residencia al tiempo de fallecimiento (...) en consecuencia el derecho español» (FJ 7.6, BOE, 2018, pp. 102844), privándonos de una aclaración sobre la exclusiva elegibilidad de la normativa nacional, que se antojaba necesaria.

¹⁶⁴ La rectificación se vislumbra en el FJ 8.2 de la Resolución de 28 de agosto de 2020 (BOE, nº 257, 28 de septiembre de 2020, p. 81687), cuando, después de puntualizar que «el Reglamento potencia una limitada elección de ley reducida a la posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad» (FJ 8.1), añade un párrafo que precisa: «[e]lección que, tanto para las disposiciones de última voluntad otorgadas tras la aplicación del Reglamento como para las previas, transitorias, puede ser expresa o tácita, con ciertas matizaciones para estas últimas en el artículo 83». No deja de ser curioso que esta Resolución se dicte prácticamente un mes antes que la Resolución de 1 de octubre de 2020, que da la impresión de mantener aún la postura anterior (véase, *supra*, nota 162). Parece como si, sobre este tema, no hubiera, en ese momento, unidad de criterio entre los letrados de la DGDJFP.

¹⁶⁵ Si se repasan detenidamente las Resoluciones de 2016, que avalan la existencia de una profesión de ley, la única razón que invocan –la de julio transcribiendo los fundamentos jurídicos de la del mes anterior– es que la designación del Derecho inglés se deriva «de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos» [FJ 6.5, *in fine*

disposición testamentaria»¹⁶⁶. Para verificarlo, basta con someter los asuntos en disputa al «test de indicios» propuesto por Castellanos para acreditar la existencia –o no– de una opción tácita¹⁶⁷, porque permite comprobar que en ninguno de los testamentos sobre los que se pronuncia el Centro Directivo aparecen ni *sufficient indicators* (factores que, por sí solos, prueban la consumación de una verdadera elección: mención de instituciones o conceptos propios del derecho del Estado del que el difunto era nacional u otorgamiento por su parte de un pacto sucesorio o un testamento mancomunado con arreglo a la ley de su patria, cuando la del país de la residencia desconoce estos negocios *mortis causa*¹⁶⁸), ni tampoco *insufficient indications* (elementos que, para ser tenidos en cuenta, precisan ser completados por otros: idioma extraño al foro u otorgamiento de las últimas voluntades ante un fedatario de la nacionalidad del *de cuius* según el estilo y las formalidades que son privativos de su sistema notarial¹⁶⁹). Si los índices apuntados brillan por su ausencia en los testamentos considerados, ¿en qué se basa la Dirección General para determinar la existencia de una profesión de ley tácita?; pues, en el «simple hecho de que el disponente organizó su sucesión sin tener en cuenta el sistema de legítimas del Derecho español, es decir, ateniéndose a lo que le permitía la ley de su nacionalidad, la ley inglesa»¹⁷⁰, sin que quepa imaginar que la exégesis de la DGRN

de la RDGRN de 15 de junio de 2016 (BOE, 2016, p. 51284); FJ 3 de la RDGRN de 4 de julio de 2016, (BOE, 2016, pp. 59069-59070)].

¹⁶⁶ A. YBARRA BORES, «La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España», *Bitácora Millennium DIPr*, 4 (2016-2), p. 16; *idem*, «La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012», *CDT*, 10 (2018-1), p. 476; *idem*: «La reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a determinados aspectos de la sucesión de británicos en España», *Bitácora Millennium DIPr*, 10 (2019-2), p. 10; *idem*, «Reglamento sucesorio europeo y *professio iuris* "anticipada": la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado», en Á. LARA AGUADO (dir.), *op. cit.* en nota 52, p. 248. Para M. REQUEJO ISIDRO («Tres años del Reglamento 650/2012. Primeras aplicaciones y reglas de transición», en B. HESS/M. REQUEJO ISIDRO, *Incidencia del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2018, p. 130), «[e]l razonamiento es pobre en argumentos, por un lado; y por otro cabe discutir los que utilizan. *La tipicidad de la situación fáctica (...) no indica nada sobre la voluntad de elección de ley por el causante*» (cursivas nuestras).

¹⁶⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, «Article 22», *loc. cit.* en nota 144, pp. 348-349. La citada autora reproduce la distinción entre «indicios suficientes» e «indicios insuficientes», en «La elección ...», *loc. cit.* en nota 144, nº 18 [consulta electrónica].

¹⁶⁸ En los casos en cuestión, los disponentes otorgan testamentos abiertos típicamente españoles, que no contienen referencias a instituciones extranjeras, más bien todo lo contrario, habida cuenta de que incluyen figuras, como el heredero universal, el legitimario o la sustitución vulgar que están diariamente presentes en disposiciones de última voluntad sujetas a un derecho español. A propósito de un litigio similar, resuelto, de acuerdo con el DIPr autónomo, por el Tribunal Supremo, resalta S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ [«Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de enero de 2015», *REDI*, 67 (2015-2), p. 237] que la disposición *mortis causa* otorgada por el ciudadano británico cuya sucesión era objeto de la controversia «podría pasar fácilmente por un testamento de Derecho común».

¹⁶⁹ Tampoco estos rasgos distintivos «menores» aparecen en los testamentos sobre los que se pronuncia el Centro Directivo, ya que tales disposiciones testamentarias se otorgan ante notarios españoles y en lengua castellana, sin perjuicio de que, en algún supuesto, como en la Resolución de 4 de julio de 2016 (o en la de 2 de marzo de 2018), se utilice, asimismo, la inglesa.

¹⁷⁰ A. YBARRA BORES, «La elección ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 16; «La sucesión ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 476; «Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 249. Ciertamente es que la frase reproducida está escrita acerca de la Resolución de 4 de julio de 2016, pero es también aplicable a la de 15 de junio de 2016, en la

vaya en la línea defendida por una relevante corriente doctrinal, que se muestra partidaria de dar por buena la elección implícita «*wenn die vom Erblasser errichtete Verfügung von Todes wegen nach dem objektiv bestimmten Erbstatut unzulässig oder unwirksam wäre*»¹⁷¹; puesto que este argumento, que ya sería discutible respecto de las Resoluciones de 2016, pierde su razón de ser con ocasión de la Resolución de 2017, en la que el Centro Directivo, valiéndose injustificadamente del art. 26.1.d) RS¹⁷², rechaza la concurrencia de una hipotética *professio* alegando, «sin mayor argumentación»¹⁷³, que, a falta de elección indubitada, del hecho que el disponente sea un ciudadano extranjero no «cabe inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria»¹⁷⁴. A la vista está que, en realidad, la Dirección General no indaga en estos

cual, aún más genéricamente, la DGRN reputa que una disposición *mortis causa* en la que el «causante se ajusta a disponer de su patrimonio conforme a lo que le permite su ley nacional, debe ser considerada suficiente (...) para entender que ha existido *professio iuris* a favor de la ley de su nacionalidad» (A. YBARRA BORES, «La elección ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 13; «La sucesión ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 474; «Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 246). Igualmente, el comentario inicial vale casi palabra por palabra, para las Resoluciones de 2 de marzo de 2018 » (A. YBARRA BORES, «La reciente ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 20; «Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, pp. 250-251) y de 14 de febrero de 2019 («Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, pp. 253-254).

¹⁷¹ A. DUTTA, «Art. 22 EuErbVO», en J. VON HEIN (redactor), *op. cit.* en nota 105, p. 2196, n° 14.

¹⁷² Parece evidente que el art. 26.1.d) RS no puede ser usado para estos fines, porque su función consiste en enumerar las cuestiones comprendidas dentro de la validez material de las disposiciones *mortis causa*, la cual, tratándose de un testamento no recíproco, queda sometida a la ley que designe el art. 24 RS [de ahí que S. SÁNCHEZ LORENZO («*Professio iuris* testamentaria. Prueba del Derecho extranjero», *AEDIPr*, XVII –2017–, p. 1308) repare en que la DGRN «confunde el número del artículo», que no es otra que la «ley sucesoria anticipada», a saber, la que «habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición», a menos que el disponente haya elegido como normativa aplicable a tal validez «aquella que el artículo 22 le permite elegir» [art. 24.1 y 2 RS (*DOUE*, L 201, 2012, p. 121)]. Es por ello que el art. 26 no puede condicionar, por vía de interpretación testamentaria, el reconocimiento de una profesión de ley tácita, sino que, por el contrario, sería la constancia de una designación implícita la que comportaría una nueva *lex hypothetici successionis* bajo cuya autoridad quedaría la interpretación de la disposición por causa de muerte (en este sentido, A. YBARRA BORES, «La sucesión...» *loc. cit.* en nota 166, pp. 477-478). Con todo, el mismo autor, si bien reitera el carácter anómalo de esta decisión respecto del resto [«Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 254; anomalía que, con razón, hace extensiva a la Resolución de 24 de julio de 2019 («Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 255)], parece haber rebajado su crítica a la argumentación de la Dirección General («Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, p. 254, nota 40).

¹⁷³ M. REQUEJO ISIDRO, *loc. cit.* en nota 166, p. 132.

¹⁷⁴ FJ 4.7 de la Resolución DGRN de 10 de abril de 2017 (*BOE*, 2017, p. 32429). Esta reflexión había sido ya empleada por la Resolución de 13 de agosto de 2014 (*BOE*, núm. 242, 6 de octubre de 2014, pp. 79821-79827), para cuyo estudio enviamos a los trabajos de A. YBARRA BORES («La elección ...», *loc. cit.* en nota 166, pp. 7-11; «La sucesión ...», *loc. cit.* en nota 166, pp. 471-473; «Reglamento ...», *loc. cit.* en nota 166, pp. 240-243) y de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ [«Adjudicación de herencia de nacional británico. Reenvío», *AEDIPr*, XIV-XV (2014-2015), pp. 1233-1236], la cual, sustentándose en el cdo. 39 RS, estima que, según el Reglamento 650/2012, la declaración de opción en favor de la legislación nacional «ha de ser explícita» (FJ 3.2, p. 79824), lo que, en opinión de la DGRN, no llega a producirse, por cuanto «la facultad de elección de ley aplicable en que se consiste la citada "professio iuris" no aparece ejercitada por el causante y testador en el presente caso» (FJ 3.3 *in fine*, p. 79824). Sin tener en cuenta que, en su integridad, el cdo. 39 RS –y el art. 22.2 RS– dice(n) exactamente lo contrario de lo que el Centro Directivo cree entender [se pregunta, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*loc. cit.*, p. 1235) si la DGRN utiliza «algún método de metodología económica que aconseja leer sólo la primera frase de cada párrafo», lo cierto es que, en el testamento, aparece consignada la nacionalidad del *de cuius*, pero, para la DGRN, esta mención no es suficiente, al no haber «expresa declaración de sometimiento a su ley

supuestos cuál es la verdadera voluntad del testador¹⁷⁵, ni hace, para llegar a descubrirla, examen alguno de los elementos interpretativos tanto intrínsecos como –si fuera preciso para completar los anteriores– extrínsecos de la disposición de última voluntad, sino que se guía movida por un principio –o, si se quiere, un prejuicio– de derecho material: dado que el *common law* se basa en la libertad de testar, si el causante es inglés (Resoluciones de 2016), éste ha seleccionado sin duda su legislación nacional para regir la transmisión *mortis causa* de su patrimonio; en cambio, cuando el *de cuius* es alemán (Resolución de 2017), la protección de los derechos de sus herederos forzosos no ha sido la razón que le ha impelido a elegir su ley nacional, porque, aun cuando el *BGB* conoce la legítima y la regula ampliamente, para alcanzar dicho objetivo, ya dispone del ordenamiento español. Esta manera de actuar del Centro Directivo, que es fruto de una mezcla de los planos del debate al abordarse una cuestión de naturaleza conflictual –determinar la ley aplicable a la sucesión– desde una perspectiva material –en función de la mayor o menor libertad de testar de que goza el causante en consonancia con la legislación de su nacionalidad–, con el riesgo ostensible de desvirtuar el problema controvertido (convirtiendo, por ejemplo, una preterición en una elección tácita de la ley sucesoria), tiene una víctima propiciatoria que es la seguridad jurídica, porque, en la concepción acogida por la DGRN, la viabilidad de una *professio iuris* tácita efectuada en favor de su legislación nacional por el testador no descansa tanto en una interpretación de la voluntad de éste para cerciorarse de que va en ese sentido, como del hecho de que el acto de última voluntad que contiene la pretendida opción de ley haya sido otorgado por una persona que ostente la nacionalidad de un país cuyo derecho esté inspirado en el principio de la libertad de testar. Cualquier parecido de este modo de entender la profesión de ley con la verdadera esencia de la institución y la idea de seguridad jurídica que ésta debería reportar es pura coincidencia. A pesar de que estas decisiones son de hace unos años, la actual DGSJFP ha modificado poco su punto de vista¹⁷⁶, ya que, a despecho de que, en resoluciones más próximas en el tiempo haya vuelto sobre aspectos particulares del tema¹⁷⁷, en ninguna de ellas ha hecho una revisión general de su doctrina acerca de la

nacional» (FJ 3.2, p. 79824). En la Resolución de 24 de julio de 2019, la DGRN «viste mejor» su rechazo a la admisión de una elección de la ley nacional por parte de un causante de nacionalidad alemana residente en Formentera al tiempo de su muerte, pues dice que «[l]a lectura del título sucesorio no permite establecer ni aun de forma tácita "professio iuris" a la ley alemana, al tratarse de un testamento sobre la totalidad de sus bienes perfectamente reconducible a la ley de la residencia habitual en España que mantuvo hasta que tuvo lugar su fallecimiento en un hospital de Eivissa» (FJ 2.3, *BOE*, 2019, p. 105561). En esta decisión, en la que la Dirección General parece buscar amparo en el contenido de la disposición *mortis causa*, no hay tampoco una verdadera indagación de la voluntad del testador y el fallo, contrario a la elección de ley –al igual que en la Resolución de 2017–, se sustenta en la existencia de una disposición de «apariencia española», que, en los testamentos de súbditos alemanes impide la opción en favor del *BGB*; sin embargo, cuando esa misma «realidad» –un testamento que «podría pasar fácilmente» por español (véase, *supra*, nota 168)– afecta a ciudadanos británicos, es ignorada por completo para aceptar una designación implícita del derecho inglés.

¹⁷⁵ Parece más bien que la presuma, pero, como se ha insistido oportunamente, «[u]n choix tacite n'est pas un choix purement hypothétique ou présumé»; más concretamente, «l'établissement d'une disposition à cause de mort remplissant les conditions prévues par la loi nationale que le de cuius aurait pu choisir conformément à l'article 22 ne permet pas, à lui seul, de conclure à un choix tacite de cette loi» (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, p. 348).

¹⁷⁶ Sí que lo ha hecho, creemos, en cuanto al correcto discernimiento entre la forma de la profesión de ley tácita y su admisibilidad (véase, *supra*, nota 164).

¹⁷⁷ Véanse, *supra*, las notas 160, 162, 164, 169 y 170.

professio iuris implícita. Ocasiones, sin embargo, no le han faltado, siendo quizás la más clara la brindada por la Resolución de 28 de agosto de 2020¹⁷⁸, en la que la diferencia de criterio entre el notario autorizante y el registrador de la propiedad encargado de inscribir el título sucesorio sobre la legislación aplicable a la herencia de un ciudadano francés habitualmente residente en España conduce al arbitraje del Centro Directivo. La discrepancia surge por la negativa de la registradora a practicar la inscripción de la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por la esposa del difunto, por entender que la «sucesión no se rige por la legislación española, pues en su testamento (...) manifiesta [el causante] expresamente que "[s]e hallaba sujeto al derecho civil francés, por el cual habría de regirse su sucesión"»¹⁷⁹. Ante esta calificación negativa, el notario recurre a la Dirección General formulando unas largas e interesantes consideraciones¹⁸⁰ que, en definitiva, justifican porque, en su opinión, «en el testamento litigioso no hay nunca una propia elección porque sea la legislación francesa la que rija su sucesión, ni siquiera consentimiento a que sea ésta la legislación aplicable»¹⁸¹. De la extensa disertación del notario se desprende que, para él, el *de cuius* no realiza ninguna *professio iuris*, ni de forma expresa (su manifestación no está incluida en el apartado de las cláusulas dispositivas, sino en el de las declaraciones; no hay declaración de elección de la normativa sucesoria francesa, sino un sometimiento general al Derecho francés), ni tácita (la opción por el *Code civil* no se infiere del contenido dispositivo del testamento, que es neutro, cuando no «ajeno» a legislación francesa, dado que alude a la «legítima», en vez de a la «reserva hereditaria», que sería lo propio de un testamento redactado bajo la tutela del ordenamiento francés). Añade, el notario, tres apreciaciones que son dignas de reseñarse: primera, para que exista una designación implícita «no bast[a] con la simple mención explícita de otra legislación»¹⁸²; segunda, al otorgarse el testamento, en 2006, «ni la legislación francesa

¹⁷⁸ Ya referida con anterioridad (véase, *supra*, notas 159 y 164).

¹⁷⁹ Hechos, II, tercero, *BOE*, 2020, p. 81687.

¹⁸⁰ El núcleo de las alegaciones hechas del notario dice lo siguiente: «[c]orresponde al notario redactar el testamento traduciendo al lenguaje jurídico más preciso la verdadera voluntad del testador. Es un elemento interpretativo a tener en cuenta que ni la legislación francesa ni la española permitían la *professio iuris*, pero con la interpretación que sustenta la señora registradora parece que queremos deducir de lo que no es sino una constatación de un hecho una verdadera voluntad negocial dirigida a elegir la ley reguladora de la sucesión. Como he dicho antes, en el terreno de lo hipotético ¿Elige un testador la ley que le da menor libertad testamentaria? Y es que esta interpretación de la manifestación (de hecho, está incluida precisamente en el apartado de las manifestaciones o declaraciones, no de las cláusulas testamentaria, como el propio testamento se encarga de indicar) no se ve apoyada por el contenido dispositivo testamentario, sino que éste se muestra completamente neutro. En realidad, si se examina el contenido dispositivo del testamento, éste se muestra totalmente extraño a una consideración «francesa» del mismo, ya que la legítima francesa se suele denominar «reserva hereditaria», mientras que precisamente es en los distintos Derechos españoles donde las legítimas se suelen configurar como atribuciones legales o forzosas. La pretendida elección, pues, no se infiere (como indica el Reglamento) de las disposiciones testamentarias. Creo que puede concluirse que en el presente testamento no hay nunca una propia elección porque sea la legislación francesa la que rija su sucesión, ni siquiera consentimiento a que sea ésta la legislación aplicable, sino una constatación de su sumisión al Derecho francés. Pero esto está en las antípodas de lo que es una *professio iuris*, que no es» (hechos, III, 25-30, *BOE*, 2020, p. 81692).

¹⁸¹ Hechos, III, 28, *BOE*, 2020, p. 81691.

¹⁸² Hechos, III, 25, *BOE*, 2020, p. 81692.

ni la española permitían la *professio iuris*»¹⁸³; tercera, ¿tiene sentido que «eli[ja] un testador [una] ley que le da menor libertad testamentaria?». En su decisión, la DGSJFP no responde a la tercera de las observaciones del recurrente¹⁸⁴, pero sí lo hace a las dos restantes: para la aplicación transitoria de las reglas del Reglamento, invoca – confundidamente – el art. 83 RS¹⁸⁵; y, para dar réplica a la primera de las cuestiones, la más importante para los fines del presente trabajo, la Dirección General contesta que, para que se pueda aceptar o rechazar una profesión de derecho tácita retroactiva–, «debe hacerse un análisis de su compatibilidad o no con la ley nacional del testador, referida al momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa*», concluyendo que, «[e]n el presente caso ... la concordancia es posible tanto en cuanto al legado de atribución forzosa –parte reservada– como la institución de heredero a favor de la esposa [que tendrían] una correspondencia razonable con el Derecho francés»¹⁸⁶. Por tanto, la DGSJFP reconoce, en consonancia con la registradora, la existencia de una elección tácita de la ley francesa verificada por el causante en su testamento¹⁸⁷. A modo de resumen, puede decirse que la Resolución de agosto de 2020 viene a ser un compendio de la doctrina que, a lo largo de los últimos años, ha venido impartiendo la DGRN/DGSJFP sobre la *professio* tácita: una extraña combinación de (abundante) voluntarismo y (escaso) rigor técnico. Es cierto que, en la decisión comentada, se ha enmendado algún planteamiento anterior incorrecto, pero tanto el hilo argumentativo como la fundamentación del fallo siguen dejando que desear. A la hora de intentar mejorar este estado de cosas, quizás convendría volver la mirada hacia el exterior, hacia la práctica judicial y extrajudicial de otros Estados europeos, como Alemania, en donde la aplicación de los instrumentos europeos va precedida siempre de un profundo estudio de los mismos por parte de los operadores jurídicos, que más pronto que tarde se deja sentir en la calidad de sus pronunciamientos.

23. En vista de lo que se acaba de exponer, pensamos que hubiera sido deseable que, en la Sentencia *EE*, el TJUE hubiera entrado a fondo en el tema y hubiera dictaminado si en la integración de la voluntad implícita del testador de elegir la *lex successionis* deben tenerse en cuenta únicamente los elementos intrínsecos de la disposición *mortis*

¹⁸³ Hechos, III, 25, *BOE*, 2020, p. 81692.

¹⁸⁴ No tenía por qué hacerlo, pues, aun cuando la mayor o menor libertad de testar puede ser un elemento revelador de los designios del testador, no cabe considerarlo determinante, habida cuenta de que, como ha resaltado nuestra literatura científica [S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDIPr*, t. XI (2011), pp. 382-383] es muy probable el testador que ejercita la opción tolerada por el Reglamento busque el sistema legitimario menos estricto de entre los susceptibles de elección, pero también es posible que persiga «un régimen de legítima colectiva en vez de un régimen de legítima individual, un régimen que permita una conmutación de la legítima en metálico en vez de uno presidido por una concepción de la legítima como *pars bonorum*, un régimen que permita el testamento por comisario en vez de uno que lo prohíba».

¹⁸⁵ La apelación al art. 83 RS es naturalmente correcta, pero no lo es la mezcla de los apartados 2 y 3 que hace la Resolución (FJ 10, 16 y 21.4, *BOE*, 2020, pp. 81695-81697).

¹⁸⁶ FJ 19 (*BOE*, 2020, p. 81697).

¹⁸⁷ El veredicto se sostiene fundamentalmente sobre el hecho de que en la parte dispositiva del testamento se alude a instituciones que coinciden en esencia con las reguladas en el Código civil francés (FJ 19.2). Ahora bien, una referencia tan vaga, como la que hace la Resolución, a los arts. 967 y siguientes del *Code* –que comprenden todo el Derecho de sucesiones– carece, a nuestro juicio, de valor a efectos del cdo. 39, mencionado en el FJ 12 (*BOE*, 2020, p. 81695).

causa o, de algún modo, cabe considerar el recurso a circunstancias externas a la misma. Por más que pueda dar la sensación de que el Tribunal de Luxemburgo resuelve la cuestión¹⁸⁸, no juzgamos que sea así. Abonarían esta opinión dos argumentos: primero, la Sentencia *EE* no hace sino reproducir el contenido del art. 22.2 RS¹⁸⁹; segundo, en una decisión como la de este asunto, en la que el Tribunal sigue fielmente el criterio del Abogado General, sorprende que, en este punto, no se adhiere a su punto de vista que era inequívocamente contrario al juego de los factores extrínsecos¹⁹⁰. Si continuamos con este razonamiento, llegamos al convencimiento de que, habiendo tenido una inmejorable ocasión para zanjar el debate, el TJ no lo hace y prefiere guardar silencio. Como es bien sabido, del silencio no pueden extraerse conclusiones, pero –añadiríamos– sí esperanzas. En nuestro caso, la doble esperanza de que la Corte europea no haya visto clara la interpretación restrictiva defendida por el AG y de que, un día no lejano, haga una lectura generosa de la norma, que, en nuestra opinión, habría de partir de una noción autónoma europea de «elección tácita»¹⁹¹ para darle el contenido más acorde posible con la finalidad que debe procurar la interpretación testamentaria¹⁹², que no es otra que inferir la verdadera voluntad del testador, para lo cual el tribunal ha de ponderar todo los elementos interpretativos, tanto intrínsecos como extrínsecos, de la disposición de última voluntad. No estamos abogando por que todos los factores valgan igual (el art. 22.2 RS no da pie para ello), ni mucho menos por que los externos sean decisorios o predominantes (el tenor del precepto excluye esta posibilidad), pero tampoco nos resignamos a que éstos sean superfluos o innecesarios, como sugiere el Abogado General al hablar de tenerlos por argumentos «*ad abundantiam*»¹⁹³. Entre la paridad (deseable en abstracto, pero de difícil encaje en el Reglamento de Sucesiones) y la irrelevancia, habría que saber encontrar el punto justo en el cual los elementos extrínsecos «*puissent ... être pris en considération pour interpréter, appuyer ou corroborer une indication [incomplète] contenue dans le texte [de l'acte de dernière volonté]*»¹⁹⁴. Y, si ante las presumibles dificultades de la tarea, se busca un espejo en el que mirarse, nos atrevemos a proponer la –para nosotros– ejemplar Sentencia del Tribunal Federal suizo de 3 de septiembre de 1998¹⁹⁵, de cuya lectura el jurista atento sabrá extraer provechosas enseñanzas¹⁹⁶.

¹⁸⁸ Por ejemplo, esta parece ser la opinión de L. F. CARRILLO POZO, *loc. cit.* en nota 49, pp. 765-766.

¹⁸⁹ El segundo inciso del apdo. 90 de la Sentencia reza: «corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tal elección *resulta de los términos del testamento* del litigio principal, de conformidad con el artículo 22, apartado 2, de dicho Reglamento» (cursivas nuestras). Puede comprobarse que el tenor del considerando es prácticamente idéntico al del precepto: «[l]a elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo» (cursivas nuestras).

¹⁹⁰ Para las Conclusiones del AG sobre el particular, véase, *supra*, párrafo 21 *in limine*.

¹⁹¹ Al respecto, véase, *supra* nota 154, la importancia de este aspecto en la reciente jurisprudencia sobre el tema del Tribuna Federal alemán.

¹⁹² Sobre la interpretación del testamento, en general, y de la prueba extrínseca, en particular véase A. VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, 2ª ed., Madrid, Reus, 2008, en especial, pp. 86-99.

¹⁹³ Conclusiones del Abogado General, apdo. 97.

¹⁹⁴ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, p. 349.

¹⁹⁵ *BGE/ATF*, 125-III (1998), pp. 35-41.

¹⁹⁶ Para una transcripción de los fragmentos primordiales de la resolución, véase, J. M. FONTANELLAS MORELL, *loc. cit.* en nota 145, p. 403.

24. Luego de encargar al órgano jurisdiccional remitente la misión de comprobar, si de los términos del testamento otorgado por el causante, se desprende que éste ha elegido implícitamente la ley lituana para gobernar su sucesión¹⁹⁷, el Tribunal de Justicia aborda la segunda parte del problema que, en el caso de autos, plantea la *professio iuris*, que no es otro que la aplicación al supuesto de las reglas de Derecho transitorio albergadas por el Reglamento 650/2012. Partiendo del hecho de que el testamento «se otorgó en Lituania, el 4 de julio de 2013, antes de la entrada en vigor del Reglamento ... y que el fallecimiento de la causante se produjo con posterioridad al 17 de agosto de 2015, esto es, después de la fecha de entrada en aplicación de las normas establecidas en dicho Reglamento», el TJUE colige que «las disposiciones transitorias, que se recogen en el artículo 83 del Reglamento n° 650/2012, también pueden ser pertinentes, con arreglo al apartado 1 de este artículo»¹⁹⁸. Ahora bien, en esta tesitura, la Corte europea se debate entre recurrir al apartado segundo o al cuarto del art. 83, porque, si bien aquél «se refiere a los supuestos en que el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión», éste «rige los supuestos en los que la disposición *mortis causa* no contiene tal elección»¹⁹⁹, de modo que «si una disposición *mortis causa* se ha realizado antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podía elegir de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión»²⁰⁰. Vistas las circunstancias del caso, el TJ cree que este último apartado es el que «puede aplicarse ... dado que, por una parte, el testamento de que se trata en el litigio principal se realizó antes del 17 de agosto de 2015 y, por otra parte, podía elegirse la ley lituana, de conformidad con el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento n° 650/2012, puesto que la causante poseía la nacionalidad lituana en el momento en que se realizó dicho testamento», de ahí que concluya que, en el caso de autos, «ha de reputarse que esta ley, con arreglo a la cual se realizó el testamento, fue elegida como ley aplicable a la sucesión objeto del litigio principal»²⁰¹.

25. De lo antedicho cabe deducir que el TJUE valida la *professio iuris* llevada a cabo por el causante antes de la «entrada en aplicación» del Reglamento 650/2012 acudiendo al 83.4 RS y no al 83.2 RS. No se trata, en puridad, de que el Tribunal opte por una vía legal pudiendo acogerse a la otra, porque, a consecuencia del principio de autonomía de voluntad –que implica que una elección real prevalece sobre una elección presunta²⁰²–, la contemplada en el art. 83.4 RS solamente entra en liza en defecto de

¹⁹⁷ Sentencia *EE*, apdo. 90.

¹⁹⁸ Sentencia *EE*, apdo. 91.

¹⁹⁹ Sentencia *EE*, apdo. 92.

²⁰⁰ Sentencia *EE*, apdo. 93.

²⁰¹ Sentencia *EE*, apdo. 94.

²⁰² La idea es expresada *in extenso* por P. FRANZINA (Article 83», en A.-L. CALVO CARAVACA *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 105, p. 862), al explicar que «[t]he principle of party autonomy, one of the key tenets of the ESR [Reglamento 650/2012], implies that real choices, no matter they are based on article 22 or on the rules of private international law of one of the estates referred to in article 83.2, should take precedence over presume choices». En igual sentido, A. DUTTA, «Art. 83 EuErbVO», en J. VON HEIN (redactor), *op. cit.* en nota 105, p. 2378, n° 13.

elección de ley o en caso de ineficacia de la misma²⁰³ –no como un mecanismo para interpretar la existencia y los términos de ésta²⁰⁴–, por lo que, aun cuando haya derivado al tribunal remitente la decisión sobre la existencia o no de una elección implícita de ley a partir de los términos del testamento²⁰⁵, la Corte europea no cree en ella, de ahí que –cuatro apartados después de haberla cedido– retome la competencia decisoria y acuerde que debe reputarse que, *ex art.* 83.4, el causante ha seleccionado la legislación lituana para reglamentar su sucesión. La solución del TJ está impregnada de pragmatismo, pero desautoriza lo estipulado con anterioridad por la Sala en la propia sentencia y no se ajusta ni a la sistemática interna ni a la finalidad del art. 83 RS.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

26. Una vez la Corte europea contesta todas las cuestiones prejudiciales formuladas, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* ya está en condiciones de reanudar el procedimiento y culminarlo, cosa que hace en su Sentencia de 20 de noviembre de 2020²⁰⁶, en la cual, como era previsible en vista de los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia, dictamina que, para la expedición de un certificado sucesorio nacional –considerado un documento público– inherente a una sucesión que es de naturaleza transfronteriza y a la que es aplicable la legislación de Lituania con arreglo al art. 83.4 RS, una notaria lituana no tiene por qué sujetarse a las reglas de competencia judicial del Reglamento 650/2012. Lo contrario, aun conveniente para unificar a escala europea el régimen competencial de las sucesiones internacionales, requeriría una reforma legislativa previa que atribuyera a los notarios lituanos funciones jurisdiccionales, las cuales sí que están cubiertas por las disposiciones del instrumento. Mientras estos cambios en la normativa estatal no tengan lugar, los notarios lituanos que emitan este tipo de certificados siguen rigiéndose por las reglas nacionales de competencia²⁰⁷.

27. Como ha podido comprobarse, la resolución dictada por el Tribunal con sede en Luxemburgo a raíz del asunto C-80/19 aborda, por una parte, temas, como el diferente tratamiento de los certificados sucesorios según hayan sido expedidos por tribunales o notarios, que ya habían merecido la atención del TJUE; por otra parte, afronta, empero, cuestiones que, acerca de las sucesiones *mortis causa*, todavía no se habían suscitado: la

²⁰³ A. DUTTA, *loc. cit.* en nota precedente, p. 2378, nº 13. De hecho, como pone de relieve P. FRANZINA [*ibid.*], «[a]ctually, if it appears that the de cuius has actually made a choice of law, the provision should be deemed to be inapplicable altogether».

²⁰⁴ Afirma P. FRANZINA (*ibid.*): «[t]he presumption in article 83.4 is not meant to assist the competent authority in construing the existence and terms of an actual choice by the deceased».

²⁰⁵ Cosa que obligaría al órgano jurisdiccional en cuestión a recabar los indicios necesarios para atestiguar la voluntad electiva del testador, tarea, tal vez ardua, que, en el marco del art. 83.4, no es precisa (P. WAUTELET, «Article 83», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 80, p. 978; P. FRANZINA, *loc. cit.* en nota 202, p. 863).

²⁰⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania puede consultarse en la página web del Tribunal lituano (<http://liteko.teismai.lt/viesasprendimupaiaska/tekstas.aspx?id=3050321c-3fb2-4558-bf05-9a30f47fd712>).

²⁰⁷ Información sobre el veredicto está disponible en <https://eapil.org/2020/12/21/the-lithuanian-supreme-court-rules-on-the-e-e-case-after-the-cjeus-judgment/>.

internacionalidad del supuesto, la unicidad de la residencia habitual y la virtualidad de una designación implícita del juez competente y del derecho aplicable. En ninguno de estos puntos conflictivos –viejos y nuevos–, aporta el Tribunal de Justicia novedades significativas, puesto que se limita a confirmar su criterio con relación a los certificados sucesorios notariales, a reconocer el carácter transfronterizo del supuesto planteado, a sancionar que la residencia habitual del causante no puede ser más que una y que la voluntad del mismo y el concierto entre los llamados a sucederlo pueden conducir a la determinación del tribunal competente y de la ley aplicable en materia de sucesiones. Manteniéndose en su línea acostumbrada, el Tribunal de Justicia se maneja llevado por el casuismo y la inmediatez, sin tratar de establecer pautas interpretativas de alcance general, que, en aspectos como la concreción de la residencia habitual o la averiguación de la voluntad tácita del *de cuius*, se echan en falta.

28. Ampliando el foco de nuestro análisis, es menester hacer hincapié en que, en los años que lleva aplicándose, el Reglamento 650/2012 ha dado muestras sobradas de que, como era de esperar vista su ambición y complejidad, va a ser un texto muy necesitado de exégesis y de que, con el tiempo, acumulará tal cifra de pronunciamientos judiciales y extrajudiciales que puede pronosticarse sin temor a errar que, en el medio plazo, va a devenir uno de los instrumentos preeminentes del DIPr de la Unión Europea, atendiendo al volumen de jurisprudencia generada. Haciendo un breve balance de la que, por ahora, tenemos, puede constatarse que la misma ha incidido, por una parte, en cuestiones sobre las que era razonable imaginar el surgimiento de controversias, como, por ejemplo, la delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento, pues hay numerosas figuras –legados de eficacia real, derechos legitimarios del cónyuge viudo, donaciones *mortis causa*– cuya regulación puede ser igualmente pretendida por otros instrumentos o por las legislaciones nacionales de fuente autónoma; por otra parte y de una manera en cierta medida sorprendente para los juristas de países poco acostumbrados a su empleo, ha habido un número relativamente elevado de decisiones centradas en los certificados sucesorios –europeo o nacional, judicial o notarial– cuyo protagonismo da la impresión de no haber hecho más que empezar. Por el contrario, las conexiones fundamentales del Reglamento –residencia habitual y autonomía la voluntad– han tenido, por el momento, una escasa presencia, puesto que, ausentes de las primeras resoluciones del Tribunal de Justicia, no han sido interpretadas por éste hasta la Sentencia *EE*, que solamente por este motivo merece el examen pormenorizado que le hemos dedicado en el presente estudio.