

II. NOTAS

LA FORMA DE LA DESIGNACIÓN DE LEY EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO EN MATERIA DE SUCESIONES

Josep M. FONTANELLAS MORELL

Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado
Universidad de Lleida

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO COMPARADO.—3. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de octubre de 2009, la Comisión de las Comunidades Europeas adoptó la largamente esperada Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones y los Actos Auténticos en Materia de Sucesiones y a la Creación de un Certificado Sucesorio Europeo¹; iniciativa que, en el sector del Derecho aplicable, prevé la implantación de la *professio iuris*, o sea, la posibilidad de que el causante elija limitadamente la ley rectora de su sucesión *mortis causa*. A pesar de tratarse de una institución conocida por algunos países comunitarios —y extracomunitarios—², su introducción va a suponer una novedad legislativa muy importante para la mayoría de Estados integrantes de la Unión Europea, por lo que conviene prestar especial

¹ La Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea se recoge en el Documento COM (2009) 154 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF>).

² Para la difusión actual de la figura en Derecho comparado, véase nuestro reciente trabajo *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 137-173.

atención a los requisitos que habrá de satisfacer una profesión de ley para gozar de plena validez y eficacia.

Dando por sentado que la elección del Derecho aplicable por parte del *de cuius* es un negocio jurídico³, es evidente que, en cuanto tal, ha de reunir los elementos que le son propios; entre ellos, debe estar revestida de una «forma» gracias a la cual la declaración de voluntad del profesante de optar por una ley determinada salga a la luz y cobre vida a los ojos del Derecho⁴. Con respecto a la *professio iuris*, tres son las cuestiones formales que ordinariamente se plantean: en primer lugar, se discute —y mucho— si la designación de la *lex successionis* tiene que hacerse *expressis verbis* o si, junto a la manifestación de voluntad expresa, es asimismo admisible la tácita; en segundo término, se pone sobre el tapete la autonomía de la selección del ordenamiento competente por parte del causante, tratando de esclarecer si la misma debe estar necesariamente contenida en un negocio de atribución patrimonial por causa de muerte o si, por el contrario, puede existir al margen —e incluso con independencia— del acto dispositivo; en última instancia, queda el tema de la legislación aplicable a la forma de la profesión de Derecho. De estos tres problemas, la Propuesta de Reglamento Europeo (en adelante, PRE) sólo aborda el primero, al cual está consagrado el presente estudio. Del segundo no se dice absolutamente nada, por lo que creemos que hay que dar por buena la postura dominante en doctrina de que la profesión de ley puede consistir bien en una cláusula inserta en una disposición de última voluntad de contenido económico, bien en una declaración *ad hoc* dirigida exclusivamente a escoger el Derecho rector de una sucesión quizás deferida abintestato⁵. Final-

³ No cabe duda de que la profesión de ley es un negocio jurídico (FONTANELLAS MORELL, J. M., *op. cit.*, nota 2, pp. 218-233). La ciencia jurídica alemana se refiere al mismo como «*das Rechtsgeschäft der Rechtswahl*» [véase, por todos, DÖRNER, H., «Arts. 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht)», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, Neubearbeitung, Sélter-De Gruyter, 2007, p. 275, núm. 526], y la italiana lo denomina «*negozio di scelta*» (DE CESARI, P., *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padua, CEDAM, 2001, p. 9). En Francia, en cambio, donde la construcción negocial no llegó a cuajar nunca, se habla simplemente de «*acte juridique*» (ABADIE, L., *Essai sur l'introduction de la professio juris en droit international privé successoral français*, tesis, *Université de Pau et des Pays de l'Adour*, 2007, pp. 496-541, *passim*; 562, 567 y 578).

⁴ Tomamos el término «forma» en su sentido más genérico, entendiéndola como «[e] medio de expresión, es decir, lo que sirve para expresar lo querido» (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 278).

⁵ Quitando la Confederación Helvética, en la que los arts. 90 y 91 de la Ley suiza de Derecho internacional privado (en adelante, LSDIP) exigen que la opción de Derecho esté encuadrada en un testamento o en un pacto sucesorio (véase *infra*, notas 46 y 49), en las naciones de nuestro continente conocedoras de la institución nadie ha rebatido la eventualidad de una *professio iuris* aislada, a saber, desligada de otras disposiciones de tenor sustantivo: véase, por todos, para el Derecho alemán, DÖRNER, H., «Arts. 25, 26 EGBGB...», *op. cit.*, nota 3, p. 277, núm. 533; para el Derecho italiano, de CESARI, P., *op. cit.*, nota 3, pp. 171-172 y 174. En lo concerniente al Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte (CLH89), WATERS, D. W. M. [«Rapport explicatif/Explanatory Report», en *Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé (ADCLH), Seizième session (XVIs)*, t. II, *Successions-loi applicable*, La Haya, 1990, p. 556, núm. 65 (francés) y p. 557, núm. 65 (inglés)] certifica, igualmente, que la designación de ley puede verse reducida a una declaración que «*ne dispose de rien*», a una «*dont la teneur se limite à la désignation de la loi applicable régissant la succession*» (citado el texto francés). A su vez, tan pronto como empieza a pen-

mente, tampoco se pronuncia la iniciativa comunitaria a propósito de la ley reguladora de la forma de la *optio iuris*, pero es que, como indican el considerando 19⁶ y el art. 19.2.k)⁷, la Propuesta de la Comisión Europea deja fuera del futuro instrumento la disciplina de los distintos aspectos formales de las disposiciones *mortis causa*, entre los cuales, los referentes a la *professio iuris*, pues parece incontrovertible que a la forma de la misma han de aplicársele —por analogía— las normas de colisión propias de la forma de las disposiciones por causa de muerte⁸; cosa que, como recuerda el considerando antes citado, representa la sujeción a lo establecido en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias para los Estados de la Unión Europea —más de la mitad— que son parte de él⁹; para el resto de países comunitarios, la ordenación de este extremo queda en manos de la solución que su DIPr de fuente estatal tenga reservada a la forma de los testamentos¹⁰. A la vista de

sarse en una reglamentación europea en el campo hereditario, la viabilidad de una *isolierter Rechtswahl* es asumida pacíficamente como lo prueba el hecho de que ya la auspicio el estudio que, con la coordinación científica de los Profesores H. Dörner y P. Lagarde, realiza el Deutsches Notarinstitut [«Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne», en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 107 (francés) y p. 270 (alemán)], y de que, tras la aparición de la PRE, H. DÖRNER («Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht- Überblick und ausgewählte Probleme», *ZEV*, núm. 17, 2010, p. 226) defienda, asimismo, su practicabilidad.

⁶ El primer inciso de dicho considerando señala: «La validez en cuanto a la forma de las disposiciones por causa de muerte no se regula en el Reglamento» [COM (2009) 154 final, p. 12].

⁷ La dicción del art. 19.2 es la siguiente: «Esta ley regirá en particular: [...] k) la validez, la interpretación, la modificación y la revocación de una disposición por causa de muerte, *excepto su validez en cuanto a la forma*» [COM (2009) 154 final, p. 22 (cursivas nuestras)]. Para una mejora en la distribución de las materias, sería preferible que, de confirmarse, esta exclusión del tratamiento de la forma se hiciera constar al inicio del articulado (art. 1.3), como lo hace el Convenio de La Haya de 1989, que, en su art. 1.2, decreta que: «El Convenio no se aplicará: a) a la forma de las disposiciones por causa de muerte» [versión española de BORRÁS, A., y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 256].

⁸ FONTANELLAS MORELL, J. M., *op. cit.*, nota 2, pp. 227-228.

⁹ El 1 de julio de 2010, de los 27 países que integran la Unión Europea, 16 habían ratificado o se habían adherido al Convenio de La Haya de 1961: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Suecia (http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=40).

¹⁰ Altamente ilustrativo es el caso de Italia —país que consiente la profesión de ley y que no se ha sumado al Convenio de La Haya de 1961—, cuya literatura científica en pleno (véase, por todos, DE CESARI, P., *op. cit.*, nota 3, pp. 172-174) aplica a la forma de la *designatio iuris* la misma norma de conflicto —art. 48 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (en adelante, LIDIP), que estipula: «El testamento será válido, en cuanto a la forma, si se considera tal por la ley del Estado en el que el testador haya dispuesto, o bien por la ley del Estado del que el testador, en el momento del testamento o de la muerte, era ciudadano o por la ley del Estado en el que tenía el domicilio o la residencia» (traducción castellana de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, p. 945); la versión oficial, en lengua italiana, prescribe: «Il testamento è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, ovvero dalla legge dello Stato di cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino o dalla legge dello Stato in cui aveva il domicilio o la residenza» (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 128, de 3 de junio de 1995, p. 13)— que gobierna la forma de las disposiciones de última voluntad.

esta diversidad de regímenes, no es mala idea que, tal como sugieren los expertos del Instituto Max-Planck¹¹, se aproveche la venidera reglamentación europea para unificar en el seno de la Unión la normativa conflictual en esta parcela de las sucesiones internacionales mediante la incorporación¹² al instrumento comunitario de una regulación basada¹³ en la del Convenio de La Haya de 1961.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO COMPARADO

Conforme hemos avanzado en el párrafo precedente, este estudio está dedicado a la forma —exclusivamente expresa, o también tácita— que puede adoptar la declaración de voluntad del *de cuius* a la hora de elegir la ley encargada de pautar su sucesión *mortis causa*. Es éste un tema muy controvertido, cuyo examen ha estado a menudo supeditado al debate de fondo sobre la aceptación o el rechazo de la *professio iuris*; ya que, para los detractores de la figura, la posibilidad de una libertad de forma que pudiera redundar en una merma de la seguridad jurídica ha constituido un argumento adicional para oponerse a la designación de la ley sucesoria¹⁴; mientras que los partidarios de la institución se han mostrado por lo común proclives a la flexibi-

¹¹ En el art. 18.b) de su redactado alternativo al de la Comisión (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, núm. 74, 2010, pp. 620-621).

¹² A diferencia del *Document de réflexion/Discussion paper* —que, para dar entrada al Convenio de 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, se servía del *Hinweis-Methode* [art. 3.3 (p. 10)]—, el planteamiento del *Max Planck Institut*, como ya hiciera la Ley de introducción al Código civil alemán, apuesta por el *Kopier-Methode* [sobre las ventajas e inconvenientes de uno y otro, véase SIEHR, K., «Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen —Vor— und Nachteile einer solchen Rezeption (Referat)», en MATSCHER, F.; y SIEHR, K., y DELBRÜCK, J. (Ponencias y Tesis), *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen —Vor— und Nachteile einer solchen Rezeption*, Heidelberg, C. F. Müller, 1986, pp. 45-146; con todo, las conclusiones de K. Siehr precisan de ajustes derivados del hecho de que aquí estamos valorando la incorporación de un texto convencional a un reglamento europeo y no a una codificación estatal].

¹³ Además de extender su aplicabilidad a los testamentos mancomunados y a los contratos sucesorios [art. 18.b)1 en relación con el 2.c)] y de calificar como cuestiones formales las prohibiciones de ciertos tipos de disposiciones *mortis causa* [art. 18.b)3.c)], la propuesta del Instituto Max-Planck, en orden a las conexiones rectoras de la forma, no toma como modelo tanto el Convenio de La Haya de 1961 como la adaptación del mismo hecha por el art. 26(1)1 de la *EGBGB*, la cual, a las ocho soluciones validadoras consignadas en el art. 1.1 del Convenio, añade dos de suplementarias: la *lex successionis* y la que lo hubiera sido al tiempo de la disposición [art. 18.b)1.f)].

¹⁴ Máximos exponentes de esta tendencia han sido FERID, M. [«Die gewillkürte Erbfolge im internationalen Privatrecht», en LAUTERBACH, W. (ed.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, Berlín-Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, p. 103; «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *RCADI*, núm. 142, 1974-II, p. 188] y FIRSHING, K. [«Zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts», en BEITZKE, G. (ed.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, p. 224; *Internationales Erbrecht (arts. 24-26 EGBGB)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. EGBGB*, parte 5-1, *Internationales Privatrecht*, vol. IV-1, 10.º/11.ª ed., Berlín, Söller-De Gruyter, 1981, p. 95, núm. 215].

lidad formal siempre que se garantizara que la selección de la *lex hereditatis* respondía a los reales designios del disponente¹⁵.

A fin de tener la certeza de esto último, esto es, de que el causante ha querido escoger la ley rectora de su sucesión, los ordenamientos que admiten la profesión de ley la condicionan a la observancia de determinados requisitos de forma, que oscilan entre la necesidad de una declaración expresa y la suficiencia de una declaración indubitada. En el primer grupo, en el de las legislaciones que demandan una *professio expressis verbis*, cabe incluir, a nuestro juicio, la LIDIP, pues, en su art. 46.2.1, concreta que «[e]l sujeto de cuya herencia se trate podrá someter, con declaración expresa en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en el que resida»¹⁶. Verdad es que no hay unanimidad en la doctrina respecto de la exégesis de este inciso, por cuanto, frente a una mayoría de autores que estima que el mismo reclama una manifestación explícita¹⁷, hay una minoría que piensa que el precepto no cierra la puerta a que la voluntad de optar se desprenda de una declaración

¹⁵ Los grandes valedores de la autonomía conflictual en el Derecho de sucesiones de comienzos del postrer tercio del siglo pasado (DÖLLE, H., «Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht», *RebelsZ*, núm. 30, 1966, pp. 236-239; VON OVERBECK, A. E., «La *professio juris* como moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. 2, Gante, Faculteit der rechtsgeleerdheid, 1966, p. 1097, nota 1; y KÜHNE, G., *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Gieseking, Bielefeld, 1973, pp. 111-116 y 153, núm. 6) han sido pioneros en la reivindicación de la tolerancia formal de la *electio iuris*.

¹⁶ La traducción castellana es de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, p. 944 (cursivas nuestras). El original italiano reza: «Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede» [*Gazzetta...*, *loc. cit.* nota 10, p. 13 (énfasis nuestro)].

¹⁷ Para el grueso de los tratadistas es menester una declaración expresa: EBENROTH, C. T., y KLEISER, M., «Das Internationale Erbrecht in Italien und seine Reform», *RIW*, núm. 39, 1993, p. 357; VILLANI, U., «Le successioni e le donazioni (artt. 46-51 e 56)», en CAPOTORTI, F. (coord.), «Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato», *Il corriere giuridico*, XII, 1995, p. 1249; BONOMI, A., «La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse», *SZIER*, núm. 6, 1996, pp. 495-496; BROGGINI, G., «La nouvelle loi italienne de droit international privé», *SZIER*, núm. 6, 1996, p. 24; DELI, M. B., «Art. 46 (Successione per causa di morte)», *Le nuove leggi civili commentate*, XIX, 1996, p. 1287; THORN, K., «Erbrecht», en MAGLIO, V., y THORN, K., «Neues Internationales Privatrecht in Italien. Eine kritische Betrachtung», *ZVR*, núm. 96, 1997, p. 366; MATHIEU, M.-E., *L'electio juris en droit international privé. Aperçu de droit comparé*, tesis, Université Paris-II Panthéon-Assas, 1998, p. 267; FACCI, G., *Diritto internazionale privato*, Padua, CEDAM, 2000, pp. 150 y 153; BAREL, B., «Art. 46 Legge 31 maggio 1995, n. 218», en CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al codice civile*, 6.^a ed., Padua, CEDAM, 2002, p. 74, núm. III-4; DAMASCELLI, D., «La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano», *RDIPP*, XXXIX, 2003, p. 90; BOULANGER, F., *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, París, Economica, 2004, p. 87; DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude...», *op. cit.*, nota 5, p. 83 (francés) y p. 246 (alemán); MENGOZZI, P., *Il diritto internazionale privato italiano*, Nápoles, Scientifica, 2004, p. 163; KRUIS, F., *Das italienische internationale Erbrecht. Eine Untersuchung der Art. 46-50 des Gesetzes Nr. 218 vom 31.5.1995 unter besonderer Berücksichtigung deutsch-italienischer Erbfälle*, München, C. H. Beck, 2005, pp. 69-74; ABADIE, L., *op. cit.*, nota 3, p. 5, nota 17, y pp. 30 y 512; BRUNET, A., *La professio juris*, trabajo de máster, Université Paris-II Panthéon-Assas, 2007, p. 9, nota 16; ARMELLINI, «Art. 46 Legge 31 maggio 1995, n. 218», en CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al codice civile*, 9.^a ed., Padua, CEDAM, 2009, p. 3986, núm. III-4; TONOLO, S., «Art. 46 (Successione per causa di morte)», en CONETTI, G.; TONOLO, S., y VISMARA, F., *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, 2.^a ed., Turín, Giappichelli, 2009, p. 203.

en forma testamentaria¹⁸; mas un análisis omnicompreensivo de la regla¹⁹ permite colegir que ésta pretende que la disposición por causa de muerte del profesante contenga una cláusula expresa de elección del Derecho del país de residencia. En efecto, aun reconociendo que la letra de la ley resulta equívoca²⁰, los antecedentes de la norma²¹ y su comparación con otras que encierran una problemática parecida²² obligan a sufragar la tesis restrictiva, que sostiene la sola viabilidad de la opción expresa.

¹⁸ La virtualidad de una opción implícita ha venido siendo propugnada por especialistas como KINDLER, P., «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995», *RabelsZ*, núm. 61, 1997, pp. 271-272; KEMP, P., *Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Colonia, Heymanns, 1999, pp. 123-124; DE CESARI, P., *op. cit.*, nota 3, pp. 167-171; CALÒ, E., «Sulla "professio iuris" nel testamento», *Notariato*, IX, 2003, p. 527; *id.*, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, s. 1., 2007, pp. 53-54; VON DAUMILLER, B., *Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, pp. 110-113.

¹⁹ Como el meticulosamente llevado a cabo por F. KRUIS (*op. cit.*, nota 17, pp. 69-75), que seguimos.

²⁰ Ello es así porque, como dijera P. KINDLER (*op. cit.*, nota 18, p. 271), la frase «*con dichiarazione espressa in forma testamentaria*», del art. 46.2.1 de la LIDIP (véase *supra*, nota 16), en italiano, puede semánticamente significar «*durch ausdrückliche Erklärung in testamentarischer Form*» o «*durch in testamentarischer Form ausgedrückte Erklärung*»; o sea, cabe trasladarla al español bien como «con declaración expresa en forma testamentaria» (que es como lo hace TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., véase *supra*, nota 16) bien como «con declaración expresada en forma testamentaria» (véase *supra*, nota 16).

²¹ Precursores de la LIDIP son los proyectos de E. Vitta. En el primero [«Relazione e progetto di legge sul diritto internazionale privato», en ISTITUTO PER LA DOCUMENTAZIONE E GLI STUDI LEGISLATIVI (ed.), *Prospettive del diritto internazionale privato. Un simposio*, Milán, Giuffré, 1968, pp. 114-120 y 264], el Profesor toscano no recogía la autonomía localizadora del *de cuius*, pero sí en el segundo [«Memoriale e progetto di legge», en Consiglio Nazionale del Notariato (ed.), *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano. Convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno 1984*, Milán, Consiglio Nazionale del Notariato, 1986, pp. 118-122 y 267], sujetándola a unas condiciones formales muy laxas, próximas a las previstas en el Convenio de Roma [segundo inciso del art. 27.2 «*L'opzione deve esser esercitata con clausola espressa o risultare con ragionevole certezza dal testamento*» (p. 267), énfasis nuestro]. Sin embargo, la innegable influencia del «Segundo Proyecto Vitta» sobre el Proyecto de reforma pergeñado por la *Commissione per la riforma del diritto internazionale privato* y, en definitiva, sobre la Ley italiana de DIPr de 1995, no llega hasta este extremo, visto que el valor parejo que Vitta había conferido a la voluntad tácita para individualizar la ley aplicable a los contratos y a las sucesiones, no es conservado para con éstas por el Proyecto entregado por la Comisión en 1989, que no solamente no alberga una previsión análoga, sino que, en el dictamen adjunto al articulado, habla adicionalmente de las «*sostanziali limitazioni e varie cautele*» que deben acompañar la introducción de la *optio legis* en el Derecho italiano («Relazione allegata allo schema di articolato», *RDIPP*, XXV, 1989, p. 970), entre ellas, de seguro, el carácter preceptivo de la profesión explícita.

²² Siempre suele traerse a colación el art. 56.2 de la LIDIP —«El donante podrá, *con declaración expresa* en el contexto de la donación, someter la donación misma a la ley del Estado en el que éste resida» [traducción al castellano de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, p. 947 (cursivas nuestras)]; en lengua vernácula, la regla indica: «*Il donante può, con dichiarazione espressa contestuale alla donazione, sottoporre la donazione stessa alla legge dello Stato in cui egli risiede*» [*Gazzetta...*, *loc. cit.* nota 10, p. 14 (énfasis nuestro)]—, en el que, a pesar de usar para aludir a la manera de formalizar la *professio iuris* unas palabras idénticas a las utilizadas en el art. 46.2.1 de la Ley italiana (véase este § 4, más arriba, y nota 16), la exigencia de una manifestación expresa de la voluntad de optar no es nunca puesta en tela de juicio, sobre la base de que, en contraste con lo que pasa en las sucesiones, la *Relazione al disegno di legge n. 1192* (POCAR, F. *et al.*, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padua, CEDAM, 1996, p. 431) intercala en la oración «*con dichiarazione espressa contestuale alla donazione*» una conjunción copulativa («e»): «*con dichiarazione espressa e contestuale alla donazione*», que es determinante [véase, por todos, BOSCHIERO, N., «Articolo 56 (Donazioni)», en «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218-Commentario», *RDIPP*, XXXI, 1995, p. 1173; KINDLER, P., *op. cit.*, nota 18, p. 272 (énfasis nuestro)]. Huelga decir que este matiz no

Mucho más discutiblemente, en nuestra opinión, puede adscribirse al elenco de sistemas que imponen una *electio expressis verbis* el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte (en adelante, CLH89), puesto que el artículo que rige la cuestión, fruto de una gestación llena de vicisitudes²³, no refleja en modo alguno esta limitación en su destilado final²⁴, por más que D. W. M. Waters —el *rapporteur* del Convenio— se esfuerce por convencernos de lo contrario²⁵. A la inversa de lo que ocurre con la LIDIP, la crítica contextual tal vez pudiera abonar una intención —paulatinamente diluida a medida que progresan los trabajos redaccionales— de excluir la profesión tácita del CLH89, pero, como ha advertido uno de los juristas que intervino en su elaboración, el definitivo art. 5.2.1 «*laisse le champ libre aux interprétations*»²⁶; interpretaciones que llevadas hasta sus últimas consecuencias arrojan el siguiente resultado: a diferencia de la Ley italiana, en la que, como hemos comprobado²⁷, la terminología es ambigua, en el Convenio de La Haya ésta no lo es para nada, ya que tanto el francés como el inglés —las lenguas en las que están escritas las versiones auténticas— tienen recursos lingüísticos de sobra para dejar bien

asoma por ninguna parte del artículo, el cual, de merecer una interpretación reductora, como es creencia general, debería contagiarla a su gemelo, el art. 46.2.1 de la LIDIP.

²³ De buen principio, parecía que el punto de partida para una regulación aceptable tenía que ser el art. 11 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales [«La designación de la ley aplicable deberá ser objeto de una estipulación expresa o resultar indubitablemente de las disposiciones de un contrato matrimonial» (versión española de BORRÁS, A., y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, nota 7, p. 203)], y, por mayoría abrumadora, así lo refrendó la Comisión Especial (Acta de 21 de marzo de 1987, mañana, p. 3). No obstante, más adelante, la actitud precavida de algunos delegados, reticentes ante la novedad encarnada por la *optio iuris*, condujo a una fórmula más acotada, que fue la que acogió el Texto aprobado al acabar la Segunda Sesión de la Comisión Especial [art. 3.2: «*La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse*» (ADCLH, XVI, II, p. 218); «*The designation of the applicable law shall be by express stipulation*» (ADCLH, XVI, II, p. 219)]. Esta propuesta, empero, no satisfacía, por demasiado rígida, a ciertos países, que lograron que, en la Tercera Sesión, se sugiriese un redactado más vago y flexible, que, gracias a unos pocos votos [14 contra 11 (Comisión Especial, Acta de 29 de septiembre de 1987, mañana, p. 4)], halló acomodo en el Anteproyecto [art. 4.2: «*Cette désignation doit être clairement exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition testamentaire*» (ADCLH, XVI, II, p. 232); «*This designation shall be clearly expressed in a statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition*» (ADCLH, XVI, II, p. 233)]. En la Segunda Comisión, más allá de un intento —fracasado (ADCLH, XVI, II, p. 384)— del representante alemán, K. J. Pirrung, de rescatar la necesidad de la declaración *expressis verbis* mediante el cambio de «*[t]his designation shall be clearly expressed in a statement*» por «*[t]his designation shall be in an express statement*», las variaciones que se efectúan —las dos con las que culmina la confección del precepto— son puramente redaccionales: por un lado, a instancias de REVILLARD, M., se reemplaza la expresión «*disposition testamentaire*» por la más amplia «*disposition à cause de mort*» (ADCLH, XVI, II, p. 383); por el otro, a petición de SAVOLAINEN, M., se suprime, por superfluo, el adverbio «*clearly*» (ADCLH, XVI, II, p. 457).

²⁴ Para el texto español del art. 5.2 *in limine* del Convenio de La Haya, véase *infra*, § 14; y para las versiones auténticas del mismo, véase *infra*, nota 28.

²⁵ En su afán por disipar cualquier duda al respecto, WATERS, D. W. M., es tajante en su informe final («*Rapport explicatif/Explanatory Report*», *op. cit.*, nota 5, p. 556), al aseverar que «*[l]a désignation tacite ou implicite est rejetée par la Convention*».

²⁶ BORRÁS, A., «*La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne*», en BORRÁS, A. *et al.* (ed./coord.), *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, p. 19.

²⁷ Véase *supra*, nota 20.

claro cuando quieren que una declaración de voluntad *sea expresa* o —meramente— *se exprese* en una disposición *mortis causa*²⁸; y, si el texto convencional se ha decantado por la fórmula más genérica y menos constrictiva, es porque, lejos de lo que afirma la posición predominante —que sólo concede carta de naturaleza a la selección expresa—²⁹, contempla, como ha puesto de relieve algún autor aislado³⁰, la posibilidad de una designación implícita.

El razonamiento recién esbozado, del que hemos inferido la holgura formal de la *optio iuris* recogida en el CLH89, vale asimismo para todas las reglamentaciones que se han amoldado —ora copiándolo, ora remedándolo— al mismo patrón. Primeramente, la *Wet conflictenrecht erfopvolging* holandesa de 4 de septiembre 1996, por conducto de la cual los Países Bajos incorporaron a su ordenamiento las prescripciones del Convenio de La Haya³¹, entre ellas la que concierne a la forma de la elección de Derecho. En segundo término, el Código belga de Derecho internacional privado, promulgado el 16 de julio de 2004, que, en este punto, es un calco de la regulación convencional³², por lo que, pese al desacuerdo doctrinal³³, ha de considerarse que

²⁸ Para darse cuenta de ello, basta con comparar el tenor permisivo del art. 5.2 del CLH89, en sus variantes francesa [*«Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort»* (ADCLH, XVI, II, p. 514)] e inglesa [*«This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death»* (ADCLH, XVI, II, p. 515)] con el harto más limitativo del art. 17.2 de la PRE también en sus vertidos al francés (véase *infra*, nota 64) y al inglés (véase *infra*, nota 65).

²⁹ Con esta corriente se alinean WATTÉ, N., «L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye», *Revue belge de droit international*, XXIV, 1991-1, p. 422; BRANDI, T., *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erfolge anzuwendende Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 304; SCHMELLENKAMP, C., «Änderungen des Internationalen Erbrechts im Verhältnis zwischen Deutschland und den Niederlanden aufgrund des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1. August 1989», *MittRhNotK*, 1997, p. 252, nota 113; MATHIEU, M.-E., *op. cit.*, nota 17, p. 256; DREHER, K., *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, pp. 169 y 198-199; KEMP, P., *op. cit.*, nota 18, p. 125; DE CESARI, P., *op. cit.*, nota 3, pp. 170-171; BRUNET, A., *op. cit.*, nota 17, p. 18; PAPEIL, A.-S., «Doit on laisser la possibilité au futur de cujus de choisir la loi applicable à sa succession?», *Successio. Zeitschrift für Erbrecht*, núm. 1, 2007, p. 114.

³⁰ Cítese primordialmente a KINDLER, P. (*op. cit.*, nota 18, p. 272).

³¹ En lo que se refiere al ingreso del CLH89 en el Derecho neerlandés, véase BORRÁS, A., «La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», *REDI*, XLVIII, 1996-2, pp. 363-364; VAN ITERSÓN, D., «Pays-Bas.- Successions.- Convention de La Haye du 1.^{er} août 1989.- Mise en application (Note)», *RCDIP*, núm. 86, 1997, pp. 136-138; WEBER, W. «Internationales Erbrecht in den Niederlanden», *IPRax*, núm. 20, 2000, p. 41.

³² El art. 79.2 de dicho Código prescribe: «*La désignation et sa révocation doivent être exprimées dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort*» (*Belgisch Staatsblad/Moniteur belge*, 27 de junio de 2004, p. 57361; *RCDIP*, núm. 94, 2005, p. 173). Nótese su búsqueda similitud con el inicio del art. 5.2 del CLH89, cuya versión francesa parangonable hemos reproducido, *supra*, nota 28.

³³ La literatura belga está escindida entre los que reivindican una designación expresa (WAUTELET, P., «Le nouveau régime des successions internationales», *Revue générale de droit civil*, núm. 23, 2005, p. 382, nota 61; WATTÉ, N., y BARBÉ, C., «Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements des règles de conflit de lois», *JDI*, núm. 133, 2006, p. 905) y los que en absoluto descartan la elección tácita siempre que la misma se haga en la forma de una disposición de última voluntad [BOUCKAERT, F., «Professio Juris dans le Code de Droit International Privé Belge», en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *op. cit.*, nota 5, p. 426; DE PAGE, P., «Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions», *Revue trimestrielle de droit familial*, núm. 28, 2005, p. 682].

fija unas condiciones formales idénticas a las dimanantes del Convenio. En tercer —y último— lugar, las normativas que, en mayor o menor grado, se han inspirado en el CLH89, como son las de Burkina Faso³⁴, Corea del Sur³⁵, Finlandia³⁶, Benín³⁷ y Bulgaria³⁸.

Sistemas de DIPr que junto a la *electio iuris* explícita dan nítidamente cabida a la tácita son, además de los carentes de una previsión *ad hoc*³⁹, los

³⁴ Art. 1044.2 del Código de las personas y de la familia *burkinabè*, de 16 de noviembre de 1989, que decreta: «Esta designación debe ser expresada en una declaración que revista la forma de una disposición por causa de muerte» (TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, p. 108). El texto francés es una réplica literal del párrafo correspondiente del CLH89: «*Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort*» [RCDIP, núm. 80, 1991, p. 226].

³⁵ Art. 49 (2) de la Ley núm. 6465, de 7 de abril de 2001, de Derecho internacional privado, el cual establece que «*Notwithstanding the provisions of paragraph (1), inheritance shall be governed by one of the following laws selected by the deceased in any form applicable to a will...*» [traducción inglesa de SUK, K. H., *YPIL*, V (2003), p. 331].

³⁶ Sección 6 (1) del Capítulo 26 del Código de Sucesiones de Finlandia, reformado por Ley de 13 de diciembre de 2001, que, en su segundo punto, dice que «*[...] In order to be valid, the designation shall be made in the form required of a testament [...]*» [traslación al inglés del código sucesorio finés (<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>)], p. 35].

³⁷ Art. 1005.1 *in fine* del *Code des personnes et de la famille*, de 6 de julio de 2002, que, en su traducción al alemán, queda: «*... Die Wahl muss in einer Erklärung in Form einer letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommen*» (DÖRNER, H., *Arts. 25, 26 EGBGB...*, *op. cit.*, nota 3, p. 457, núm. 104 del *Anhang zu Art 25 und 26 EGBGB*).

³⁸ Inciso final del art. 89 (4) del Código búlgaro de Derecho internacional privado, de 17 de mayo de 2005, que estipula: «*[...] The choice of applicable law and its cancellation shall be done in the form of a testament disposition*» (versión inglesa: «Bulgarian Code of the International Civil Law», en «Reforma del sistema español de Derecho internacional privado», *REEI*, núm. 12, 2006, p. 17).

³⁹ A este círculo pertenecen las regulaciones de Nueva York [§ 3-5.1(h) de la *Estates, Powers and Trusts Law*, de 2 de agosto de 1966: «*Whenever a testator, not domiciled in this state at the time of death, provides in his will that he elects to have the disposition of this property situated in this state governed by the laws of this state, the intrinsic validity, including the testator's general capacity, effect, interpretation, revocation or alteration of any such disposition is determined by the local law of this state. The formal validity of the will, in such case, is determined in accordance with paragraph (c)*» (*McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated. Book 17B, Estates, Powers and Trusts Law, §§ 1-1.1 to 4-end*, St. Paul —Minnesota—, 1998, p. 565)] y de Rumanía [art. 68.1 de la Ley rumana de DIPr, de 22 de septiembre de 1992: «El testador puede someter la transmisión por sucesión de sus bienes a una ley distinta de la mencionada en el art. 66, sin que tenga derecho a rechazar sus disposiciones imperativas» (traducción española de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, p. 626)]. En la misma categoría, deben también incluirse normativas, como la de Quebec [art. 3098.2 del Código Civil, adoptado por Ley de 18 de diciembre de 1991, que reza: «Sin embargo, una persona podrá designar, *por testamento*, la ley aplicable a su sucesión...» (el vertido al castellano es de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, p. 119, cursivas nuestras); en su dicción genuina, el precepto es el que sigue: «*Cependant, une personne peut désigner, par testament, la loi applicable à sa succession...*» (*Assemblée Nationale, Trente-quatrième législature, Première session, Projet de loi 125, Code civil du Québec, 1991*, p. 525; RCDIP, núm. 81, 1992, p. 576, énfasis nuestro)], la de Liechtenstein [apartados 3 y 4 del art. 29 de la *Gesetz vom 19. September 1996 über das internationale Privatrecht*, que señalan: «3) *Der ausländische Erblasser kann durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag seine Rechtsnachfolge einem seiner Heimatrechte oder dem Recht des Staates seines letzten gewöhnlichen Aufenthaltes unterstellen*. 4) *Der inländische Erblasser mit Wohnsitz im Ausland kann durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag seine Rechtsnachfolge einem seiner Heimatrechte oder dem Recht des Staates seines letzten gewöhnlichen Aufenthaltes unterstellen*» (*IPRax*, núm. 17, 1997, p. 366; *RabelsZ*, núm. 61, 1997, p. 551, énfasis nuestro)] y de las Repúblicas exsoviéticas que han dado entrada a la institución (sobre las reglamentaciones en ellas existentes, véase FONTANELLAS MORELL, J. M., *op. cit.*, nota 2, pp. 166-167, nota 199), las cuales, secundando parcialmente el modelo suizo (véanse *infra*, notas 46 y 49) se limitan a puntualizar que la selección de la *lex successionis* tiene que hacerse en testamento (o pacto sucesorio).

de Suiza y Alemania. Efectivamente, puede suceder en estos países que el causante no indique expresamente el Derecho rector de su sucesión, pero que de su disposición de última voluntad se deduzca *indudablemente* que se ha inclinado por uno de los ordenamientos a los que la norma de conflicto le autoriza a someter la transmisión *mortis causa* de su patrimonio. La manera de llevar a la práctica esta modalidad de profesión de ley podría, a primera vista, parecer difícil de especificar; mas contamos con jurisprudencia suficiente para constatar que, en contra de lo que temían FERID y FIRSCHING⁴⁰, la opción tácita se ha ido abriendo camino con prudencia, sin menoscabo ninguno de la seguridad jurídica, como tendremos ocasión de documentar a continuación.

El 25 de junio de 1891, se dictó en la Confederación Helvética la *Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthaltler/Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour* (en adelante, *NAG/LRDC*), que a lo largo de casi un siglo disciplinó los conflictos de leyes —intercantionales e internacionales— y que, en su art. 22.2, introdujo la *professio iuris*⁴¹, de la que, con todo, no se determinaban los presupuestos formales. En una primera etapa, este silencio legal fue entendido por los órganos jurisdiccionales suizos como una exigencia de que la designación de Derecho se vehiculara a través de una declaración expresa en la forma de una disposición por causa de muerte⁴²; punto de vista que hizo suyo la doctrina⁴³, bien que, con el paso del tiempo, en ésta fue desa-

⁴⁰ Véanse *supra*, § 3 y nota 14.

⁴¹ El art. 22 de la *NAG/LRDC* decía: «*La succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt. On peut, toutefois, par une disposition de dernière volonté ou un pacte successoral, soumettre sa succession à la législation du canton d'origine*» (texto francés). «*Die Erbfolge richtet sich nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers. Durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag kann jedoch jemand die Erbfolge in seinen Nachlaß dem rechte seines Heimatkantons unterstellen*» (texto alemán) [MAKAROV, A. N. (comp.), *Quellen des internationalen Privatrechts*, 2.^a ed., vol. 1, *Gesetzestexte*, Berlín-Tubinga, Walter de Gruyter, 1953, *La Suisse/Die Schweiz*, pp. 13-14].

⁴² La primera decisión que topó con la cuestión fue la Sentencia *Bühler*, de 28 de noviembre de 1895, que, en un conflicto intercantonal, reputó una profesión de ley, amparada en el art. 22.2 de la *NAG/LRDC*, una cláusula testamentaria en la que la testadora, originaria de Zug pero domiciliada en Lucerna, especificaba que, de su herencia, a sus hermanos había de atribuirseles «*nicht mehr als das nach ihrem Heimort Zug gesetzliche Minimum*» [BGE/ATF, XXI-II (1895), p. 995]. Aun así, en esta resolución, la Corte Federal no precisó en qué consistía una declaración expresa, para lo cual hubo que esperar a la Sentencia *Riva*, de 29 de marzo de 1899 [BGE/ATF, XXV-I (1899), p. 55], en la que el Alto Tribunal estableció el criterio general al determinar que la opción de Derecho «*suppose une déclaration explicite et formelle*», que debe «*contenir les éléments d'une disposition de dernière volonté*». Un par de años antes, el *Tribunal de première instance de Genève*, en la Sentencia *Porret*, de 16 de junio de 1897 [SJ, 19 (1897), pp. 270-271], ya había desechado la posibilidad de una elección tácita. Tras la Sentencia *Riva*, la jurisprudencia federal ulterior [Sentencia *Senn*, de 22 de abril de 1904 (BGE/ATF, XXX-I—1904—, pp. 317-320), y Sentencia *Hirt*, de 4 de marzo de 1914 (BGE/ATF, 40-II—1914—, pp. 18-20)] confirmó este fallo.

⁴³ Previamente al pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales, P. DES GOUTTES (*Les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour en Suisse. Essai d'interprétation et de critique de la loi fédérale du 25 juin 1891*, Ginebra, 1892, pp. 280-282; «*Essai d'interprétation du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891. Des rapports de droit civil des étrangers en Suisse*», ZSR, XVI, 1897, p. 377) había ya reclamado la forma expresa, lo mismo que, con la excepción de los nombrados en la nota siguiente, hicieron luego todos los legistas helvéticos que fueron abordando la problemática. Solamente que, cuando algunos de éstos, como BECK, E. [*Schlusstitel: Einführungs- und Übergangsbestimmungen, II. Abschnitt, Art. 51-63, insbesondere das internationale Handlungsfähigkeits-, Eheschliessungs- und Ehe-*

rollándose una corriente favorable a la elección implícita⁴⁴, que anticipó la modificación del criterio jurisprudencial⁴⁵. Con la entrada en vigor de la Ley de 1987, el panorama ha experimentado una leve variación, pues mientras que la forma de las profesiones efectuadas por extranjeros afincados en Suiza sigue careciendo de regulación positiva⁴⁶, lo que propicia que tanto los comentaristas⁴⁷ como los tribunales⁴⁸ se muestren abiertos a la opción tácita;

scheidungsrecht der Schweiz, en GMÜR, M. (ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. V, Berna, Staempfli, 1932, p. 125]; AEBLI, D. (*Der Pflichtteil der Geschwister und ihrer Nachkommen im schweizerischen Recht*, Berna, Stämpfli, 1940, pp. 86-89), o HOTZ, K. P. (*Die Rechtswahl im Erbrecht im interkantonalen und internationalen Verhältnis*, Zúrich, Schulthess, 1969, p. 52), entran a definir la declaración explícita eran más condescendientes que los tribunales y transigían con fórmulas cercanas a una exteriorización tácita de la voluntad.

⁴⁴ Fueron pocos —pero en aumento progresivo— los autores suizos que, en contra del parecer de los jueces, promovieron la validez de la profesión de ley implícita. Como representantes de esta tendencia sólo puede citarse a REICHLIN, P., *Grundsätze der Testamentsauslegung. Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung der Rechtsgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechts*, Uznach, Oberholzer, 1926, pp. 90-91; SCHNITZER, A. F., *Handbuch des internationalen Privatrechts einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, vol. II, 4.ª ed., Basilea, Verl. f. Recht u. Ges., 1958, p. 518; GUTZWILLER, P. M., «Zur Form der erbrechtlichen professio iuris (art. 22 Abs. 2 NAG)», *SJZ*, núm. 70, 1974, pp. 357-364; y de PREUX, P., *La «professio iuris» (Étude de l'article 22 LRDC)*, Lausana, Impr. des Arts & Métiers, 1981, pp. 44, 46-47, 49-51, 61 y 177-178, núm. 3. En abstracto, esto es, sin apuntar directamente a la NAG/LRDC, tanto VON OVERBECK, A. E. (*op. cit.*, nota 15, p. 1097, nota 1, y p. 1111) como HEINI, A. («Unorthodoxe Bemerkungen zu dem auf letztwillige Verfügungen anwendbaren Recht», *ZSR*, núm. 89-I, 1970, p. 426) han apoyado también la designación tácita.

⁴⁵ El vuelco jurisprudencial resulta de la Sentencia *Wernli*, de 22 de diciembre de 1983 [BGE/ATF, 109-II (1983), pp. 403-407], la cual, en uno de sus fundamentos jurídicos (p. 406), proclama: «[n]on è necessario, dunque, che il testatore si pronunci in termini solenni per il diritto del proprio Cantone di attenzione: può anche riferirvisi in modo approssimativo o persino implicito, purché il testo de la disposizione a causa di morte contenga indizi univoci, gli elementi estrinseci potendo servire semmai a interpretare le indicazioni che emergono dal testo, ma non a supplire o a sostituire il medesimo».

⁴⁶ Si bien en el «Proyecto de la Comisión de Expertos» [*Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz). Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht von Dr. Frank Vischer und Dr. Paul Volken, LL. M.*, Zúrich, 1978, p. 24 (alemán) y p. 208 (francés)] había habido una tentativa de hacerlo (art. 91.3: «Das gewählte Recht muss eindeutig aus einer Verfügung von Todes wegen hervorgehen»/«Ce choix doit résulter indubitablement d'une disposition pour cause de mort»), la LSDIP no pautó la forma de la profesión de Derecho realizada por un extranjero residente en Suiza, conformándose con ordenar que se integre en un testamento o en un contrato hereditario [art. 90 de la Ley: «1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en Suiza se rige por el Derecho suizo. 2. Un extranjero podrá, no obstante, someter su sucesión, por testamento o pacto sucesorio, al Derecho de uno de sus Estados nacionales [...]» (traducción española de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, pp. 718-719, cursivas nuestras); en los textos alemán y francés originales: «1. Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht. 2. Ein Ausländer kann jedoch durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen [...]»/«1. La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse. 2. Un étranger peut toutefois soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit de l'un des ses États nationaux [...]» (*Bundesblatt/Feuille fédérale*, núm. 1, 12 de enero de 1988, 1988, I, pp. 27 y 25, respectivamente; énfasis nuestro)].

⁴⁷ Vigente la LSDIP, los exégetas de la misma se ha mantenido fieles a los postulados del Tribunal Federal, sentados primero en la Sentencia *Wernli*, de 22 de diciembre de 1983 (véase *supra*, nota 45), y después en la Sentencia *B. v. A.*, de 3 de septiembre de 1998 (véase nota subsecuente); y han apadrinado la profesión tácita de Derecho cuando ésta sea inequívoca [véase, por todos, SCHNYDER, A. K., y LIATOWITSCH, M., «Art. 90», en HONSELL, H. et al. (ed.), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 2.ª ed., Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2007, pp. 618-619, núm. 18].

⁴⁸ Bajo el imperio de la LSDIP, de 1987, el *Tribunal fédéral* ha gozado de una oportunidad inmejorable para posicionarse con respecto a la forma de la *professio iuris* en un veredicto «très soigneusement

para las *profesiones* de los suizos expatriados, la LSDIP es más estricta y fuerza a una declaración expresa de selección del Derecho domiciliario⁴⁹.

motivé [que] restera pour de longues années fondamentale dans la pratique des successions internationales» [BUCHER, A., «Jurisprudence suisse en matière de droit international privé des personnes, de la famille et des successions», nota a la Sentencia del Tribunal Federal suizo de 3 de septiembre de 1998 (B. v. A.), SZIER, núm. 9, 1999, p. 353]. En esta resolución (B. v. A.: BGE/ATF, 125-III, 1998, pp. 35-41), el *Bundesgericht*, dando una lección de cómo hay que interpretar un testamento, admite una selección implícita del Derecho de Alemania por parte de una ciudadana de dicho Estado, basándose en un cúmulo de pruebas intrínsecas y extrínsecas de la disposición *mortis causa*, que le permiten aclarar y completar la voluntad irrefutable de la testadora. Como la sentencia expone diáfamanamente, «[i]l testatore può quindi riferirsi al diritto del paese d'attinenza anche in maniera tacita, purché il testo dell'atto contenga indizi sufficienti per ammettere che tale fosse la sua volontà. Se quest'ultima appare in maniera non equivoca, ma incompleta dal testo della disposizione di ultima volontà, si dovrà procedere all'interpretazione dell'atto [...] facendo capo, ai fini del chiarimento delle indicazioni in esso contenute, anche ad elementi, prove e circostanze estrinseci» (p. 39); a saber, para inferir la verdadera voluntad del profante, el tribunal ha de atender a los elementos interpretativos, tanto intrínsecos como extrínsecos, de la disposición de última voluntad. En la *litis* considerada, «[l]'insieme di tutte le [...] circostanze, ossia il luogo della rogazione in Germania, la confezione e la pubblicazione dell'atto secondo il diritto notarile germanico da parte di un notaio germanico, la nazionalità germanica di tutte le parti interessate, la formulazione dell'istituzione d'eredità tipica del diritto germanico e piuttosto estranea a quello svizzero lasciano trasparire la volontà della testatrice di veder disciplinata la sua successione dal diritto germanico. Ciò basta, per poter procedere all'ulteriore interpretazione della disposizione di ultima volontà facendo capo a ogni altro elemento o circostanza estrinseci [...] [los cuales] sono parecchi e assai importanti. Innanzi tutto la madre aveva pessimi rapporti con la figlia e aveva espresso la volontà di lasciarle il meno possibile; il notaio ha poi reso attenta la testatrice sulla legittima di 1/2 a favore della figlia prevista dal diritto germanico e la testatrice stessa gli aveva detto di già saperlo e di voler applicare quel diritto e non quello svizzero; infine nei precedenti testamenti fatti in Svizzera la testatrice ha sempre optato per il diritto del paese di attinenza in maniera espresa, mentre nella disposizione a causa di morte fatta anni prima in Germania la *professio iuris* risulta solo da un accenno al BGB. Si tratta di una serie di elementi, estremamente significativi, che non lasciano dubbi di sorta sulla volontà della *de cuius* di sottoporre la sua successione al diritto del paese di attinenza e che confermano pertanto tutti gli indizi in tal senso emergenti dal testamento stesso e di cui si è detto in precedenza» (p. 41). Sobre esta sentencia, además de la nota de A. Bucher reseñada arriba, véase SCHWANDER, I., «Anforderungen an die Bestimmtheit der *professio iuris* gemäss Art. 90 Abs. 2 IPRG. Rechtswahl durch stillschweigende Bezugnahme auf das Heimatrecht», nota a la Sentencia del Tribunal Federal suizo de 3 de septiembre de 1998 (B. v. A.), *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, pp. 489-491; DUTOIT, B., «Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l'épreuve du temps: Dix ans de LDIP», SZIER, núm. 10, 2000, pp. 294-295. Valiéndose de los mismos razonamientos, la practicabilidad de la profesión tácita ha sido posteriormente reafirmada por el *Arrêt du Tribunal fédéral* de 24 de junio de 2002 (http://www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheidung_5P_2002/5P.198_2002.html).

⁴⁹ Requisito de nuevo cuño que, junto al deber de optar en testamento o en pacto sucesorio, recoge el art. 91 de la Ley: «1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el Derecho que designen las reglas de Derecho internacional privado del Estado en el que el difunto estaba domiciliado. 2. En la medida en que las autoridades judiciales o administrativas suizas sean competentes en virtud del art. 87, la sucesión de un difunto suizo que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el Derecho suizo, a menos que, *por testamento o pacto sucesorio*, el difunto haya hecho reserva expresamente del Derecho de su último domicilio» (traducción castellana de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., *op. cit.*, nota 10, p. 719, cursivas nuestras); en las versiones auténticas en lengua alemana y francesa: «1. *Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist. 2. Soweit nach Artikel 87 die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig sind, untersteht der Nachlass eines Schweizer mit letztem Wohnsitz im Ausland schweizerischem Recht, es sei denn, der Erblasser habe in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten*»/«1. *La succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'État dans lequel le défunt était domicilié. 2. Dans la mesure où les autorités judiciaires ou administratives suisses sont compétentes en vertu de l'article 87, la succession d'un défunt suisse qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit suisse*

En Alemania, la discusión sobre la forma de la *erbrechtliche Rechtswahl* no ha sido tan prolongada, ya que, tradicionalmente ausente la figura del Derecho de sucesiones, únicamente los escasos teóricos que la patrocinaban llegaron a preocuparse por el tema, a propósito del cual abogaron por la máxima libertad formal⁵⁰. A raíz de la reforma de la *EGBGB*, de 1986, las circunstancias han cambiado sustancialmente al acoger el sistema alemán, siquiera parcialmente, la elección de la *lex successionis*, por mucho que nada se haya dispuesto acerca de la forma de verificarla. Cuando la cuestión se ha planteado, los juristas han avalado, al lado de la validez de la profesión expresa, la de la hecha de modo concluyente⁵¹; y los jueces, cuando han participado en el debate, se han sumado, casi sin disidencias⁵², a esta misma apreciación⁵³, con argumentos similares a los esgrimidos por sus colegas suizos.

à moins que, par testament ou pacte successoral, le défunt n'ait réservé expressément le droit de son dernier domicile» (*Bundesblatt/Feuille fédérale*, núm. 1, 12 de enero de 1988, I, pp. 27 y 25-26, respectivamente, énfasis nuestro). Sobre este precepto, véase, por todos, SCHNYDER, A. K., y LIATOWITSCH, M., «Art. 91», en HONSELL, H. *et al.* (ed.), *op. cit.*, nota 47, p. 628, núm. 16).

⁵⁰ En este sentido, los dos defensores más destacados de la institución en el periodo anterior al proceso de reforma de la Ley de introducción al Código Civil alemán: DÖLLE, H., *op. cit.*, nota 15, pp. 236-239; KÜHNE, G., *op. cit.*, nota 15, pp. 111-116 y 153, núm. 6.

⁵¹ En la doctrina alemana hay unanimidad en la aprobación de la *schlüssige Rechtswahl*, véase por todos, DÖRNER, H., *Arts. 25, 26 EGBGB...*, *op. cit.*, nota 3, pp. 277-278, núm. 535.

⁵² Las discrepancias, aparecidas en la Sentencia del *Landgericht Frankfurt am Main* de 29 de julio de 1997 (*IPRSpr*, núm. 122, 1997, pp. 232-235), resultan no tanto de la aceptación de la profesión implícita —que no se cuestiona— como de la ausencia de la misma cuando concurren unos indicios que para otros tribunales (véase nota siguiente) revelan una elección tácita del Derecho alemán [*«Der Umstand, daß in deutscher Sprache in Deutschland ein für hiesige Verhältnisse typisches Ehegattentestament errichtet wurde, reicht nicht aus, einen Willen dahin gehend zu erkennen, daß deutsches Recht gewählt wird»* (p. 233)].

⁵³ Las resoluciones, de las que tenemos noticia, que han tocado este extremo han sido cuatro: la Sentencia del *Landgericht Hamburg*, de 12 de febrero de 1991 (*IPRSpr*, núm. 142, 1991, pp. 264-275, particularmente, pp. 273-275), la Sentencia del *Oberlandesgericht Zweibrücken*, de 28 de mayo de 2002 (*IPRSpr*, núm. 116, 2002, pp. 280-286, en especial, pp. 281-282), la Sentencia del *Landgericht Stuttgart*, de 11 de septiembre de 2002 (*IPRSpr*, núm. 119, 2002, pp. 290-291) y la Sentencia del *Landgericht München*, de 5 de febrero de 2007 (*IPRSpr*, núm. 94, 2007, pp. 282-284). Son casos muy parecidos, puesto que, en pleitos sucesorios de tráfico externo originados por un testamento mancomunado otorgado por dos esposos de nacionalidad iraní —en el primer litigio—, croata —en el segundo—, italiana —en el tercero— y norteamericana —en el cuarto—, se trata de averiguar si, en ausencia de una selección expresa de ley, el causante había consumado, en relación con los bienes raíces radicados en Alemania, una *konkludente Wahl* de la normativa germana, que, por tanto, sería la aplicable a su sucesión inmobiliaria sita en la República Federal, en lugar de la iraní, la croata, la italiana o la estadounidense (neoyorquina), que —respectivamente— eran las legislaciones nacionales. Las decisiones son de la opinión de que se ha producido una sumisión tácita; y, para llegar a esta conclusión, recurren los magistrados a análogos elementos indiciarios: en todos los supuestos, los cónyuges, con larga residencia en el país del foro, formalizaron su disposición *mortis causa* ante un fedatario alemán, en lengua alemana, en Alemania, y —argumento capital— lo hicieron sirviéndose de una figura típica del Derecho alemán, cual es el *gemeinschaftliches Testament*. A esta institución, la última de las sentencias mencionadas añade otras al especificar: «Hierfür spricht [en favor de la designación implícita], dass er [el testador] zusammen mit der Beteiligten [su esposa] einen deutschen Notar aufsuchte, um das Testament zu errichten. Die im testament verwendeten Rechtsbegriffe und Rechtsfiguren, wie zum Beispiel „gemeinschaftliches Testament“, „Vor-, Nach-, Schluss-, und Ersatzerben“, „Testamentsvollstreckung“, „Ausschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB“ und „Wechselbezüglichkeit der Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB“ sprechen dafür, dass ein Testament nach deutschem Recht erstellt werden sollte, soweit dies rechtlich möglich ist» (p. 283).

Luego de explorar la situación existente en Derecho comparado, cabe resumir que, con la salvedad de la LIDIP y —en parte— de la LSDIP, que reivindican una manifestación expresa de voluntad, los ordenamientos que conocen la *professio iuris* sucesoria o no prescriben nada sobre su forma o, tal como hace el CLH89 —adoptado por Holanda— y las legislaciones que le son tributarias, se contentan con pedir que la designación se lleve a cabo en una disposición por causa de muerte; lo que, en uno y otro caso, ha de comportar la admisión tanto de la opción explícita como de la implícita. Este dato lo corrobora la jurisprudencia de los sistemas de DIPr —el suizo y el alemán— que atesoran una mayor experiencia en el funcionamiento práctico de la institución, dado que en ellos se ha demostrado que de una ponderación adecuada de los diversos medios interpretativos —intrínsecos y extrínsecos— del testamento puede colegirse con razonable certidumbre la voluntad tácita del *de cuius* de escoger un determinado Derecho sin que corra riesgo alguno la seguridad jurídica.

3. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO

En el terreno del Derecho aplicable, uno de los principales rasgos distintivos —si no el principal— de la PRE, hecha pública el 14 de octubre de 2009, es su excepcional fidelidad a las pautas marcadas veinte años antes por el CLH89⁵⁴. Un sumario repaso de las cuatro grandes decisiones de política legislativa que toma el embrión de instrumento comunitario —tratamiento unitario de la sucesión, empleo de la última residencia habitual del causante como conexión objetiva, reconocimiento de la profesión de ley, regulación de los pactos sucesorios— evidencia hasta qué punto las mismas derivan de las soluciones presentes en el Convenio de La Haya. Si las directrices del Proyecto se consolidan en el futuro Reglamento, estaremos ante la paradoja de que un texto como el de 1989 —del que se ha lamentado a veces su poco éxito pese a su alta calidad técnica⁵⁵—, acaba triunfando en el marco de la integración europea dos decenios después de su elaboración en el seno de una organización de alcance universal.

El paralelismo sobre el que, en el párrafo anterior, hemos llamado la atención entre las líneas maestras del PRE y las del CLH89 es extensible, igualmente, a las reglas esenciales de la disciplina de la *professio iuris* en ambas normativas. En efecto, aspectos como la consagración de una opcionalidad básica, la obligación de que la designación de ley abarque el conjunto de la herencia, la necesidad de que la profesión esté contenida en una disposición

⁵⁴ La influencia general del Convenio de La Haya en este ámbito es realizada por REVILLARD, M. («Premier commentaire de la proposition de règlement communautaire», *Defrénois*, núm. 39.056, 2010, p. 180).

⁵⁵ Plenamente consciente de los defectos, pero también de las muchas virtudes del CLH89, BORRÁS, A. («La Convention...», *op. cit.*, nota 26, pp. 8-9 y 22-23) constataba, en 1995, el —no por esperable menos deseable— casi nulo predicamento que el texto había tenido hasta entonces y que previsiblemente tendría en el futuro.

mortis causa, la subordinación de la validez del acto de elección a la *lex successionis* y la equiparación del régimen formal de la modificación o revocación de la *optio iuris* al de la modificación o revocación de una disposición de última voluntad son comunes al Convenio y a la Propuesta. Ahora bien, tan pronto como se baja al detalle se advierten varias diferencias significativas entre una y otra reglamentación, como ocurre, pongamos por caso, en lo que atañe al abanico de Derechos elegibles o, en el tema que en este momento nos incumbe, a la forma de la profesión de ley, que pasamos a desarrollar.

El precedente del PRE, el *Document de réflexion/Discussion paper*⁵⁶, era en esta cuestión un foco de confusión al no decir lo mismo sus versiones francesa e inglesa. La francesa, diáfana, establecía que «[l]a designation de la loi applicable à la succession doit être expresse et contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort»⁵⁷; pero la inglesa, ambivalente, proponía que «[t]he choice shall be made expressly or and contained in a disposition of property upon death»⁵⁸. De las dos lecturas posibles de este último precepto —«*expressly or contained*» y «*expressly and contained*», totalmente disímiles, pues era mucho más restrictiva la segunda que la primera—, parece claro que la correcta era aquélla, la que, en consonancia con el texto francés, exigía que la selección de Derecho fuera explícita y formal.

A partir de estas premisas se confecciona el art. 17.2 de la PRE, cuya versión en lengua castellana estatuye: «La citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte»⁵⁹. Basta un sencillo cotejo de este apartado con el inciso primero del art. 5.2 del CLH89 —«La citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte»—⁶⁰ para ver que ambas normas son idénticas, por lo que cabría dar por descontado que, para realizar su examen, no tendríamos sino que reproducir las consideraciones hechas anteriormente con respecto al pasaje convencional⁶¹. Desgraciadamente, esta paráfrasis simplificadora no es factible, porque nuestro art. 17.2 esconde, entre otros aún más graves de la versión española de la Propuesta comunitaria⁶², un error de traducción, que se detecta fácilmente

⁵⁶ El *Document de réflexion/Discussion paper*, fechado el 30 de junio de 2008 y distribuido públicamente en el Seminario *Current Developments in European Family Law and Law of Succession with a Focus on Maintenance* que se celebró en Trier los días 25 y 26 de septiembre de 2008, era un esbozo de articulado preparado por un grupo de expertos asesores de la Comisión Europea, el «Grupo PRM III/IV» sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea (para su composición, véase DOUE, C 51, de 1 de marzo de 2006, p. 3; corrección de errores, DOUE, C 161, de 12 de julio de 2006, p. 17).

⁵⁷ Art. 3.2.2 del *Document de réflexion sur les successions à cause de mort*, p. 10.

⁵⁸ Art. 3.2.2 del *Discussion paper. Successions upon death*, p. 9 (énfasis nuestro).

⁵⁹ COM (2009) 154 final, p. 21.

⁶⁰ Traducción española de BORRÁS, A., y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, nota 7, pp. 256-257. Para las versiones francesa e inglesa auténticas, véase *supra*, nota 28.

⁶¹ Véase *supra*, § 5.

⁶² Como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve en otro lugar (FONTANELLAS MORELL, J. M., *op. cit.*, nota 2, p. 244, nota 214), el yerro más chocante es el del art. 27.2 de la PRE, cuyo texto castella-

al comparar el texto castellano con los redactados en otros idiomas oficiales de la Unión Europea como, por ejemplo, el alemán⁶³, el francés⁶⁴, el inglés⁶⁵ o el italiano⁶⁶; pues, en tanto que éstos reclaman —al unísono— que la *designatio iuris* se haga expresamente⁶⁷, el escrito en español se limita a estipular que la designación «se expresará»⁶⁸, en el sentido genérico de «se manifestará» o «se exteriorizará», con lo que en él se estaría amparando no sólo a la profesión expresa, sino también a la tácita, modalidad esta última que, como han subrayado algunos de sus primeros exégetas⁶⁹, la PRE excluye categóricamente. La fuente de la equivocación ha sido, a nuestro en-

no [«En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento sólo podrá considerarse contraria al orden público del foro si sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria son diferentes de las disposiciones vigentes en el foro», COM (2009) 154 final, p. 24] contradice lo que se dictamina en otras versiones, como la alemana [«Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nicht allein deshalb als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden, weil sie den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts», KOM (2009) 154 endgültig, p. 24], la francesa [«En particulier, l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for», COM (2009) 154 final, p. 23], la inglesa [«In particular, the application of a rule of the law determined by this Regulation may not be considered to be contrary to the public policy of the forum on the sole ground that its clauses regarding the reserved portion of an estate differ from those in force in the forum», COM (2009) 154 final, p. 22] o la italiana [«In particolare, non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro», COM (2009) 154 definitivo, p. 24], que, obviamente, son las que están en lo cierto.

⁶³ Artikel 17.2: «Die Wahl des auf die Rechtsnachfolge anzuwendenden Rechts muss ausdrücklich im Wege einer Erklärung erfolgen, die den Formerfordernissen einer Verfügung von Todes wegen entspricht» [KOM (2009) 154 endgültig, p. 21].

⁶⁴ Article 17.2: «La désignation de la loi applicable à la succession doit être expresse et contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort» [COM (2009) 154 final, p. 20].

⁶⁵ Article 17.2: «The law applicable to the succession must be expressly determined and included in a declaration in the form of a disposition of property upon death» [COM (2009) 154 final, p. 19].

⁶⁶ Articolo 17.2: «La designazione della legge applicabile è espressa e fatta a mezzo di dichiarazione resa nella forma di disposizione mortis causa» [COM (2009) 154 definitivo, p. 20].

⁶⁷ Así lo indican, respectivamente, la versión alemana [«Die Wahl [...] muss ausdrücklich [...] erfolgen [...]» (véase *supra*, nota 63)], la francesa [«La désignation [...] doit être expresse [...]» (véase *supra*, nota 64)], la inglesa [«The law applicable [...] must be expressly determined [...]» (véase *supra*, nota 65)] y la italiana [«La designazione [...] è espressa [...]» (véase *supra*, nota 66)].

⁶⁸ Para el texto español completo del art. 17.2 de la PRE, véase este mismo § 14, más arriba.

⁶⁹ Que, en la Propuesta de Reglamento europeo, la *professio iuris* sucesoria no puede ser más que explícita lo recalcan: BONOMI, A., «Choice-of-law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession - A First Glance at the Commission's Proposal», en BOELE-WOELKI, K. *et al.* (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zúrich, Schulthess, 2010, p. 168; BUSCHBAUM, M., y KOHLER, M., «Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa. Eine kritische Würdigung des Kommissionsvorschlages zur Erbrechtsverordnung. Erster Teil», *GPR*, núm. 7, 2010, p. 112; DÖRNER, H., «Der Entwurf...», *op. cit.*, nota 5, p. 226; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria», *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 54, 2010, p. 285; LEIN, E., «A Further Step towards a European Code of Private International Law. The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *YPIL*, XI, 2009, p. 119; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.*, nota 11, p. 613; NOURISSAT, C., «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (À propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009)», *Deffrénois*, núm. 39.072, 2010, p. 406; SÜSS, R., «Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009», *ZErbb*, núm. 11, 2009, p. 345.

tender, una mala inteligencia de la versión francesa —modelo patente de la castellana⁷⁰— combinada con un deficiente conocimiento de la terminología jurídica. Nos explicamos: los juristas-lingüistas encargados de verterlo al español han tomado como referencia el texto francés del Proyecto europeo, el cual especifica que la elección de ley «*doit être expresse*»⁷¹; han pensado que el mismo era equivalente al del CLH89, cuando éste señala que la opción de Derecho «*doit être exprimée*»⁷²; y, como corolario de su modo de proceder, han echado mano de la traducción castellana del art. 5.2.1 del CLH89⁷³ y la han colocado tal cual en la versión española de la PRE, sin percatarse de que incurrían en una seria inexactitud, porque donde el Convenio posibilita la *professio iuris* implícita⁷⁴, la Propuesta comunitaria únicamente tolera la explícita.

Como es natural, la PRE no entra en detalles acerca de cuál ha de ser el tenor de esta declaración *expressis verbis* de selección de la *lex hereditatis*. Bastará con que la misma contenga la información suficiente para identificar sin asomo de duda el Derecho elegido⁷⁵. Dado que la Propuesta solamente faculta al causante para optar por su legislación nacional, lo ideal sería que, en su designación, el profesante nombrara el Derecho escogido valiéndose del gentilicio [por ejemplo: «Elijo para regir mi sucesión la ley (y, aquí debería consignarse la normativa que corresponda) francesa (o argentina, o japonesa [...])»] o del país de procedencia [por ejemplo: «Elijo para regir mi sucesión la ley de Francia (o de Argentina, o de Japón [...])»]. Seguida hasta sus últimas consecuencias, esta recomendación conllevaría que, cuando el Estado de la nacionalidad fuera plurilegislativo, se exhortase al *de cuius* a que, de acuerdo con una reglamentación mejorada⁷⁶, individualizara en su disposición por causa de muerte el Derecho infraestatal de su elección por medio de su adjetivación [por ejemplo: «Elijo para regir mi sucesión la ley catalana (o quebequesa, o drusa libanesa [...])»] o por alusión a la entidad territorial o a la comunidad étnica o religiosa concernida [por ejemplo: «elijo para regir mi sucesión la ley de Cataluña (o de Quebec, o de los drusos del Lí-

⁷⁰ Cotidiano en los actos comunitarios, el rastro de la versión francesa en la española se percibe en múltiples pasajes de la PRE; por mencionar sólo uno, nos quedamos con el galicismo «reserva hereditaria» que el art. 27.2 (véase *supra*, nota 62) usa en vez de «legítima», que sería el vocablo preciso.

⁷¹ Para el texto francés completo del art. 17.2 de la PRE, véase *supra*, nota 64.

⁷² Para el texto francés completo del art. 5.2 *in limine* del CLH89, véase *supra*, nota 28.

⁷³ La de BORRÁS, A., y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (*op. cit.*, nota 7, pp. 256-257), transcrita al comienzo de este mismo § 14.

⁷⁴ Véase *supra*, § 5.

⁷⁵ Que, habida cuenta del carácter universal del instrumento [art. 25 de la PRE: «La ley designada en virtud del presente Reglamento se aplicará incluso en el caso de que no sea la de un Estado miembro»; COM (2009) 154 final, p. 24], podrá ser el de un país extracomunitario.

⁷⁶ Al margen de una regulación mucho más minuciosa, en la línea del art. 19 del CLH89, el art. 28 de la PRE debería, como mínimo, contener un regla de remisión indirecta a los ordenamientos plurilegislativos, ya que, en su actual estado, no contempla sino una de remisión directa, inservible cuando se ven envueltos sistemas con una complejidad legislativa de base personal o con una de base territorial en los supuestos en que su competencia la establece una norma de conflicto cuyo punto de conexión es la nacionalidad, que es lo que ocurre en el art. 17 de la Propuesta de Reglamento a propósito de la profesión de ley.

bano [...]»)⁷⁷. No obstante lo que se acaba de decir sobre las expresiones más idóneas, parece que, siempre y cuando quedara perfectamente determinada la *lex electa*, deberían ser también aceptables otras similares, tales como, por ejemplo, «elijo para regir mi sucesión la ley de la nacionalidad que poseo en la actualidad (o de mi nacionalidad de origen, o de la nacionalidad de mi padre [...]»)⁷⁸.

Las causas por las cuales la PRE se muestra tan rotunda en la demanda de una elección expresa son, para nosotros, dos: por una parte, el fuerte componente imperativo del Derecho de sucesiones, que lo hace mucho más refractario a la autonomía conflictual que el Derecho de obligaciones, motivo por el cual el legislador europeo quiere apartarse ahora de la permisibilidad formal con que en precedentes instrumentos comunitarios⁷⁹ ha tratado al *pactum de lege utenda*⁸⁰; por otra parte, la vaguedad de la fórmula recogida en el CLH89, que, como hemos podido constatar⁸¹, da pie a interpretaciones antagónicas, y que, siendo probablemente insatisfactoria para la Comisión Europea, ha forzado a ésta a incluir en la Propuesta de Reglamento una disposición más nítida en la imposición de la profesión explícita; nitidez que, lamentablemente, la versión española no refleja.

Una vez sentado que la PRE sólo accede a la opción expresa, lo pertinente es inquirir si esta solución es acertada o si, por el contrario, sería preferible que la iniciativa comunitaria dotara a la *professio iuris* de mayor libertad formal. Para poder responder a esta cuestión apropiadamente hay que sopesar los —diversos y contradictorios— intereses que concurren en este extremo de las sucesiones internacionales⁸². Por un lado, tenemos el interés material del

⁷⁷ Centrada en la plurilegislación española, la eventual designación de un Derecho infraestatal al socaire de una codificación europea es abordada exhaustivamente por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», en GARCÍA RUBIO, M. P. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Civitas, 2009, pp. 41 y 43-46.

⁷⁸ Con su mejor o peor acomodación a las posibilidades de elección que ofrece el Convenio de La Haya, WATERS, D. W. M. [(«Rapport de la Commission spéciale/Report of the Special Commission», *ADCLH*, XVI, II, pp. 254 y 256, núm. 32 (francés), pp. 255 y 257, núm. 32 (inglés); «Rapport explicatif/Explanatory Report», *op. cit.*, nota 5, p. 554, núm. 62 (francés), p. 555, núm. 62 (inglés)] hace un inventario de los enunciados más plausibles.

⁷⁹ Mediante la utilización de frases muy semejantes, tanto el Reglamento «Roma II» [art. 14.1 *in fine*: «La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros» [BORRÁS, A. et al. —eds.—, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 20.ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 1362, cursivas nuestras)], como el Reglamento «Roma I» [inciso 2.º del art. 3.1: «Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso» (BORRÁS, A. et al. (ed.), *Legislación...*, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 1294, cursivas nuestras)] se avienen a una selección implícita del Derecho aplicable, con tal que sea indubitada.

⁸⁰ La célebre locución se debe a CURTI GIALDINO, A. («La volonté des parties en droit international privé», *RCADI*, núm. 137, 1972-III, p. 863), bien que, en relación con la *professio iuris*, al ser ésta un negocio unilateral, habría que enmendarla levemente para hablar, con mucha más propiedad, de un «*actum de lege utenda*» (FONTANELLAS MORELL, J. M., *op. cit.*, nota 2, p. 218).

⁸¹ Véase *supra*, § 5.

⁸² Artífice de una teoría general del DIPr erigida a partir de la «jurisprudencia de intereses», KEGEL, A. [«Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», en *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basilea, Helbing &

causante en que se respete por entero su voluntad sea cual sea y se manifieste como se manifieste⁸³: ha designado el Derecho rector de la transmisión *mortis causa* de su patrimonio y lo ha hecho tácitamente, al creer que, en su testamento o pacto sucesorio, ha proporcionado indicios suficientes para que, debidamente interpretado, del mismo se colija su intención de someterse a su ley nacional. Por otro lado, está el interés general de seguridad jurídica, que, conflictualmente, se plasma en la necesidad de prever con el mayor grado de certeza posible el Derecho aplicable⁸⁴; mediante una profesión de ley —mecanismo de previsibilidad por definición⁸⁵—, esta certidumbre máxima solamente puede brindarla una elección explícita, porque la eficacia de una implícita siempre estará a merced de que, en un eventual litigio, el Juez se la reconozca; pudiendo suceder que los mismos elementos probatorios sean diferentemente ponderados por tribunales distintos, dando lugar a decisiones dispares en torno a la existencia —o no— de una *optio iuris*, que en nada favorecen la seguridad jurídica⁸⁶. En esta disyuntiva, ¿qué interés ha de primar? A nuestro parecer, la contestación a esta pregunta debe tomar en consideración un par de datos objetivos: uno, la introducción de la selección —aunque sea bastante limitada— de la ley sucesoria va a significar una innovación de mucho calado para numerosos sistemas comunitarios de DIPr, que no han estado nunca en contacto con la institución, de la que, además, con frecuencia han recelado; dos, el nivel de formación y de experiencia de los órganos jurisdiccionales de los países miembros de la Unión Europea no es homogéneo, ya que, junto a Estados con un poder judicial independiente desde hace siglos, conviven jóvenes democracias en las que éste es de muy reciente creación o consolidación, por lo que sus tribunales carecen todavía de la pericia alcanzada por las magistraturas suiza o alemana, bajo la responsabilidad

Lichtenhahn, 1953, pp. 259-288; (junto a SCHURIG, K.) *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9.ª ed., Múnich, Beck, 2004, pp. 131-161] es quien más ha contribuido al protagonismo de los mismos en la resolución de los conflictos de leyes.

⁸³ Este interés del testador en que a la hora de interpretar sus disposiciones por causa de muerte se indague su verdadera voluntad, se funda en la primacía de esta voluntad, que, en principio, es «ley» de la sucesión [véase VAQUER, A., «The Law of Successions», en BUSSANI, M., y WERRO, F. (eds.), *European Private Law. A Handbook*, vol. 1, Durham (Cardina del Norte), *Sellier European Law Pub.*, 2009, pp. 560-564].

⁸⁴ Con todo, este patrón de seguridad jurídica formal, hegemónico en el DIPr tradicional, ha evolucionado modernamente hacia un paradigma en el que, con intensidad diversa dependiendo del dominio afectado, la certeza tiene que conciliarse indefectiblemente con la justicia material del caso concreto (KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2006, pp. 30-31).

⁸⁵ Para un análisis pormenorizado y crítico de la previsibilidad que la *professio iuris* aporta a una sucesión internacional, véase FONTANELLAS MORELL, J. M., *op. cit.*, nota 2, pp. 264-270.

⁸⁶ Tal como está concebida la PRE, un problema de esta índole podría suscitarse, por ejemplo, a raíz de una aplicación del art. 5, que, a instancia de parte, autoriza a los tribunales del país de la última residencia del causante a transferir un asunto para el que son competentes a tenor del art. 4 a los órganos jurisdiccionales del Estado de la nacionalidad del *de cuius* cuando, habiendo realizado éste una *designatio iuris*, consideren que los segundos están mejor posicionados para pronunciarse sobre la sucesión controvertida. Si, en estas condiciones, se permitiera la profesión tácita, podría acontecer que, ante determinados indicios, el tribunal transferente estimara que se había dado una sumisión implícita a la *lex patriae* y que, en cambio, los jueces transferidos entendieran, ante los mismos indicios, que no había habido elección tácita.

de las cuales, como hemos visto ⁸⁷, la profesión tácita se ha afianzado sin graves contratiempos. Estas dos razones, que reputamos de peso, nos hacen compartir el criterio adoptado por la Propuesta de Reglamento cuando exige que la elección de la *lex successionis* se haga expresamente; exigencia que, si bien puede implicar la desatención de una voluntad implícita del testador, se orienta por encima de todo a la salvaguarda de la seguridad jurídica.

Más que como una hipótesis que haya de plantearse hoy en día o en un futuro inmediato, la admisibilidad de la designación tácita de la ley competente, que preconizan voces de acreditado prestigio ⁸⁸, tiene que ser contemplada, en nuestra opinión, como una opción a medio plazo. Debe recordarse que, como todos los instrumentos comunitarios, la PRE está provista, en su art. 49 ⁸⁹, de una cláusula de revisión periódica para que, al cabo de un tiempo razonable que fijará el Reglamento definitivo, cuando éste lleve unos años de funcionamiento, el texto del mismo pueda, según los resultados habidos, ser objeto de modificaciones y adaptaciones. De ahí que, si la instauración de la *professio iuris* en el Derecho europeo es exitosa y escasamente conflictiva como esperamos, el siguiente paso consista en decidir si es —o no— conveniente franquear la entrada a la elección tácita de la legislación sucesoria, lo que, para nosotros, sería deseable por poco que los tribunales se hagan a la autonomía conflictual en la esfera hereditaria.

4. CONCLUSIONES

Teniendo por seguro que la reglamentación comunitaria en ciernes relativa a las sucesiones transfronterizas incorporará la profesión de ley, uno de los puntos clave de la misma, por la litigiosidad que suele generar, es el de su forma. Respecto de ella, la PRE se aleja de la solución imperante en Derecho comparado, en donde, con la excepción del italiano y —en parte— del suizo, los sistemas autónomos de DIPr consagran por vía legislativa o jurisprudencial la libertad formal. Efectivamente, a pesar del error de bulto que contiene el art. 17.2 de la versión castellana —advertible no bien se compara con las existentes en otras lenguas—, la Propuesta de Reglamento solamente aprue-

⁸⁷ Véase *supra*, §§ 7-9.

⁸⁸ En los inicios del proceso de unificación del Derecho conflictual europeo en el ámbito de las sucesiones, ya el estudio acometido por el DEUTSCHES NOTARINSTITUT [«Étude...», *op. cit.*, nota 5, p. 107 (francés) y p. 270 (alemán)] era partidario de la suficiencia de una designación tácita de ley; punto de vista que más adelante, tras la difusión del *Document de réflexion/Discussion paper*, ha hecho suyo en un espléndido trabajo DUTTA, A. («Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, núm. 73, 2009, pp. 578-579). Después de la publicación, el 14 de octubre de 2009, de la Propuesta de Reglamento, el MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW (*op. cit.*, nota 11, pp. 613-614) continúa abogando por la inclusión de la profesión implícita en el venidero instrumento comunitario.

⁸⁹ Dicho art. 49 anuncia: «A más tardar el [...], la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación» [COM (2009) 154 final, p. 32].

ba una selección *expressis verbis* del Derecho aplicable, quedando fuera del texto, al menos en su redacción actual, la opción tácita.

La justificación de la cauta posición del legislador europeo en este tema debe buscarse en su preocupación por la seguridad jurídica que, a su juicio, tiene que informar la inserción en el Derecho comunitario de una institución como la *professio iuris*, que es extraña a los ordenamientos estatales de muchos países de la Unión. Es verdad que esta prevalencia de la certidumbre jurídica sobre cualquier otra consideración puede acarrear que se desoiga la voluntad real de un causante que ha querido escoger implícitamente la ley reguladora de su sucesión por causa de muerte, pero no parece que éste sea un precio excesivo a pagar para conseguir que la figura obtenga carta de naturaleza entre nosotros. El reconocimiento de la elección tácita del Derecho sucesorio tiene que producirse en una segunda fase de implantación de la autonomía conflictual del *de cuius* en el Derecho de sucesiones, cuando la normativa europea en la materia ya lleve un tiempo prudencial de rodaje y la designación de la *lex hereditatis* ya haya exhibido las bondades que entraña y vencido las reservas con la que algunos aún la acogen.

RESUMEN

LA FORMA DE LA DESIGNACIÓN DE LEY EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO EN MATERIA DE SUCESIONES

El 14 de octubre de 2009, la Comisión de las Comunidades Europeas hizo pública su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones y los Actos Auténticos en Materia de Sucesiones y a la Creación de un Certificado Sucesorio Europeo. En el sector del Derecho aplicable, una de las principales características de la Propuesta es la de dar entrada a la autonomía de la voluntad en un terreno tan tradicionalmente adverso para la misma como el de las sucesiones *mortis causa*. A este respecto, la Propuesta comunitaria regula la forma que ha de revestir la designación de ley hecha por el causante, cuestión que sido objeto de controversia en los países que han reconocido la institución. Pese a la equívoca versión española, el art. 17.2 de la Propuesta exige que la opción de ley se haga expresamente en una declaración que revista la forma de una disposición por causa de muerte. Solución que debe valorarse positivamente, porque una *professio iuris* verificada *expressis verbis* será más fácil de identificar y poner en práctica por jueces poco familiarizados con la figura.

Palabras clave: Derecho internacional privado, Unión Europea, sucesiones por causa de muerte, ley aplicable, designación de la ley aplicable, forma.

ABSTRACT

THE FORM OF THE DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW IN THE EUROPEAN PROPOSAL OF A REGULATION ON SUCCESSIONS UPON DEATH

On October 14, 2009 the Commission of the European Communities launched its Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters

of succession and the creation of a European Certificate of Succession. In the field of applicable law, one of the main features of the Proposal is to admit party autonomy in a sphere as traditionally adverse to it as successions upon death. In this respect, the European Proposal regulates the form that the testator's choice of law should take, a controversial issue in those countries that have acknowledged the institution. Despite the ambiguous nature of the Spanish version, article 17.2 of the Proposal states that the applicable law must be expressly determined and included in a declaration in the form of a disposition of property upon death. This solution should be welcomed, because a choice of law made *expressis verbis* will be more easily identified and put into practice by judges who are not fully acquainted with the institution.

Keywords: Private International Law, European Union, successions upon death, applicable law, determination of the applicable law, form.

RÉSUMÉ

LA FORME DE LA DÉSIGNATION DE LOI DANS LA PROPOSITION DE RÈGLEMENT EUROPÉEN EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS À CAUSE DE MORT

Le 14 octobre 2009, la Commission des Communautés européennes a publié sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Dans le domaine du droit applicable, l'une des principales caractéristiques de la proposition est l'admission de l'autonomie de la volonté dans une matière si traditionnellement hostile à celle-ci comme le sont les successions pour cause de mort. À cet égard, la proposition communautaire discipline la forme que doit revêtir la désignation de loi du *de cuius*, question très controversée dans les pays qui ont connu l'institution. Malgré la version espagnole équivoque, l'article 17.2 de la proposition exige que le choix de la loi applicable soit expresse et contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition pour cause de mort. Cette solution doit être saluée, car une *professio juris* effectuée *expressis verbis* sera plus facilement identifiée et mise en œuvre par des juges peu familiarisés avec la figure.

Mots clés: Droit international privé, Union européenne, successions pour cause de mort, loi applicable, désignation de la loi applicable, forme.