

PACTOS SUCESORIOS DE EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA: LA RESPUESTA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA EN SU RESOLUCIÓN DE 10 DE AGOSTO DE 2020

ELENA ZABALO ESCUDERO
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

La lectura de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DG) de 10 de agosto de 2020 (BOE 257, de 28 de septiembre) merece una reflexión sobre el papel atribuido a la vecindad civil en el otorgamiento de disposiciones *mortis causae*, en el sentido amplio que les atribuye el Reglamento UE 650/2012 (en adelante RS o Reglamento) aplicable a las sucesiones transfronterizas, comprensivo de los testamentos y pactos sucesorios.

Antes de entrar en el análisis del caso concreto, permítaseme recordar algunos aspectos básicos de la ordenación sucesoria en las situaciones transfronterizas y el juego de la vecindad civil.

La vecindad civil (o su ausencia según los casos) entra en escena en las sucesiones internacionales (con elemento extranjero) desde el momento que conforme al citado Reglamento resulta de aplicación la ley española, sea por elección de ley nacional o en su defecto por el juego de la conexión objetiva residencia habitual, o mediante la cláusula de excepción, todo ello de conformidad con el art. 22 del citado texto legal. Y ello, por que en tal caso, y con independencia del cauce por el que la ley española resulte aplicable, es preciso determinar cual de los ordenamientos civiles españoles corresponde aplicar.

El RS opta, como se desprende de su art. 36.1 por el principio de remisión indirecta, de modo que la determinación del ordenamiento civil rector de la sucesión en los sistemas plurilegislativos, ha de derivarse de las normas internas de conflicto de leyes, siendo que solo en su defecto (art. 36.2. A falta de...) podría determinarse directamente, esto es, proyectando al ámbito territorial interno las soluciones conflictuales del propio Reglamento.

Su mandato lleva entonces, en su proyección al ordenamiento plurilegislativo español, a la solución conflictual derivada del art. 16.1 del Código Civil (CC) con su remisión, en este caso, al art. 9.8 del mismo texto legal, norma de conflicto sobre la sucesión aplicable a los conflictos de leyes internos, cuya suma da como resultado que la selección del derecho civil aplicable va a determinarse por la vecindad civil, circunstancia personal que como reza el art. 14 es expresión de vinculación de los españoles con el derecho civil correspondiente.

Tal conexión, prevista para la solución de los conflictos de leyes internos, resulta fallida en la solución de los conflictos de leyes internacionales que han de resolverse por la ley española cuando esta es de aplicación a la sucesión de un extranjero. Y es que el extranjero carece de vecindad civil, ¿cómo determinar entonces cual de los ordenamientos civiles coexistentes es de aplicación?

La pregunta ya ha sido objeto de respuestas en el ámbito académico y en la propia doctrina de la DGRN, y de ellas se colige que, o bien con base en el art. 36.2 del RS que establece soluciones directas a falta de normas de solución de conflictos de leyes internos, o bien, con base en nuestro propio sistema de solución de conflictos internos, colmando la ausencia de vecindad civil con la solución prevista como subsidiaria en el art. 9.10 del CC, al que también remite el 16.1, el extranjero residente en España tiene como ley sucesoria la española y en concreto la correspondiente al Derecho civil del lugar de su residencia.¹

¹ Transcribo a continuación lo ya expuesto en la Ponencia presentada por quien suscribe en las XXVII Jornadas de la AEPDIRI (Bilbao 2017) y a la bibliografía allí citada: «Los conflictos de leyes internos: una perspectiva actual del panorama interregional español» en *Repensar la Unión Europea, Actas de las XXVII Jornadas de la AEPDIRI*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019. pp. 341 y ss.

La insuficiencia de nuestro actual sistema de solución de conflictos de leyes se ha puesto ya de relieve en materia de sucesiones, que falla en el segundo plano, al hacer depender la ley aplicable, en virtud del artículo 9.8 del Código Civil (CC) de la vecindad civil del causante, cuando la ley española deviene objetivamente aplicable a una sucesión internacional en virtud de la residencia habitual (art. 21 Reglamento 650/2012), y el extranjero residente en España carece de vecindad civil. 9. Fundadas opiniones doctrinales, así como alguna reciente Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), ven mejor solución al problema en la aplicación subsidiaria que establece el artículo 36.2 del Reglamento, «a falta de tales normas internas...». La cuestión es que normas internas sobre conflictos de leyes, en el ordenamiento plural español existen, si bien la conexión retenida, la vecindad civil, es exclusiva de los españoles y no puede aplicarse a los extranjeros que residen en España, lo que exige una solución subsidiaria para este caso, que el propio mecanismo interno de solución de conflictos de leyes permite proporcionar, a partir de la remisión del art. 16. 1. del CC al art. 9.10 del Título Preliminar del mismo, que establece, a efectos de determinar la ley personal, como solución subsidiaria en caso de indeterminación o ausencia de nacionalidad, la residencia habitual,

Llegados a este punto, y una vez determinado por el mecanismo conflictual el ordenamiento civil autonómico correspondiente a la residencia del extranjero ¿es posible declarar no aplicable tal derecho a su sucesión por causa de que dicho ordenamiento esta llamado a aplicarse a quienes tengan vecindad civil, o incluso exija expresamente en su normativa el gozar de dicha vecindad para otorgar determinados actos jurídicos?

La respuesta afirmativa no dejaría de crear un círculo vicioso que ignora y sortea la respuesta que el Derecho Internacional Privado e Interregional ofrece a las relaciones privadas vinculadas a diferentes ordenamientos, diferenciándolas de las netamente internas u homogéneas, así como el papel que desempeña la vecindad civil como punto de conexión en las situaciones de interregionalidad y sujeción a un derecho civil determinado. Ello sin recurrir, aunque sin olvidar, al argumento de la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver los conflictos de leyes, a las que pertenece, como punto de conexión la vecindad civil, como ya nos ha recordado reiteradamente el Tribunal Constitucional².

Sin embargo, a tal respuesta afirmativa llega la DG en la Resolución de 10 de agosto de 2020, en la que resuelve el recurso interpuesto frente a la calificación negativa de una escritura de otorgamiento de pacto sucesorio, conforme a la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. A través de dicho instrumento una persona de nacionalidad italiana y con residencia habitual en Ibiza, transmite a su hijo de nacionalidad estadounidense la nuda propiedad de unas fincas y unas participaciones societarias.

El recurso interpuesto frente a tal calificación es desestimado, haciendo remisión argumental en bloque a anterior Resolución del mismo Órgano de 24 de mayo de 2019 (BOE n.º 150, de 24 de junio de 2019) y afirmando lo siguiente (por su interés transcribo literalmente dos párrafos):

En esencia, entre otras consideraciones como la supeditación a la apertura de la sucesión del contenido de las disposiciones mortis causa, allí se decía que no es posible que un extranjero opte por un Derecho foral español —pues la vecindad civil corresponde solo a los

lo que proyectado a la dimensión interna, en la que la ley personal viene determina por la vecindad civil, da como resultado la aplicación de la ley de residencia habitual en estos supuestos.

² Como dejara bien sentado el TC en la sentencia 156/1993 (BOE 127 de 28 de mayo de 1993) cuando afirmaba:

Para situar los términos del enjuiciamiento que sigue basta con constatar, sin embargo, que el precepto impugnado afecta al régimen de determinación de la vecindad civil, vecindad que constituye criterio para apreciar la sujeción a cualquiera de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional y punto conexión, así para la identificación de la <ley personal> en los conflictos de leyes que surjan de aquella coexistencia (arts. 14.1 y 16.1, 1., del Código Civil).

Sobre el tema me remito al trabajo publicado en <http://www.millenniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergencias>.

españoles— y que, adicionalmente a lo anterior, como tema diferenciado, el pacto de definición con entrega de bienes del Derecho balear constituye una norma material de la Compilación, en la que sin perjuicio de su valoración, que afecta por igual a españoles y extranjeros, no permite a quien no tenga vecindad civil de las Islas Baleares la realización de este pacto.

Concluyendo que:

Por todo ello, siendo la presente, desde la perspectiva del Reglamento (UE) n.º 650/2012, una cuestión de validez formal del pacto celebrado que conduce a la circunstancia personal del disponente, consistente en la exigencia de la condición de mallorquín (vecindad civil cualificada), y desde la perspectiva de la Compilación, como indica la jurisprudencia balear citada, una regla material, —basada en la tradición y antecedentes históricos—, ha de confirmarse la calificación del registrador con desestimación íntegra del recurso presentado.

La argumentación y conclusión de la DG en la referida Resolución que trae causa de la citada anteriormente, plantea varias cuestiones que merecen una reflexión desde el Derecho Internacional Privado, contexto desde el que debe abordarse la solución del caso (y no desde el Derecho material), al ser objeto la relación jurídica considerada de dicha disciplina, a la vista de los elementos de extranjería existentes. Y sí, la DG hace gala del conocimiento de la aplicación al caso del Reglamento 650/2012, pero con un mas que cuestionable enfoque sustentado por la consideración de la vecindad civil como un requisito de forma (que en el caso no concurre), para terminar resolviendo al margen de dicha normativa, solo a la vista del Derecho material balear, y también con una mas que dudosa calificación de la vecindad civil, esta vez, como requisito material exigido por el tal ordenamiento.

Yendo al análisis de los párrafos transcritos antes, puede leerse en el primero de ellos que un extranjero no puede optar por un Derecho Foral español, como al parecer sucede en el caso concreto, según se desprende de los hechos que en el otorgamiento la donante manifiesta elección de la ley balear, ley de su residencia habitual.

Y ciertamente la respuesta a tal cuestión es negativa, pero no porque (cita del argumento de la DG) *no es posible que un extranjero opte por un Derecho foral español —pues la vecindad civil corresponde solo a los españoles—*. La razón es que un extranjero no puede realizar una *professio iuris* en favor de un derecho foral de los que coexisten en el ordenamiento español, como tampoco podría realizarla un nacional español. En aplicación del art. 22 del RS solo se permite la elección de la ley nacional como ley sucesoria, y esta es la única opción que existe también para elegirla como ley aplicable al pacto sucesorio (art.25.3). Por tanto, el Reglamento permite a toda persona la elección de la ley de su nacionalidad, pero no trasciende esa elección a la designación de uno de los derechos territoriales en caso de que el Estado de la nacionalidad, como es el caso de España, sea plurilegislativo. La aplicación de uno u otro de los derechos

territoriales ha de designarse según dispone el art. 36 del citado texto legal, y las normas de conflicto de leyes internas a las que remite no permiten elección alguna.

Ello no impide valorar la legalidad de un pacto sucesorio otorgado por extranjeros y entre extranjeros conforme a un determinado derecho foral o especial. ¿Cómo concluir si el pacto es conforme a Derecho? Si el extranjero o extranjeros otorgantes en cuestión residen en un territorio español con Derecho civil propio, el primer paso es determinar su ley sucesoria a la que remite el art. 25.1 R. Y esta será la ley española por ser la de su residencia habitual (salvo que hayan realizado la opción por su ley nacional,) y dado que la residencia se localiza en un territorio con derecho civil propio será el derecho civil de esa Comunidad Autónoma el que proporcionará el rasero legal con el que medir si ese pacto es o no válido.

Y ello con independencia de que la o las partes en dicho pacto hubieran manifestado su voluntad de acogerse a tal Derecho, ya que este aplicará en todo caso por defecto. La base legal de tal afirmación la proporciona el Reglamento en su artículo 36.1 en remisión a las normas de conflicto internas (16., 9,8 y en su defecto 9.10 CC) o si se prefiere 36.2 (a falta de normas internas...), como ya se ha explicado mas arriba.

Dicho esto, no nos cabe duda de que el pacto sucesorio objeto de la Resolución de la DG analizada debe regirse por el derecho civil de Baleares, lugar de residencia habitual de los extranjeros otorgantes, conforme al cual ha sido otorgado válidamente.

Sin embargo, con dos argumentos la DG se opone a dicha conclusión y rechaza el recurso interpuesto frente a la calificación negativa del Registrador. Y tienen que ver con la calificación que se hace de la vecindad civil, entendida ya como un requisito de forma con amparo en el RS, ya como un requisito material con amparo en la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

La consideración de la vecindad civil como requisito de forma se fundamenta en el art. 27.3 del RS que reza como sigue:

A los efectos del presente artículo, las disposiciones jurídicas que limiten las formas admitidas de disposiciones mortis causa por razón de edad, nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales del testador o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tendrán la consideración de cuestiones de forma. La misma regla se aplicará a la cualificación que han de poseer los testigos requeridos para la validez de las disposiciones mortis causa.

La DG ha entendido que la vecindad es una de esas circunstancias personales y se ha de calificar como un requisito de forma, pero desoye el contexto en el que juega esa calificación, que no es otro que el de los límites a determinadas formas de las disposiciones *mortis causae*, no se refiere cuestiones de fondo como es la admisibilidad y validez del pacto sucesorio.

La norma trae causa del Convenio de la Haya de 1961 sobre ley aplicable a la forma de los testamentos, cuyo art. 5 dispone: *A los efectos del presente Convenio, las normas legales que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieran a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma.*

No puede entenderse que de esas normas deriva una calificación de forma de tales cuestiones que afectan a la capacidad o al fondo, sino solo en cuanto constituyan limitaciones para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias en algunas de las formas previstas (ad. ex. límites en razón de la edad para testar en forma ológrafa). En el mismo sentido se lee en el considerando 53 del Reglamento: *Esa ley solo debe determinar si una circunstancia personal como, por ejemplo, la minoría de edad, debe impedir que una persona efectúe una disposición mortis causa de una determinada manera.*

Por ello, como argumenta el recurso de la Notaria de Ibiza (recojo textualmente la cita) para la aplicación de dicho artículo: *La premisa es que tenemos que estar ante cuestiones de forma de las disposiciones (en este caso del pacto sucesorio). Formas limitadas por las circunstancias del testador o condiciones personales del testador... Pero siempre respecto de formas. Y en este caso no estamos ante eso. La afirmación de la resolución en su fundamento de derecho décimo («Son elementos de la validez formal la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador») es sencillamente errónea por discriminada. Saber si un menor puede testar no es una cuestión formal. Saber si un menor de x años puede testar en forma ológrafa sí. Solo una vez admitido el pacto de conformidad al artículo 25 del reglamento, entraría el 27 a regular su forma.*

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que en el supuesto analizado la vecindad civil no puede ser calificada como una cuestión de forma, en tanto no se esta juzgando sobre límites formales de una disposición *mortis causae*, sino sobre la admisibilidad y validez material de un pacto sucesorio otorgado conforme a uno de los derechos territoriales españoles por extranjeros y que pretende la inscripción registral de la escritura de otorgamiento.

Pero aún queda por comentar el último de los argumentos utilizado por la DG como se transcribe mas arriba, cuando afirma que desde el punto de vista de la Compilación el requisito de la vecindad civil juega como un requisito material para el otorgamiento del pacto. Se atribuye así a dicha circunstancia personal una función que no le es propia y se desplaza, de un plumazo, la solución que deriva de las normas de conflicto del propio RS.

Admitir tal argumento equivaldría a sostener que no es factible aplicar ninguno de los Derechos civiles españoles a la sucesión de un extranjero residente, ya que por su condición de extranjero carece de vecindad civil, ni foral ni común. Que algunos legisladores autonómicos incluyan una referencia a la vecindad civil en la regulación de sus instituciones no es mas que el reflejo de la función que ha venido y continua cumpliendo la vecindad civil como criterio de sujeción a los diferentes derechos civiles y punto de conexión principal en

conflictos internos, pero no puede suponer un veto a la aplicación de dichas instituciones a personas que carecen de la misma, por no ser españoles, cuando las normas de Derecho Internacional Privado ordenan la aplicación de dichos ordenamientos en situaciones de internacionalidad.

Por último, debemos recordar aquí la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (STC/2013/93)³, en relación con la delimitación personal que realizaba la Ley Foral de Navarra sobre parejas estables, declarando inconstitucional el art. 2.3, en cuanto establecía la aplicación de la citada Ley cuando uno de los miembros de la pareja tuviera la vecindad civil navarra (transcribo textualmente):

«Sin embargo, es patente que el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE, según hemos ya señalado».

«En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir esta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”. Determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos».

Tras esta lectura, no parece adecuada la respuesta de la DG en el supuesto analizado, cuya consecuencia impediría a los extranjeros residentes en España otorgar un pacto sucesorio conforme a la ley vigente en la unidad territorial de su residencia habitual, como se deriva del RS, haciendo jugar a la vecindad civil un papel que no le es propio, y forzando su calificación, tanto al considerar que es un requisito formal con una interpretación errada del art. 27 del RS, o material desde el Ordenamiento que resulta aplicable.

³ BOE 123, de 23 de abril de 2013.

Y es que una vez mas hemos de poner de relieve la escasa atención del legislador a la normativa reguladora de los conflictos de leyes internos, carente de una revisión coherente y no parcheada como hasta ahora, dependiente de la evolución del derecho material, como ocurrió con la modificación de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 por la Ley 26/2015. La legislación estatal debería prever los resultados a los que conduce la remisión del art. 36.1 del RS a la vigente solución de los conflictos de leyes internos y posibilitar, en aras de la seguridad jurídica, una respuesta certera a las sucesiones transfronterizas a las que resulte aplicable la ley española, ya sea por nacionalidad o por residencia. Solo así se garantizaría el correcto cumplimiento del mandato de la norma europea.