



## **ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS BALEARES**

Vía Roma,4 (07012) Palma de Mallorca  
(Teléf.: 971-712244- Fax.971-718764 e-mail: [colegio@balears.notariado.org](mailto:colegio@balears.notariado.org))

### **COMISIÓN DE CULTURA**

CIRCULAR Nº 21

FECHA: 5-Mayo-2015

---

#### **LEY APLICABLE A LOS ACTOS MORTIS CAUSA**

El Reglamento sucesorio europeo dedica unos artículos del capítulo III a la ley aplicable a los actos mortis causa. En concreto, se trata de los artículos 24 a 27, que vamos a comentar a continuación en este seminario mensual correspondiente al mes de mayo.

Podría pensarse que la ley que rige la sucesión tiene que regir también el testamento o, en general, el acto mortis causa que resulte ser el título sucesorio. Sin embargo, el Reglamento no lo ha dispuesto así; ni siquiera ha dado como norma general una regla que lo presuma. El sistema diseñado tiene un fundamento claro pero que puede llevar a complicaciones quizá no muy justificables.

El Reglamento contiene una normativa diferenciada para los pactos sucesorios y para las “disposiciones mortis causa distintas de los pactos sucesorios”. Esta dualidad de regímenes parece inevitable, pues en los pactos hay dos o más voluntades recíprocamente condicionadas.

Seguimos el orden del Reglamento y dejamos en segundo lugar el comentario a la regulación de los pactos sucesorios.

#### **Ley aplicable a actos mortis causa que no son pactos sucesorios (arts. 24, 26 y 27)**

Esta materia ha sido objeto de atención por el Reglamento para regularla con un tímido principio favorable a la validez material y claramente favorable a la validez formal. Lo

segundo no hace sino recoger una práctica consolidada en el Derecho internacional. Lo primero resulta más novedoso.

*El supuesto de hecho: ¿qué clase de actos mortis causa caben en este apartado?*

El Reglamento no utiliza la palabra “testamentos”, sino, como acabamos de decir, una expresión más genérica, para incluir toda clase de negocios mortis causa que no son pactos sucesorios. Para éstos hay regulación separada en el art. 25. Por tanto, en los artículos que ahora vamos a comentar caben los testamentos de cualquier tipo, incluso orales y especiales por razón de la situación de peligro para la vida o cualquier otra, así como a codicilos y memorias testamentarias.

Puede surgir la duda de si los testamentos mancomunados caben en estos artículos o hay que incluirlos junto a los pactos sucesorios.

El Reglamento contiene una definición de testamento mancomunado en el art. 3.1.c: “el testamento otorgado en un acto por dos o más personas”. Dado que el texto ha sido traducido del francés, y en lengua española no resulta demasiado inteligible, hay que entender “acto” (“acte” en francés) como “documento”. Las versiones en otros idiomas que hemos consultado (alemán, inglés e italiano) no dejan lugar a dudas. La alemana utiliza la palabra “Urkunde” (documento), la inglesa “instrument”, y la italiana, “documento”. Hubiera sido desear un poco más de cuidado en la traducción. No es el primer caso de errores importantes, como ya hemos visto al tratar la competencia.

Nosotros entendemos que el testamento mancomunado es un “testamento” y no un pacto sucesorio. Creemos que éste el criterio del Reglamento, a la vista del 3.1.c, y que además es lo lógico, porque hay una diferencia, al menos, muy importante entre testamento y pacto: el primero es revocable y el segundo, no. Esta diferencia es esencial, pues en el primero no hay “contrato”. La dificultad puede aparecer porque en los testamentos mancomunados hay, o puede haber, disposiciones respectivamente condicionadas, redactadas como si fueran un contrato. La correspondencia no impide la revocación unilateral, aunque sí puede obligar a realizar notificaciones. Sólo cuando la revocación unilateral no sea posible estaremos en presencia de un pacto. En último término, a falta de la aparente claridad en el supuesto de hecho, se tratará de interpretar la voluntad de las partes: ver si quisieron vincularse excluyendo la posibilidad de revocación unilateral.

La calificación como testamento y no como pacto sucesorio tiene una consecuencia importante en cuanto a la ley aplicable, ya que no regirá la norma del art. 25 que impone que el pacto sólo es admisible si lo es según la ley aplicable a la sucesión de cada uno de los otorgantes, norma a la que en seguida nos referiremos.

*La validez material.*

La regla primeramente aplicable es la que remite, en cuanto a la “admisibilidad y a la validez material” a la “ley que en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiera fallecido en la fecha de la disposición”. No se tiene en cuenta la Ley que hubiera resultado aplicable en el momento de apertura de la sucesión. La consecuencia es que en caso de conflicto móvil, la ley sucesoria no coincidirá con la ley que rige el acto mortis causa.

Un ejemplo: un holandés con residencia habitual en Holanda otorga testamento en este país sin elegir la ley aplicable a su sucesión. Posteriormente, traslada su residencia habitual a España, donde fallece sin haber otorgado ninguna otra disposición mortis causa. La ley que rige la sucesión es la ley española, pero la admisibilidad y validez material del testamento se rigen por la ley holandesa.

Otro ejemplo: el mismo caso, pero el sujeto holandés elige la ley holandesa como ley aplicable a su sucesión, incluido el testamento. Aquí resulta que la ley holandesa es la ley que rige la sucesión, y la ley que rige la admisibilidad y validez material del testamento es también la ley holandesa. El hecho de haber tenido en España la última residencia habitual ha resultado irrelevante.

El choque entre las dos leyes puede resultar grave en diversos supuestos.

Un ejemplo de esto puede ser el siguiente, referido a la admisibilidad del testamento: una persona otorga testamento conforme a la ley del Estado de su residencia habitual, por ejemplo España. Al fallecer tiene residencia habitual en un Estado que no permite disponer mortis causa por testamento. El testamento, según esta última Ley, no puede tener efecto. Si quienes conocen de la sucesión son tribunales o autoridades españoles, tendrán que dar validez al testamento. No entramos ahora en si en este caso las autoridades españolas deberían tener en cuenta otros argumentos para negar la admisibilidad del testamento otorgado; por ejemplo, que se rompe, en una cierta manera, la unidad sucesoria. Otra cosa es fijar la eficacia práctica de esta regla, o sea, la eficacia práctica de una eventual decisión judicial de un Estado miembro en ese Estado no miembro, ya que si el Derecho de éste último no admite el testamento, será difícil aplicar dicha decisión judicial en dicho Estado. Si quienes conocen de la sucesión son tribunales o autoridades de este último país, actuarán seguramente como si el testamento no se hubiera otorgado; podría alegarse contrariedad al orden público interno.

Afortunadamente, la cuestión de la “admisibilidad” no resulta especialmente problemática en el ámbito de los países de la Unión europea, aunque sí puede serlo en terceros Estados. Todos los países de la Unión admiten el testamento.

Otro ejemplo: una persona otorga testamento ológrafo y la ley del Estado de su residencia habitual al tiempo del otorgamiento no lo permite. No realiza elección de ley aplicable al testamento. Al tiempo de fallecimiento tiene residencia en un Estado distinto, que sí admite la validez de un testamento ológrafo. No volvió a otorgar ninguna disposición mortis causa. Según el art. 24, el testamento no es admisible, y deberá abrirse la sucesión intestada. Ese testamento no surtirá efecto en ninguna de sus cláusulas, aunque sea perfectamente válido, en cuanto al fondo y en cuanto a la forma, según la *lex successiois*. Esto no resulta muy satisfactorio. Sin embargo, la norma es la que es y no la podemos cambiar. El Reglamento podría haber dispuesto que los actos mortis causa serían admisibles y válidos si tal admisibilidad y/o validez estuviera reconocida por la ley aplicable al tiempo del otorgamiento o por la ley aplicable al tiempo del fallecimiento (*lex successiois*). Pero no lo ha hecho. Este problema se habría, no obstante, evitado, si el testador hubiera realizado elección de ley.

Ponemos también un ejemplo referido no a la admisibilidad del testamento, o de un tipo de testamento, sino a la validez material de éste: una persona de vecindad civil mallorquina otorga testamento en Argentina, donde reside habitualmente, sin instituir

heredero, lo cual es válido según el Derecho argentino. Según el Derecho de Mallorca, el testamento es nulo. El testador muere veinte años después en Mallorca, donde ha tenido su última residencia habitual, sin cambiar el testamento. La Ley aplicable a la sucesión, si el testador hubiera fallecido al tiempo de otorgar testamento, habría sido la ley argentina; pero dado que la última residencia habitual ha sido en Mallorca, la ley que rige la sucesión es la mallorquina. Habrá que considerar que el testamento es válido. Esta solución puede parecer poco satisfactoria o muy discutible para algunos. Más adelante volveremos sobre estos casos en que el contraste entre Derechos resulta tan radical.

Esta regla del art. 24 del Reglamento rompe la unidad de la Ley sucesoria y resulta llamativa. Además remite a un momento que no es el del fallecimiento del causante, sino al de otorgamiento del negocio. Da una regla al conflicto móvil que se plantea cuando una persona tiene una residencia habitual (o nacionalidad, en caso de *professio juris*) al tiempo de testar y otra distinta al tiempo de fallecer.

No obstante, creemos que resolver el conflicto móvil no ha sido la finalidad de esta norma. Y en tal caso se podría haber dado otra regla más satisfactoria. El propósito ha sido seguramente otro: al otorgar el acto *mortis causa*, el causante seguramente está teniendo en cuenta un Ordenamiento determinado; la organización patrimonial que diseña puede quedar modificada, poco o mucho, si se aplica a toda la sucesión un Derecho distinto; por tanto, hay que intentar mantener la validez del acto *mortis causa* y de todo lo dispuesto en el mismo, porque es lo que ha querido el testador. Esta finalidad tiene un fundamento defendible. De rebote se ha dado también una solución al conflicto móvil, aunque en esto la solución resulta criticable por su rigidez; no se permite apreciar cuál es la Ley más estrechamente vinculada al causante o la herencia. En todo caso, obsérvese que la solución al conflicto móvil se refiere a la validez material, no a la validez formal, que muy probablemente quedará siempre salvada por las reglas del artículo 27.

La norma del art. 24 es parecida, pero no igual, a la que recoge el art. 9.8 CC: “las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”.

La norma de este art. 9.8 CC es una norma tendente a favorecer la validez del acto *mortis causa*.

La “ley nacional” del art. 9.8 ha sido sustituida por el Reglamento europeo por la ley de la residencia habitual del testador o disponente al momento del otorgamiento o, en caso de *professio juris*, a la ley de la nacionalidad en ese momento. Sólo en este último caso coinciden ambas normas. Obsérvese que el Reglamento no se refiere a la ley de la nacionalidad al tiempo de fallecer si resultare distinta de la ley de la nacionalidad al tiempo del otorgamiento. Como se ve, la finalidad de la norma europea no es realmente salvar la validez del acto *mortis causa*: si éste no es válido según la ley que lo rige, no desplegará ninguna eficacia, aunque fuera válido con arreglo a la ley sucesoria “general”. La finalidad tiene que ser la otra que acabamos de señalar: mantener en todo lo posible la organización del destino post-mortem de los bienes que el causante ha realizado. En palabras del Considerando 7: “En el espacio europeo de justicia, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión”. Y como añade el Considerando 48: “Para garantizar la seguridad jurídica a las personas que deseen

planear su sucesión, el presente Reglamento debe establecer una norma específica en materia de conflicto de leyes respecto de la admisibilidad y validez material de las disposiciones mortis causa.”

Nuestro compañero de Zaragoza Adolfo Calatayud ha escrito en la Revista Jurídica del Notariado (nº 86-87) que entre la regla del Reglamento y la del CC hay importantes diferencias, ya que la primera no es una regla de solución de conflictos móviles, sino **una especie de ley sucesoria anticipada**, de forma que las disposiciones contenidas en el testamento o pacto sucesorio sólo pueden encontrar amparo en la ley a que remite el art. 24, no en la ley sucesoria, “por lo que aquellas disposiciones conformes a ésta pero que no lo sean a la ley del testamento carecerán de validez. En este punto, nuestro art. 9.8 resulta más satisfactorio, ya que es más conforme con el principio favor testamenti y con el respeto a la voluntad del testador”. Estamos plenamente de acuerdo.

Todo esto lleva a la cuestión de qué materias se rigen por la ley sucesoria y cuáles por la ley del acto mortis causa, a la que ahora vamos a tratar de responder. Dicho con otras palabras: hay que precisar qué se entiende por “validez material” de la disposición mortis causa.

La ley sucesoria tiene que regir, en principio, las materias enumeradas por el art. 23. No obstante, resulta que en este artículo 23 se enumeran materias que no se refieren al acto mortis causa ni a lo que pueda regularse por éste, pero también otras que pueden perfectamente haber sido reguladas por un causante en un acto mortis causa. De ahí la dificultad. **Notemos que esta dificultad se da (sólo) en el caso de que la ley que rige el acto mortis causa sea una ley distinta de la ley sucesoria. Y no olvidemos que el causante puede hacer que ambas coincidan.**

Lo relativo a la apertura de la sucesión (letra a del art. 23), la capacidad para suceder (letra c) y la incapacidad para suceder por causa de indignidad (letra d) nos parece que debe regirse por la ley sucesoria, tal como dispone el art. 24 porque son materias extrínsecas al acto mortis causa.

Lo que ha sido legítimamente regulado por el causante de conformidad a la ley que rige el acto mortis causa tiene que ser aplicado. Lo que no haya sido regulado por el causante, aunque se trate de materias que el causante podría haber regulado según la ley que rige el acto mortis causa, se regirá por la ley sucesoria y no por la ley del acto mortis causa. Nos basamos en que el art. 24.1 se refiere a lo que el causante haya regulado; es decir sólo a esto; y nos basamos también en que la ley sucesoria es, como hemos dicho, la ley de aplicación general, de forma que la aplicación de la ley que rige el acto mortis causa, o cualquier otra, tiene que tener un apoyo legal bastante que excluya la aplicación de aquélla.

El problema es cuando se produzca un choque entre, de una parte, lo regulado por el causante según la ley que rige el acto mortis causa y, de otra parte, normas imperativas de la ley sucesoria.

Quizá ver supuestos concretos aporte algo de claridad.

La transmisión a herederos y legatarios de los bienes, derechos y obligaciones (letra e del art. 23) se regirá por la ley sucesoria en tanto que el testador no haya dispuesto nada sobre ello, como condiciones, términos o modos, o no haya dado reglas especiales para los casos de renuncia.

También se rige por la ley sucesoria la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia (letra g) y la parte de libre disposición, las legítimas y restricciones a la libertad de testar (letra h). En este último caso, si la ley sucesoria deja algún ámbito a la autonomía de la voluntad, como suele ser el caso de los Ordenamientos de nuestro entorno, lo ordenado por el causante deberá ser respetado en tanto no viole normas imperativas. Por ejemplo, los legados en pago de legítimas deberán respetarse, en su caso, sin que los legitimarios puedan exigir una partición de la herencia para cobrar de otra manera.

También la partición de la herencia se regirá por la ley sucesoria (letra j) siempre que no la haya realizado el testador. Si la ha realizado el testador válidamente según la ley del acto mortis causa, tal partición tiene que prevalecer, pues es principio de la regulación del Reglamento favorecer y mantener la organización del destino post-mortem de los bienes realizado por cada causante.

La desheredación (letra d) es un supuesto difícil de resolver. Parece claro que las legítimas tienen que regirse por la ley sucesoria. En tal caso, la posibilidad de desheredar y la forma y efectos de su realización deben quedar también regulados por la lex successionis, no por la del acto mortis causa.

Las facultades de los herederos, ejecutores y administradores (letra f). Admitida la validez del testamento, no nos cabe duda que tienen que respetarse las disposiciones del testador sobre estas materias. El límite está, a nuestro juicio, en las normas imperativas de la ley sucesoria que deban ser aplicadas. Por ejemplo, si el testador autoriza al albacea a vender bienes hereditarios, ello podrá realizarse tal como se ha dispuesto en el acto mortis causa; pero si hay legitimarios, y la ley sucesoria no permite disponer sin el consentimiento de éstos, el albacea no podrá vender sin cumplir este requisito.

La colación de liberalidades, llámese ésta como se llame en cada Ordenamiento, es una cuestión especialmente espinosa. Si hay disparidad de regulaciones ¿cuál debe prevalecer?

Nos referimos a lo que se denomina en sentido técnico “colación”: que determinados herederos tomen de menos en la partición, o incluso tengan que restituir, por el equivalente a lo que hubieran recibido en vida de su causante. No nos referimos a ninguna operación para el cálculo de legítimas.

Si la colación es impuesta por la ley sucesoria contra la voluntad del testador, es muy difícil mantener que debe prevalecer la ley del acto mortis causa que no la imponga.

Es una situación similar a la que se plantea en materia de legítimas. Cabe sostener que tanto legítima como la colación impuesta al testador se encuentran citadas por el Considerando 50, cuando dice que “La ley que, en virtud del presente Reglamento, rija la admisibilidad y validez material de una disposición mortis causa y, en relación con los pactos sucesorios, los efectos vinculantes entre las partes, no debe menoscabar los derechos de ninguna persona que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, tenga derecho a legítima o a cualquier otro derecho del que no pueda verse privado por la persona de cuya herencia se trate.” (la cursiva es nuestra). Obsérvese que el causante no tiene que tener la facultad de dispensarla. De todas formas, este supuesto resulta muy poco frecuente en los Derechos de nuestro entorno. Daría igual lo que disponga la ley del acto mortis causa.

Si la colación la impone la ley sucesoria sólo en defecto de previsión del causante, y éste no dispone nada sobre la materia, se deberá colacionar, ya que no se trata del ámbito que el art. 24.1 asigna a la ley del acto mortis causa, pues ésta sólo se refiere a

las disposiciones del causante, no a toda la regulación supletoria. Entendemos que lo que disponga la ley reguladora del acto mortis causa sobre la colación resulta irrelevante.

Un caso distinto se dará cuando la ley sucesoria imponga la colación en defecto de previsión del causante y éste se refiera expresamente en el acto mortis causa a la colación, ya sea para excluirla o para imponerla. La regulación por el causante parece un argumento a favor de la aplicación de la ley que regula el acto mortis causa, entre otras razones porque es la normativa que el causante tiene –o debe tener– in mente en el momento de disponer. Entendemos que este argumento lleva a que se aplique la normativa sobre colación de la ley del acto mortis causa y no la que se contenga en la ley sucesoria.

Puede pensarse que la solución que damos en los dos primeros casos va contra un principio de la regulación del Reglamento, cual es el mantenimiento de la organización patrimonial realizada por el testador. Pero ¿puede mantenerse esto en presencia de normas imperativas?

Por lo dicho, el ámbito de esta ley a que se refiere el art. 24, cuando no es la Ley que debe regir la sucesión, es más limitado de lo que a primera vista parece. Sin embargo, hubiera sido de desear un poco más de precisión en la regulación del Reglamento. Lo que ha regulado, que se encuentra en el art. 26, no es suficiente.

Al ámbito de la validez material de toda disposición mortis causa se refiere de forma positiva el art. 26 del Reglamento, aplicable por tanto también a los pactos sucesorios.

Según este art. 26, la validez material incluye:

1-La capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa.

Por tanto, esta cuestión no queda vinculada a la capacidad “en general” de la persona y no se rige por la ley personal. Tampoco se rige por la lex successionis en todos los casos en que se haya otorgado alguna disposición de última voluntad.

El art. 9.1 CC no puede aplicarse a esta materia.

La capacidad a que se refiere este apartado no es lo que llamamos, un poco impropriamente, “capacidad jurídica”. Esta materia está excluida del ámbito del Reglamento por el art. 2.1.b, como hemos dicho al principio de este trabajo. Resulta innecesario, y perturbador, que este art. 2.1.b excepciona lo dispuesto en el art. 26. Se trata de materias distintas. El art. 26 sólo se refiere a la capacidad de obrar, y ni siquiera en general, sino a los solos efectos de otorgar disposiciones mortis causa.

Tiene sentido que la capacidad para este tipo de actos se haya de regular por la Ley que rija el acto que se otorga. Se reduce así el número de leyes aplicables a la sucesión y se eliminan problemas de coordinación, aunque sea a costa de introducir una escisión en la regulación de la capacidad de obrar de la persona.

2-Las causas específicas que impidan al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquél.

En el caso del Código Civil español, se trata por ejemplo de las prohibiciones de disponer a favor del confesor, tutor o notario a que se refieren los arts. 752 a 754 CC.

Las prohibiciones que establezca la Ley que regula la validez material se aplicarán con independencia de que el notario o funcionario que haya redactado el texto o intervenido en el otorgamiento las conozca o haya podido informar o asesorar sobre las mismas. Los problemas de conocimiento de Derecho extranjero que se pueden plantear al notario

hacen recomendable que se incluya la advertencia, de forma expresa, de que el notario no puede informar acerca de estos extremos.

3-La admisibilidad de la representación a efectos de realizar una disposición mortis causa.

Nos parece claro que la cuestión de la representación no es una cuestión de forma del acto mortis causa. El Reglamento así lo confirma.

Podía haber elegido entre la *lex successionis* y la ley aplicable al negocio de disposición mortis causa, y ha elegido esta última.

Así, por ejemplo, si el testamento se otorga por apoderado, y ello es posible según la Ley aplicable a la validez material del testamento, pero no lo es según la *lex successionis*, el otorgamiento del testamento será válido. Pero no a la inversa. Este caso no es teórico, aunque nos parece poco usual; puede darse, especialmente en los testamentos ológrafos y en aquellos testamentos que se otorguen ante notario en que éste no tenga conocimiento de la ley aplicable a la validez del testamento. Si la *lex successionis* lo permitiera, se daría, no obstante, una situación paradójica.

Esta regla no favorece ni perjudica las disposiciones mortis causa realizadas por terceros. Simplemente resuelve el conflicto que puede plantearse eligiendo una de las dos leyes posibles. Parece lógico que se haya inclinado por la ley que rige el acto mortis causa. El favorecimiento se habría dado si hubiera admitido la validez en caso de que cualquiera de las dos leyes permitiera la actuación del tercero. Pero no ha sido así.

4-La interpretación de la disposición mortis causa

Como se ve, el Reglamento pretende que la mayor cantidad de cuestiones posibles relacionadas directamente con el negocio mortis causa se rijan por la ley que regula la validez material de éste, en caso de ser distinta de la *lex successionis*.

También nos parece lógico que la interpretación del acto mortis causa se rija por la ley reguladora de éste, ya que es la ley más “cercana”.

Es discutible si en esta materia entra no sólo la interpretación en sí, sino también los medios de interpretación. Por ejemplo, si cabe la llamada “prueba extrínseca”, o sea, la interpretación del testamento por hechos o declaraciones ajenas al propio testamento. Esta cuestión está muy próxima a la ley que rige el fondo de la sucesión. No obstante, lo referente a los medios de interpretación no deja de ser una cuestión entroncada con la interpretación en sí, por lo que entendemos que ambas deben regirse por la misma ley; o sea, por la ley que rige la validez material del negocio mortis causa.

5-El fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o la voluntad del disponente.

Parece lógico que esto se regule por la ley que rige la validez del negocio, ya que está íntimamente unido al mismo.

Nos podemos **plantear si el listado del art. 26 es o no exhaustivo**. La frase con la que empieza el artículo no dice que la enumeración sea exhaustiva ni ejemplificativa. Carrascosa González da por supuesto que la lista no agota todos los supuestos, lo cual compartimos, e incluye entre las materias que se regulan por la ley que rige la validez del testamento, las siguientes, además de las que expresamente cita el artículo:

La necesidad de que el testamento contenga o no institución de heredero. Si la ley que rige la validez material regula si el testamento es o no admisible, con mayor razón



tendrá que regular si el testamento puede referirse a una sucesión parcial o totalmente testada.

El régimen jurídico de las acciones para declarar la validez o nulidad del negocio mortis causa.

La posibilidad del testador de establecer sustituciones fideicomisarias.

Las condiciones que el testador puede establecer a los herederos.

Nosotros compartimos esta tesis. Precisamos que la ley que rija el acto mortis causa regulará no sólo las sustituciones fideicomisarias, sino cualquier otra, incluso el ámbito de la sustitución pupilar, y también términos y modos.

En el art. 26 también hay una regla favorable a la actuación del disponente sobre lo ya otorgado, sea testamento o pacto sucesorio, en caso de conflicto móvil: si el otorgante tiene capacidad según la ley aplicable al tiempo del otorgamiento, la modificación posterior de la ley aplicable no afectará a “su capacidad para modificar o revocar dicha disposición”.

El art. 26 merece un comentario favorable, pero aun así, si tenemos en cuenta toda la normativa aplicable al caso en que se haya otorgado testamento, y nos damos cuenta de los problemas a que puede llevar la vigencia simultánea de dos Ordenamientos distintos, concluiremos que lo mejor es, desde el punto de vista de la seguridad preventiva, conseguir que ello no se produzca. Hay que recomendar al causante que acuda a otorgar testamento que actúe de forma que esa dualidad de leyes no se produzca, o que en caso de discordancia futura otorgue nuevo testamento para evitar los problemas de coordinación.

#### *El testamento mancomunado*

Todo lo que acabamos de comentar sobre el art. 24 se complica un poco más si lo referimos al testamento mancomunado, que se refiere a más de una sucesión. El Reglamento no contiene ninguna norma específica sobre esta materia.

Ponemos algunos ejemplos para apreciar mejor el problema.

Ejemplo 1: dos cónyuges con igual nacionalidad y residencia habitual otorgan testamento mancomunado. En este caso, no se plantean problemas de coordinación de Derechos distintos.

Ejemplo 2: dos cónyuges de distinta nacionalidad, pero con la misma residencia habitual, que no cambia tras el fallecimiento del primero. En este caso, si no hay elección de ley, el Derecho aplicable a cada sucesión será el mismo.

Ejemplo 3: dos cónyuges de igual o distinta nacionalidad, pero tras el fallecimiento del primero, el otro cambia su residencia habitual a otro Estado, donde fallece. Si no ha habido elección de ley, el testamento se rige, para ambas herencias, por la ley del lugar de la residencia habitual de ambos cónyuges al tiempo de otorgarlo. La peculiaridad de este supuesto es que la ley sucesoria “general” que rige la herencia del cónyuge que fallece en segundo lugar será una ley distinta a la que rige el testamento. Pero esto no viene provocado por ser el testamento un testamento mancomunado.

Ejemplo 4: dos cónyuges que tienen distinta residencia habitual en el momento del otorgamiento del testamento. Este supuesto no es muy habitual, al menos entre españoles, pero sabemos que se da en la práctica. En este caso, las disposiciones ordenadas por cada cónyuge se rigen por la respectiva ley aplicable a cada uno, que es la de residencia habitual al tiempo de testar. Este es un caso en que, desde el punto de vista notarial, conviene recomendar que los cónyuges otorgantes elijan la ley aplicable al testamento. Aunque no hay que olvidar que no pueden elegir la ley de la residencia habitual si es distinta de su respectiva ley nacional (al otorgar o al fallecer).

La solución de que las disposiciones de cada otorgante se rijan por la respectiva Ley plantea el problema de las disposiciones correspectivas. De entrada, creemos que la apreciación de la correspectividad no necesita basarse en una ley; se basa, y se deduce, del testamento. El problema está en los efectos de la correspectividad; o dicho de otra manera, en precisar qué ocurre cuando uno revoca el testamento y el otro no, o cuando por cualquier razón las disposiciones de uno no pueden tener efecto. Si el testamento contiene una institución recíproca de heredero y uno la revoca o la Ley aplicable la considera ineficaz ¿se mantiene la del otro?

Se nos ocurren dos soluciones. Una, aplicar por analogía la solución que da el Reglamento en el art. 25 para los pactos sucesorios: la disposición sólo tiene efecto si lo puede tener en todas las Leyes aplicables. Otra solución es considerar que el Reglamento no regula la cuestión y que cada disposición se mantiene, aunque sea correspectiva. Si hay que notificar la revocación al otro otorgante es algo que se regirá por la Ley aplicable a las disposiciones que se revocan. A partir de ahí, que el otro otorgante decida qué debe hacer. Nos inclinamos por esta segunda postura, pues es más favorable al mantenimiento del testamento, que creemos es un principio inspirador de la regulación. Téngase en cuenta que la existencia de disposiciones recíprocamente condicionadas no es lo mismo que un pacto sucesorio, que subsiste sólo si se mantiene el acuerdo de voluntades. Y que el reglamento ha regulado el pacto sucesorio de manera separada a todo lo que no es pacto sucesorio.

Cuestión distinta es asegurarse de que estamos en realidad ante un testamento mancomunado y no ante un pacto sucesorio. Ya hemos visto más de un caso de actos mortis causa otorgados en forma ológrafa por extranjeros que ha sido titulado “pacto sucesorio” cuando de sus disposiciones parece que no se ha excluido la revocabilidad individual. Se trata de interpretar cada caso, teniendo en cuenta que lo que vale es lo que realmente se ha dispuesto y no el nombre usado por el o los otorgantes.

### *El ámbito de la voluntad del causante en esta materia*

El reglamento contiene una regla que quita rigidez a la regla que acabamos de comentar, aunque complica un poco más todo el fenómeno sucesorio.

Se trata de la norma de párrafo 2º del art. 24, que permite al disponente “escoger como ley que rija la admisibilidad y validez material de su disposición mortis causa aquella que el artículo 22 le permite elegir, en las condiciones que dicho artículo establece”.

Por tanto, la jerarquía de criterios es un poco distinta de lo que a primera vista parece: la ley que rige la admisibilidad y validez material de las disposiciones mortis causa distintas de los pactos sucesorios es, en primer lugar, la ley que haya elegido el causante y sólo en defecto de esta ley, se regirá por la ley aplicable a la sucesión en el momento del otorgamiento.

La ley que puede elegir el causante sólo puede ser una de las leyes previstas en el art. 22; o sea, la ley nacional en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Podrá elegir cualquiera de las dos, ya que el art. 24 efectúa una remisión completa al art. 22 en esta cuestión.

Así, por ejemplo, un causante argentino que tenga residencia habitual en España puede elegir como ley aplicable al testamento que otorgue en España la ley argentina, por ser la de su nacionalidad actual o, si prevé que va a adquirir en el futuro la nacionalidad italiana, puede elegir ésta. Puede resultar chocante que el Reglamento permita esto, cuando la ley aplicable al testamento, en defecto de elección, sería la ley española, y la ley sucesoria, si tampoco se elige ésta, sería la ley española si el causante tiene en España su última residencia habitual; a efectos de ésta última, sería por tanto irrelevante también cualquier residencia anterior, incluida la que se tuviera al tiempo de testar.

No vemos razón para limitar la elección a la ley nacional del causante en el momento de otorgar la disposición testamentaria. La imposibilidad de elegir la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento tendría que haber sido prohibida por el Reglamento para entenderlo así. Pero no hay tal prohibición.

Puede parecer que la elección a que se refiere este art. 24 es la misma a que se refiere el art. 22. La elección del art. 24 sería así, no una elección limitada a la ley que deba regir la admisibilidad y/o la validez material del acto mortis causa, sino una elección de la ley aplicable a la sucesión, que incluiría necesariamente todo lo referente al acto mortis causa.

¿Puede realizarse lo primero sin lo segundo? Esto es, ¿puede limitarse el testador, al elegir ley aplicable, a elegir ley aplicable a la admisibilidad y/o validez material del testamento, sin decir nada sobre la ley aplicable a las restantes cuestiones sucesorias? ¿Puede elegir leyes distintas, una para el acto mortis causa y otra para la sucesión en general?

Como argumentos en contra de la elección de leyes distintas pueden darse los siguientes:

Es cierto que la literalidad del inciso primero del art. 24 parece dar pie a permitirlo, ya que se refiere a la “ley que rija la admisibilidad y validez material de su disposición mortis causa” pero las palabras finales “en las condiciones que dicho artículo establece” parecen matizar lo anterior.

En todo caso, la literalidad no puede resultar un argumento suficiente.

No se debe olvidar que el Reglamento se ha pronunciado claramente por la unidad de la ley sucesoria, por lo que toda excepción deberá ser interpretada de forma ceñida a su ratio (en sus justos términos, diríamos usando otras palabras). No parece que este art. 24 permita romper tanto la unidad de la ley aplicable.

Diversos autores (Carrascosa González, Adolfo Calatayud) que han tratado la cuestión se han inclinado, no obstante, por la independencia de la elección de ley del acto mortis causa respecto de la ley sucesoria “general”.

Nosotros nos adherimos a esta tesis. No vemos razón suficiente para impedir una elección de ley limitada al acto mortis causa.

No obstante, desde el punto de vista de la seguridad preventiva, hay que informar bien al causante para sea bien consciente de lo que haga. La elección de Ley tiene como finalidad permitir la organización patrimonial que el causante prefiera; no se trata de

complicar “excesivamente” o sin mayores motivos el procedimiento sucesorio futuro. Lo mejor es que una misma Ley rija todo.

Si hemos respondido afirmativamente a esta cuestión, no queda más remedio que responder también afirmativamente a la segunda cuestión: admitida la desvinculación entre la ley sucesoria y la ley del acto mortis causa, el causante puede elegir una ley distinta para cada materia. No obstante, en la práctica no podemos recomendar esto, porque va a complicar la sucesión futura. Tampoco creemos que elegir leyes distintas sea algo que pueda interesar a un causante.

La elección de la ley sucesoria, sin decir nada expresamente acerca de si esa ley debe regir también los actos mortis causa, ¿implica esto último? Desde el punto de vista teórico, la respuesta debiera ser negativa. El Reglamento regula ambas elecciones separadamente; y no dice que la elección de ley sucesoria implique elección de la ley rectora del acto mortis causa.

Desde el punto de vista práctico, se trata en primer lugar de una cuestión de interpretación de la voluntad del testador. En principio, si del texto del acto mortis causa no se deduce otra cosa, entendemos que la elección de ley sucesoria no implica que esa Ley se aplique también al acto mortis causa. De todas formas, desde el punto de vista de la seguridad jurídica preventiva lo mejor será precisar esto expresamente, para que no se planteen dudas.

En todo caso, la elección de ley que rige el acto mortis causa no debe interpretarse como elección de ley aplicable a toda la sucesión. Esta conclusión es más clara en el Reglamento, aunque en la práctica siempre habrá que averiguar con cuidado la voluntad del causante.

Todo esto obliga a que el Notario que autorice un testamento con “elementos” internacionales examine las posibles leyes que pueden ser aplicables, tanto a la sucesión en general, como al testamento; y en caso de posible pluralidad de leyes, informe al testador y recomiende que se otorguen disposiciones, incluido seguramente una cláusula de elección de ley aplicable –al testamento y a la sucesión en general- para que una sola Ley rija toda la sucesión.

La elección de ley en caso de testamento mancomunado hay que considerarla posible, aunque el Reglamento no haya dado ninguna norma especial sobre este supuesto. Los otorgantes podrán elegir de manera individual la ley que rija su respectiva sucesión, ya que cada herencia es independiente de la otra. Pero entendemos que sólo se puede elegir una única ley que rija el testamento. Esta ley tiene que elegirse por acuerdo de todos los testadores, lo que no deja de ser un “pacto”. Pero hay que entender que esto no limita la revocación del testamento. Sí limita, por la propia naturaleza de las cosas, la revocación de la elección de ley.

Hubiera sido de desear que el Reglamento contuviera alguna norma sobre esta cuestión.

### *Contraste con los criterios aplicables anteriores al Reglamento.*

A continuación vamos a contrastar la aplicación del Reglamento en materia de Ley aplicable a actos mortis causa con los criterios aplicables hasta la entrada en vigor de éste.

No había hasta ahora convenio internacional suscrito por España sobre la Ley reguladora de la sucesión ni sobre la validez material de los actos mortis causa. No obstante, hay que tener en cuenta el convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, no suscrito por España, sobre Ley aplicable a las sucesiones mortis causa, porque hay algún país europeo que lo han suscrito y puede darse el caso de nacionales de dichos países a los que les pudiera ser de aplicación.

En el Derecho internacional privado español, la Ley reguladora del fondo de la sucesión se ha venido determinando por el art. 9.8 CC, ya que España no ha suscrito Convenios internacionales sobre la materia. El art. 9.8 CC remite a la Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, aunque con un amplio respeto a las disposiciones mortis causa ordenadas conforme a una Ley distinta, que precisamente ha tenido que ser la ley nacional del testador o disponente en el momento del otorgamiento.

El contraste con el Reglamento europeo es grande.

Ponemos algunos casos:

1-Testamento por comisario otorgado por persona que al fallecer tiene nacionalidad española, vecindad civil común y residencia habitual en Madrid, pero que al testar tenía nacionalidad de otro Estado que permitía testar por representante, si bien el causante tenía su residencia habitual en Madrid.

En aplicación del art. 9.8 CC este testamento sería válido. El Código Civil no permite el testamento por comisario pero sí permite mantener la validez de éste si fue válidamente otorgado según la Ley nacional del testador al tiempo del otorgamiento.

Con el nuevo Reglamento, las reglas cambian. La ley que debe dar amparo al testamento por comisario no es ya la Ley nacional del causante al tiempo de otorgarse el testamento, sino la ley que según el Reglamento sucesorio rija ese testamento. En principio, será la ley de la residencia habitual del causante al tiempo del testamento, si no hubo elección de ley por la que debe regirse el testamento. Como esta ley no admite el testamento por comisario, el testamento será nulo y habrá que abrir la sucesión intestada. Esto no resulta satisfactorio.

Si hubo una válida elección de ley que rija el testamento, habrá que estar a lo que disponga ésta, sin importar la residencia habitual del causante, ni al tiempo de otorgarse el testamento ni al tiempo del fallecimiento.

2-Testamento ológrafo hecho en el extranjero por persona de nacionalidad española, sin estar todo él escrito de puño y letra por el testador. El testador era residente en país que sí acepta esta forma de testar, pero fallece teniendo residencia habitual en España.

Este testamento es nulo según el Código Civil español. Y según el art. 9.8 CC, la ley aplicable sería precisamente el Código Civil español.

Con el nuevo Reglamento, hay que estar, en defecto de elección de ley aplicable, a la ley del lugar de la residencia habitual del testador al tiempo de otorgarse el testamento. Según esta ley, el testamento es válido, y el cambio de residencia habitual a España es irrelevante.

3-Testamento mancomunado

En el ámbito del Código Civil español, la prohibición de testamento sucesorio no sólo se da para el ámbito interno (art. 669: “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”) sino que se contiene en una norma (art. 733) de Derecho internacional privado de carácter material e imperativo: “No será válido en España el

testamento mancomunado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado”.

Antes de la entrada en vigor del Reglamento, un tal testamento otorgado por causante/s de vecindad civil común sería nulo.

Con el nuevo Reglamento, si la ley que rige la sucesión lo admite, será válido. Igualmente será válido aunque la ley sucesoria no lo admita si lo admite la ley que según el art. 24 del Reglamento debe regir el testamento mancomunado.

**Atención:**

Estos ejemplos **no los hemos planteado como casos de Derecho transitorio**. Los otorgamientos de estos ejemplos han tenido lugar tras la entrada en vigor del Reglamento.

Para los casos de Derecho transitorio hay que tener muy en cuenta la disposición transitoria 3ª del Reglamento: la disposición mortis causa otorgada antes del 17 de agosto de 2015 será admisible y válida en cuanto al fondo y a la forma si cumple las condiciones del capítulo III o si cumple las condiciones de admisibilidad y validez en cuanto al fondo y la forma en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se elección, en el Estado en que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía o en el Estado miembro de la autoridad que sustancie la sucesión.

*La forma de las disposiciones mortis causa*

El Reglamento dedica a esta materia el extenso art. 27, aplicable a todo tipo de disposiciones mortis causa realizadas por escrito, incluidos los pactos sucesorios, inspirado en el criterio de favorecer la validez de las disposiciones.

Obsérvese que el art. 27 no se refiere a las disposiciones mortis causa realizadas de forma oral. El Reglamento ha excluido expresamente de su ámbito de aplicación a éstas últimas (art. 1.2.f), como hemos dicho al comentar el art. 1.

Este artículo 27 hay que integrarlo con la norma del art. 75, según el cual el Reglamento “no afecta a la aplicación de los convenios internacionales de los que sea parte uno o más Estados miembros en el momento de adopción del presente Reglamento y se refieran a materias reguladas por él”, y en especial, el párrafo segundo de este art. dispone la aplicación preferente del conocido Convenio de la Haya de 1961: “En particular, los Estados miembros que son partes contratantes 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 seguirán aplicando lo dispuesto en ese Convenio, en lugar del artículo 27 del presente Reglamento, en lo que atañe a la validez en materia de forma de los testamentos y testamentos mancomunados.”

Los Estados de la Unión Europea que han ratificado el Convenio de la Haya de 1961 a fecha 27 de julio de 2012, fecha de publicación del Reglamento 650/2012 en el Diario oficial de la Unión Europea, son los 16 (del total de 27) siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Suecia. A fecha de hoy (junio de 2015) no hay más países de la Unión que hayan ratificado ni suscrito el Convenio. En España, el Convenio está en vigor desde el 10 de junio de 1988. Es decir, se aplica a

sucesiones abiertas a partir de esta fecha. Es irrelevante la fecha de otorgamiento del testamento; puede ser anterior o posterior al 10 de junio de 1988.

Los tribunales y autoridades españoles deben aplicar, dado que España es parte del Convenio, las normas de éste en lugar del Reglamento, en lo que se refiere a testamentos y testamentos mancomunados. En cuando a pactos sucesorios, se trata de materia no regulada por el Convenio, por lo que las autoridades españolas habrán de estar al Reglamento.

Por ello, realizamos a continuación una breve referencia a este Convenio de la Haya del año 1961.

El art. 1 del Convenio se inspira, al igual que el Reglamento, en el principio del favor testamenti. Dispone que una disposición testamentaria es válida si se ha otorgado conforme a la *lex loci celebrationis* (misma regla que la primera regla del art. 11 CC) pero también si se ha otorgado conforme a la Ley de una nacionalidad poseída por el testador (ya sea al testar o al fallecer), a la Ley del domicilio del testador (ya sea al testar o al fallecer) o a la Ley de la residencia habitual del testador (ya sea al testar o al fallecer) y, respecto de inmuebles (sólo de éstos) la *lex rei sitae*. No hace falta, como se ve, que la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual correspondientes a la Ley que admite la validez formal del testamento se tengan por el testador al tiempo del fallecimiento.

El art. 3 del convenio permite que los Estados admitan la validez de las formas testamentarias según Leyes distintas de las mencionadas. Así, será válido el criterio de la *lex substantiae*, que admite el art. 11 CC, al que podrá acudir cuando ninguno de los otros criterios del art. 2 del Convenio permita salvar la el testamento en cuanto a su forma, lo cual no obstante será rarísimo.

Las reglas del Convenio se aplican, según el art. 6, aunque el testador tenga la nacionalidad de un Estado no parte del Convenio y aunque la Ley aplicable designada por el Convenio sea la ley de un Estado no parte del Convenio

Los criterios del art. 2 no se encuentran jerarquizados. Un testamento será válido en cuanto a la forma si ésta se ajusta a cualquiera de las leyes que ese artículo enumera. Y será válido en todos los Estados que han suscrito el Convenio. A efectos del Derecho internacional privado español, hay que entender que la vigencia del Reglamento europeo no afecta a la aplicación del criterio de la *lex substantiae*.

Lo que deba entenderse por cuestiones de forma se contempla en el art. 5 que “a los fines de la presente convención, las prescripciones que limiten las formas de disposiciones testamentarias admitidas y se conecten con la edad, la nacionalidad u otras cualidades personales del testador, se considerarán como pertenecientes al ámbito de la forma”. También es cuestión de forma las circunstancias que deben poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria.

En relación a la edad, es doctrina casi unánime que no incluye la capacidad, por lo que ésta deberá regirse por la Ley que corresponda.

Según el art. 4 “la presente convención se aplica igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas”.

El art. 4 se refiere, según algunos, sólo a los requisitos de forma de los testamentos mancomunados y según otros, a la admisión/prohibición del testamento mancomunado.

Ejemplo: Testamento mancomunado otorgado por cónyuges alemanes al tiempo del otorgamiento, que vinieron a residir a Baleares y han fallecido con nacionalidad española y vecindad civil de las Islas. ¿Es válido ese testamento mancomunado o debe considerarse nulo?

La respuesta dependerá de cómo se interpreten las palabras “forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documentos por dos o más personas”. Hay opiniones doctrinales para todos los gustos. Como argumento a favor de que estamos ante una cuestión de fondo y no de forma se ha dicho que la regla antes citada del art. 4 del Convenio no existiría si el problema del testamento mancomunado fuese problema de forma (Rivas Martínez) y que el Convenio deja a cada Ordenamiento decidir si el testamento mancomunado es una cuestión de fondo o de forma. Nosotros nos inclinamos por entender que es una cuestión de fondo, ya que en el testamento mancomunado las disposiciones se otorgan conjuntamente y pueden estar respectivamente condicionadas; no se trata simplemente de que un mismo documento recoja dos o más declaraciones de voluntad. Carrascosa, por el contrario, entiende que el Convenio ha considerado esta cuestión como cuestión de forma y no de fondo.

En consecuencia, la posibilidad de impugnación de la adjudicación de herencia que se base en ese título sucesorio es grande (vid. art. 733 CC) si los herederos instituidos en el testamento mancomunado no son los mismos que heredarían si tal testamento fuera nulo, y por ello mismo también es grande la posibilidad de que el propio Notario autorizante sea demandado. Así que creo que no se puede pretender por ningún otorgante que un Notario autorice una escritura de adjudicación de herencia con base en tal testamento mancomunado sin que consientan todas las personas que tendrían derecho sobre la herencia si tal testamento mancomunado fuera declarado nulo. Es decir, no pueden alegar los otorgantes que la actuación notarial es obligatoria (y exigir del Notario que autorice la escritura) si hay semejante posible causa de impugnación y no se someten al criterio del Notario para que consientan todas las citadas personas.

Otra cosa es que el Notario acepte autorizar la escritura, pues hay razones (razonables, valga la expresión), que pueden ser muchas a la vista del caso concreto, para defender su validez. En mi opinión, podría autorizarse si las posibilidades de impugnación parecen muy escasas a la vista del concreto caso, pero en tal caso el Notario debería advertir claramente a los otorgantes, ya en el mismo documento ya en otro separado, que el título sucesorio puede ser atacado y la adjudicación basada en el mismo anulada judicialmente (por lo que los otorgantes que pretendan la autorización deben eximir de responsabilidad al Notario en tal caso). Y lo mejor sería en todo caso, conseguir la ratificación de todos o del mayor número de los posibles herederos que resultarían si tal testamento mancomunado fuera declarado nulo o ineficaz (algo que quizá no resulte fácil).

El principio del convenio es claramente el favor testamenti. Entendemos que el Convenio impide, a las materias que regula, la aplicación de la regla del art. 11.2 CC, que dice: “Si la Ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en caso de otorgarse aquellos en el extranjero”. Una resolución de la DGRN de 6 marzo 1997 así lo declaró.

Volvemos al Reglamento europeo.



Resulta que los criterios del art. 27 son los mismos que los del Convenio. La diferencia está en que el Reglamento regula conjuntamente las reglas aplicables a todo tipo de negocios mortis causa; o sea, no sólo disposiciones testamentarias, sino también pactos sucesorios. Reiteramos que para España el art. 27 del Reglamento sólo es aplicable en la medida en que regula cuestiones no reguladas por el Convenio de La Haya de 1961.

Lo que se entienda por cuestiones de forma también es lo mismo. Así lo dispone el art. 27.3: “las disposiciones que limiten las formas admitidas de disposiciones mortis causa por razón de la 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 tener los testigos requeridos para la validez de las disposiciones mortis causa.” La diferencia está en que el Reglamento se refiere aquí también tanto a disposiciones testamentarias como a pactos sucesorios.

#### Ley aplicable a los pactos sucesorios (arts. 25, 26 y 27)

Esta materia se regula por reglas propias contenidas en el art. 25.

La referencia genérica a “pactos sucesorios” permite entender incluidos aquí todos sin excepción, ya se trate de pactos sobre la sucesión de una o varias personas (pacta de succedendo) o pactos de renuncia (pacta de non succedendo). Entendemos que los pactos cuyo objeto es exclusivamente (obsérvese que decimos “exclusivamente”) la herencia de un tercero no son pactos sucesorios, sino contratos excluidos del Reglamento sucesorio, pues la materia no es directamente una materia sucesoria.

El criterio que se acoge es el mismo que el relativo a las demás disposiciones mortis causa del art. 24. La norma lo explica distinguiendo los pactos que se refieren a la sucesión de una sola persona y los que se refieren a la sucesión de varias personas.

Si el pacto se refiere a la sucesión de una sola persona se rige por la Ley aplicable a la sucesión si el causante hubiera fallecido a la fecha de otorgamiento del pacto. Esta Ley rige lo relativo a “admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución”.

El comentario que hemos realizado al referirnos a las disposiciones mortis causa distintas de los pactos sucesorios es aplicable también aquí. La norma se repite. Y los problemas de su ámbito material de aplicación, también. Al igual que en el primer caso, esta regla rompe la unidad de la Ley sucesoria y remite a un momento que no es el del fallecimiento del causante, sino al de otorgamiento del negocio.

Lo que añade el art. 25, que por la propia naturaleza de las cosas no se dice en el art. 24, es la referencia a los “efectos vinculantes entre las partes”. Esta vinculación se rige por la ley que regula el pacto sucesorio, y no por la *lex successionis*, en caso de sean distintas. Esto resulta lógico.

En consecuencia: si la ley que rige la sucesión no admite la validez del pacto, éste se mantiene si lo admitía la ley sucesoria que se hubiera aplicado en caso de fallecer el

otorgante al tiempo del otorgamiento. En cambio, no será válido si no lo admite esta última ley, aunque sí lo admita la Ley que efectivamente rige la sucesión.

Un ejemplo para apreciar las consecuencias del art. 25: como sabemos, el Código Civil español no admite, como regla, los pactos sucesorios; esta prohibición se contiene en el art. 1271 CC: “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”.

Pues bien, imaginemos que un español de vecindad civil común con residencia habitual en Alemania, cuyo Derecho sí admite los pactos sucesorios, otorga un contrato con su esposa, también española y de vecindad civil común, por el que instituye heredera única a ésta (y a la inversa), pero en el que no elige la Ley aplicable a tal pacto. Años después traslada su residencia habitual a Sevilla, donde fallece sin haber otorgado nunca testamento. La ley aplicable a su sucesión sería el Código Civil español, que no admite el pacto sucesorio, pero la norma del Reglamento da validez a ese pacto sucesorio.

¿Hasta este extremo llega la “fuerza” del nuevo Reglamento europeo? Obsérvese que si no fuera por el Reglamento quizá se podría alegar contrariedad con el orden público y abrir la sucesión intestada. La cuestión del orden público tampoco puede tratarse, tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento, como si éste no existiera, ya que contiene una norma sobre esta materia (ya comentada). Y téngase en cuenta que quizá no sería necesario, si el Reglamento no estuviera vigente, acudir al orden público para negar la aplicación de ese pacto sucesorio en España; bastaría alegar el art. 1271 del Código. También hay que notar que, en realidad, el ejemplo que hemos puesto, es un caso en el que se podría defender que es de Derecho interno y que la normativa comunitaria no debe interferir en la aplicación del Derecho español a la herencia de un español con residencia habitual en España, con sus herederos en España y quizá con todo su patrimonio en España.

Desde luego estos argumentos causan una fuerte impresión, pero entendemos que no pueden impedir la aplicación del art. 25 del Reglamento. Recordamos que las autoridades españolas tienen que aplicar de oficio las normas de Derecho internacional privado vigentes en España y el Reglamento es por tanto de aplicación inexcusable. Y el criterio del Reglamento es que esa regla se aplique.

Si el pacto se refiere a la sucesión de más de una persona, el apartado 2 de este art. 25 distingue por un lado la admisibilidad del pacto y por otro la validez material y los efectos vinculantes entre las partes. La regulación de la sucesión se complica bastante, ya que por un lado puede estar la *lex successionis*, que regirá en todo lo que no sea admisibilidad del pacto, ni validez material ni vinculación entre las partes, por otro lado puede estar la ley que regula la admisibilidad del pacto, y por otro lado puede estar la ley que regula la validez material y la vinculación entre las partes. Tres leyes cuya aplicación puede dar lugar a múltiples problemas.

El art. 25.2 sienta una regla parecida al art. 25.1, pero adaptada al caso de varios causantes, que es más limitativa de la eficacia del pacto: el pacto será admisible “únicamente” si es conforme a la ley que “hubiera sido aplicable a la sucesión de cada una de ellas si hubieran fallecido en la fecha de conclusión del pacto.” Es decir, todas las Leyes aplicables tienen que admitir el pacto. Basta que una no lo admita para que el pacto no sea admisible. Esta norma es drástica. Evita muchos problemas pero anula

completamente la voluntad de todos los otorgantes. Todas sus disposiciones se pierden. Habrá que actuar como si el contrato no se hubiera otorgado.

**Esta norma se refiere sólo a la admisibilidad.** A nada más. No a la validez material ni a la vinculación entre las partes.

La validez material y la vinculación entre las partes plantean un problema cuando la sucesión de cada contratante se debe regir por una Ley distinta. Esto se resuelve por el Reglamento imponiendo una única Ley a ciertos efectos: el pacto sucesorio se regirá “en cuanto a su validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución” por la Ley, entre las que rijan la sucesión de cada otorgante, que presente una vinculación más estrecha.

Esta regla puede ser una fuente de discusiones entre las partes y un problema para las autoridades y funcionarios que deban aplicarla en el ámbito extrajudicial. Sin embargo, desde el punto de vista de un legislador, resulta difícil precisar más. Quizá debiera haberse dispuesto que la Ley aplicable sería la que los otorgantes hubieran elegido, aun a costa de restringir la eficacia del pacto, ya que en defecto de elección el pacto quedaría ineficaz.

La facilitación del problema vendrá por la vía de la elección por las partes de la ley aplicable.

En materia de pactos sucesorios también se permite la elección de Ley aplicable, pero con limitaciones. El apartado 3 del art. 25 dispone que se puede elegir la ley que una de las personas de cuya sucesión se trate hubiera podido elegir según el art. 22. Es decir: la ley de la nacionalidad que tenga en el momento del fallecimiento o en el momento de realizar la elección.

Esta Ley regirá la admisibilidad del pacto sucesorio, la validez material y los efectos vinculantes para las partes, incluidas las condiciones para su resolución.

Entendemos que la elección de ley es independiente de la elección que puede realizarse de la ley aplicable a la sucesión “en general” de los otorgantes. Esta última regirá todo lo que no se refiera a la admisibilidad del pacto, validez material y vinculación entre las partes.

Entendemos también que cada otorgante puede elegir la ley aplicable a su propia sucesión en todo lo que no haya de regirse por la ley que rija el pacto sucesorio.

Y no parece posible que se realice una elección de ley relativa a la admisibilidad del pacto sucesorio y otra elección de ley aplicable a la validez material y a la vinculación entre las partes. La inseparabilidad de estas dos últimas cuestiones nos parece fuera de discusión. Pero la inseparabilidad de las cuestiones relativas a la admisibilidad también resulta de la norma. La mención conjunta de las tres así parece indicarlo. Ello, aparte de la conveniencia de no implicar demasiadas leyes en la sucesión. Ya hay bastante con las leyes aplicables según el Reglamento.

Reiteramos que nos parece recomendable, al igual que hemos mantenido para los otros actos mortis causa, que una misma Ley rija toda la sucesión, lo que deberá tener muy en cuenta el Notario para aconsejar a los causantes lo que proceda.

Carlos Jiménez Gallego  
Notario de Palma  
Palma, 4 de mayo de 2015