

El problema de la interacción entre las sucesiones y las donaciones con elemento internacional a la luz de la norma de conflicto

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

Magistrado - Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco

En primer lugar, quiero que sirvan estas líneas de homenaje a nuestro querido don Javier Oleaga Echevarría, miembro venerable de una estirpe de juristas que tanto ha aportado al Derecho de nuestra tierra y en nuestra tierra, y maestro para todos los que lo practicamos; con ellas no pretendo hacer un trabajo exhaustivo que queda fuera de mi alcance científico, sino una humilde contribución a su recuerdo, que probablemente plantee más dudas que las que resuelva.

Entrando en la materia, debemos recordar que de entre los diferentes modos de adquirir la propiedad a que se refiere el artículo 609 del Código civil la sucesión y la donación tienen la nota común de la gratuidad que las hace en cierto modo complementarias la una de la otra, de suerte que la donación puede convertirse en una sucesión anticipada, y, también, en una forma de vaciar las expectativas hereditarias de los legítimos; es por eso que el artículo 636 del Código –sistemáticamente ubicado dentro de la regulación de la donación– expresamente dice que “ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento” declarando a renglón seguido como inoficiosa la donación en todo lo que exceda de esta medida. Es decir, que el Código partía de la preponderancia de la sucesión forzosa sobre la donación como negocio sin limitaciones para las partes.

Sin embargo, la aplicación de esta regla se complicaba cuando en alguna de las transmisiones –fuese la sucesión o la donación– existía un elemento internacional que nos hacía acudir a la norma de conflicto.

Así, desde la entrada en vigor del Decreto 1836/1974, de 31 Mayo, por el que se aprueba el Texto articulado del Título Preliminar del Código civil, nos encontramos con las siguientes normas de conflicto:

- a) Por un lado las sucesiones se rigen por el artículo 9.8 del Código civil, del siguiente tenor literal: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuen-

tren. Sin embargo, 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 rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.”

- b) En relación con las donaciones, el artículo 10.7 del Código establece que “*se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante*”.

Estas normas de conflicto suponían por un lado que el legislador mantenía el criterio tradicional del Código de que la donación no es en Derecho español un contrato, al dotarla de una norma de conflicto propia distinta de la regulada para estos en el artículo 10.5, a pesar de la complejidad doctrinal de la cuestión, y por otro, que, a salvo de los supuestos de conflicto móvil por cambio de nacionalidad entre el momento de la donación y el de la sucesión y las peculiaridades de los dos últimos párrafos del artículo 9.8, nos encontrábamos con que la norma de conflicto nos remitía en ambos supuestos a la misma ley, con lo que las soluciones eran en la mayor parte de los casos coordinadas. De esta forma la donación efectuada por un español estaba sujeta a la misma ley que su sucesión, por lo que el citado 636 reforzaba la posición jurídica de sus legitimarios.

Sin embargo, la entrada en vigor del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 supuso un cambio radical en esta materia, ya que si bien dejaba fuera de su ámbito las cuestiones sucesorias sí que incluía entre los contratos sujetos al mismo las donaciones; solución que se mantiene con el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –el llamado “Roma I”–, que sustituye al anterior y sobre el que centraremos nuestros comentarios.

Aquí debemos recordar en primer lugar que el Reglamento se refiere, por su propia definición, a las donaciones contractuales, con lo que la

primera cuestión a tener en cuenta es que en el Código civil la donación no es un contrato, sino un modo de adquirir la propiedad. ¿Significa esto que, en aplicación del artículo 12.6 del Código civil los operadores jurídicos españoles no pueden recurrir a la norma de conflicto de “Roma I”? Pues, siguiendo la doctrina sobre la materia, especialmente bien explicada en la obra del profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ que se cita en la bibliografía, debemos decir que no, que cabe la aplicación de las normas conflictuales derivadas de “Roma I” por los operadores jurídicos españoles en las llamadas donaciones contractuales.

Dicho esto, el siguiente punto a tener en cuenta es la norma de conflicto contenida en “Roma I” para las donaciones, que no es sino la general, por no existir regla especial aplicable; por tanto, la donación se registrá:

- En primer lugar, por la ley libremente elegida por las partes (art. 3.1); ley que debemos recordar, no tiene por qué tener relación con la donación en sí, es decir, no tiene que ser ni la del donante, ni la del donatario ni la del lugar en que se encuentre el bien objeto de donación.

En una operación eminentemente unilateral como es la donación, en la que el donatario se limita a aceptar se ha planteado por la doctrina si las partes pueden elegir una ley, concluyéndose que sí, al aceptar éste la donación con todas las condiciones impuestas por el donante.

- A falta de elección, en el caso de los bienes inmuebles se aplicará la ley del lugar en que se encuentran, en aplicación del artículo 4.1.c). En el resto de los bienes aplicará la norma del artículo 4.2, es decir la ley de la residencia habitual de la parte que realice la prestación característica del contrato, condición que razonablemente recaerá en el donante; residencia habitual que obviamente no tiene por qué coincidir con su ley nacional.

Estas normas de conflicto, que se descoordinan con las establecidas en el Código civil para las sucesiones nos plantean una interesante cuestión:

¿qué ocurre si se pacta la sumisión a una ley que no reconoce legítimas para una donación que supone una merma de éstas conforme a la Ley que rige la sucesión? ¿Puedo evitar de esta manera la aplicación del 636 del Código civil, que no nos olvidemos, se encuentra dentro de la regulación de la donación?

Una interpretación agresiva y contraria a las legítimas nos podía llevar a una respuesta positiva; así dando a la donación un carácter internacional, lo que es fácil simplemente transfiriendo los fondos a un país extranjero, podría defenderse la aplicación de Roma I, y el consiguiente sometimiento a una norma sustantiva que no reconozca las legítimas y que por tanto carezca de una regla análoga a la del 636.

Sin embargo, esta respuesta debe matizarse convenientemente; en primer lugar, porque como bien sabemos el artículo 7 del Código civil dice en su apartado primero que “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*” y en el segundo que “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*”.

Adicionalmente el artículo 3 del Reglamento “Roma I” dedicado a la libertad de elección de ley aplicable al contrato introduce los siguientes matices en sus apartados 3 y 4:

“3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Es decir, que el propio Reglamento matiza la libertad de elección de ley cuando considera una eventual aplicación “al límite” de la misma.

Y esto, como veremos, es importante. Por ejemplo ¿qué ocurriría si un residente en Bilbao dona a otro residente en Bilbao unos fondos depositados en Luxemburgo sometiendo la donación a la normativa inglesa, que –en principio– desconoce las legítimas? ¿Es suficiente el elemento internacional para justificar la aplicación de la norma de conflicto de Roma I? Porque está claro que nos encontramos ante la donación “contractual” de bienes depositados en el extranjero, con lo que en principio daría entrada a la norma de conflicto, y que la norma sustantiva que rijan la donación se superpondrá sobre la regla del 636, vaciándola de contenido, por lo que el donante podría evitar las legítimas que eventualmente gravasen su sucesión conforme a su ley personal.

¿Y si los fondos hacen un viaje de ida y vuelta a Bilbao en pocos meses? ¿Nos encontraríamos ante un supuesto de mala fe o abuso de derecho?

Creo que es difícil dar una respuesta apriorística, siendo determinante la realidad concreta de la operación; probablemente en el supuesto de los fondos de ida y vuelta debemos considerar nulo el sometimiento a una ley extranjera, porque la donación carece de un elemento internacional real –aquí podría entrar en juego la cláusula “anti elusión” del apartado 3 del artículo 3 de “Roma I”–; más complicado sería si nos encontramos ante un patrimonio que lleva tiempo en el extranjero o de un inmueble cuya donación se sometería a *lex rei sitae* a falta de elección expresa.

Adicionalmente, debemos recordar lo que dice el artículo 819 del Código civil, este sí, dedicado a las sucesiones –esto es, sometido a la norma de conflicto del 9.8– que dice:

“Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.

Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”.

Por tanto, es igualmente defendible considerar que la donación hecha por un español y sometida a una normativa extranjera podría ser igualmente reducida en cuanto fuese inoficiosa, a tenor del mencionado precepto.

En todo caso nos encontramos ante una cuestión susceptible de interpretación y de una cierta complejidad; además el elemento internacional probablemente daría competencia a los Tribunales de otros países, lo que nos podría llevar incluso a un problema de “*fórum shopping*” y al peliagudo “principio de relatividad de soluciones”, sobre el que no nos extenderemos pero que puede dar lugar a resultados diversos e incluso contrapuestos.

La buena noticia es que la entrada en vigor del Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (el vulgarmente –que no oficialmente– llamado “Roma IV”), tal y como veremos, nos soluciona esta cuestión para las sucesiones acaecidas a partir del 17 de agosto de 2015.

Porque su artículo 23, relativo al ámbito de la ley aplicable dice expresamente:

“1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión.

2. Dicha ley regirá, en particular:

(...)

h) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos;

i) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y ...”

Es decir, que expresamente reconoce como materia sucesoria todo lo relativo a la inoficiosidad, colación o reducción de donaciones, lo que hace que la ley que regule éstas sea irrelevante a estos efectos.

En conclusión, hay un período entre septiembre de 1993 y agosto de 2015 en el que las normas se encuentran descoordinadas, pudiendo surgir problemas interpretativos que a la fecha no han sido resueltas por nuestros Tribunales; a partir de esta última fecha no será posible burlar las legítimas por medio de una donación sometida a una ley distinta de la determinada por las normas de conflicto contenidas en “Roma IV”, ya que su artículo 22 es claro.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V. “*Comentario del Código Civil*” Editorial Bosch. Madrid 2006.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “*Derecho internacional privado*” 13ª Edición. Editorial Comares. Granada 2012

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “*Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones antes y después del Reglamento Roma I*” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, No 2, pp. 320-327.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis, CASADO ABARQUERO, Marta y MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto. “*Derecho internacional privado*” 11ª Edición. Colección Códigos Básicos. Editorial Aranzadi. Cizur Menor 2013.

PALAO ROMERO, Guillermo. “*Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*” Cuadernos Digitales de Formación. N° 40. CGPJ. 2010.