

# LOS WILL SUBSTITUTES Y EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO\*

## WILL SUBSTITUTES AND THE EUROPEAN REGULATION IN MATTERS OF SUCCESSION

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Investigadora doctoral  
Universidad de Murcia*

Recibido: 05.11.2015 / Aceptado: 24.11.2015

**Resumen:** Este trabajo analiza el ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento Sucesorio Europeo para llegar a la conclusión de que el mismo no es aplicable a las instituciones propias de *common law* conocidas como *will substitutes*, y por lo tanto que la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y la validez extraterritorial de decisiones relativas a estos sustitutos del testamento se han de determinar en base a otras normas.

**Palabras clave:** sustitutos del testamento, promesa de testamento, negocios post mortem, pactos sucesorios, competencia judicial internacional, ley aplicable, validez extraterritorial de decisiones.

**Abstract:** This paper analyses the material scope of application of the new European Successions Regulation, to conclude that this legal instrument is not applicable to *will substitutes*, and that, therefore, international jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of decisions related to these instruments shall be determined in accordance to other legislative acts.

**Keywords:** will substitutes, contract to make a will, agreements as to succession, international jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement.

**Sumario:** I. Introducción: los diferentes sistemas de Derecho sucesorio en Europa. II. Los *will substitutes* como figuras propias del *common law*. III. Los *will substitutes* y el Reglamento sucesorio europeo. 1. Exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo. 2. Excepción a la exclusión: la obligación de computar las donaciones a fin de determinar las cuotas sucesorias de los beneficiarios. 3. Normas de Derecho internacional privado aplicables a los *will substitutes*. A. Competencia judicial internacional. B. Ley aplicable. C. Validez extraterritorial de decisiones. IV. Conclusiones.

### I. Introducción: los diferentes sistemas de derecho sucesorio en Europa

1. Equilibrar autonomía de la voluntad y la protección de los miembros de la familia ha sido siempre uno de los problemas cruciales del Derecho de sucesiones de los Estados europeos. Así, las soluciones adoptadas por los sistemas nacionales han variado enormemente, existiendo una gran línea divisoria en el corazón de Europa entre los sistemas de tradición civilista y los de tradición anglosajo-

---

\*El trabajo es uno de los resultados del contrato FPU de la autora, financiado por la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia (Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

na<sup>1</sup>. De este modo, en los sistemas de *civil law* los herederos forzosos tienen un papel muy importante mientras que en las jurisdicciones de *common law* el énfasis se encuentra en mayor medida en la libertad testamentaria, asegurándose la protección de algunos miembros familiares a través de mecanismos menos rígidos (*family provisions*).

2. En consecuencia de lo anterior, las disposiciones por causa de muerte también tienen forma distinta de un Estado Miembro a otro. Los testamentos se encuentran generalmente reconocidos, pero los sistemas de *common law* ofrecen un rango más amplio de herramientas para la disposición *mortis causa* de los bienes, incluyendo los pactos sucesorios, testamentos mutuos, *trusts mortis causa*... Todas estas instituciones de tienen carácter sucesorio en sus sistemas de origen<sup>2</sup>. Pero además de poder prever el destino de su patrimonio mediante instituciones sucesorias, en los países de *common law* se permite al causante utilizar toda una variedad de instituciones legales que no tienen carácter sucesorio con la misma finalidad de determinar en vida el destino que se desea dar al patrimonio para el momento del fallecimiento. Estas instituciones se conocen como “*will substitutes*” o “sustitutos del testamento”<sup>3</sup>.

3. Los *will substitutes* no se diferencian en su función jurídica de los testamentos propios de la tradición civilista, ya que los mismos pretenden que el beneficiario reciba los bienes tras el fallecimiento del causante y no percibe ganancia alguna ni dispone de derecho alguno durante la vida de éste. No obstante, están muy extendidos en los países de *common law* porque presentan dos diferencias principales con los testamentos:

4. En primer lugar, a través de los *will substitutes* el título de la propiedad de los bienes se transfiere al beneficiario durante la vida del causante, mientras que en el testamento no hay ninguna transferencia de título hasta el fallecimiento del causante.

5. En segundo lugar, existe una importante diferencia desde el punto de vista práctico, consecuencia de la anterior, puesto que estas instituciones permiten excluir ciertos bienes del caudal de la sucesión. Crean una especie de “patrimonio separado” transmisible con independencia del patrimonio sucesorio del causante<sup>4</sup>. En efecto, dado que el título de propiedad se transmitió antes del fallecimiento del causante, no es preciso obtener del tribunal anglosajón el tradicional documento denominado “*probate*”, necesario para toda sucesión testamentaria en los países de *common law* en que se utilizan estos instrumentos<sup>5</sup>.

6. Estos instrumentos alternativos al testamento se ha expandido por numerosas razones: en ocasiones el objetivo es anticipar la transmisión en vida del patrimonio del causante independientemente de las formalidades y límites de la herencia (sobre todo para eludir las cuotas a los herederos forzosos), en otras ocasiones, el objetivo es asegurar la transmisión de la propiedad durante la vida del causante pero posponer los efectos de esa transmisión al momento de la muerte de la persona, y en otras son usados simplemente para obtener un tratamiento fiscal más ventajoso<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> A. BONOMI, “Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members” en M. ANDERSON / E. ARROYO, *The Law of Succession: Testamentary Freedom: European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 27.

<sup>2</sup> G. SOUDNEY, *L'estate planning: optimization civile et fiscal d'une succession internationale*, LexisNexis, Paris, 2011; E. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions» », *JDI*, n. 141, vol. 2, 2014, pp. 477-540, p. 843.

<sup>3</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 296, J.H. LANGBEIN, “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Rev.*, n. 97, 1984, pp. 1108-1141; G.M.P. MCCOUCH, “Will Substitutes under the Revised Uniform Probate Code”, *Brooklin Law Rev.*, n. 58, 1992, p. 1123 y ss.; J. TALPIS, *Succession Substitutes*, *RCADI*, vol. 356, 2001, pp. 21 y ss., A. BONOMI, « Successions internationales », *RCADI*, vol. 350, 2010, p. 262 y ss.; A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, Bruylant Larquier, Bruxelles, 2013, p. 90 y ss.

<sup>4</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 julio 2012*, Comares, Granada, 2014, p. 38.

<sup>5</sup> E. CALÒ, “La successione *mortis causa* in diritto comparato”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffirè, Milano, 2013, pp. 209-242.

<sup>6</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, “New Developments in Spanish Succession Law”, *EJCL*, vol. 14, n.2, octubre 2010, pp 1-51.

## II. Los will substitutes como figuras propias del *common law*

7. Entre estos “sustitutos del testamento” pueden encontrarse multitud de figuras jurídicas propias del Derecho anglosajón, como las *payable-on-death accounts* (POD) (cuentas bancarias pagaderas a la muerte del causante), *transfer-on-death accounts* (TOD) (cuentas de inversión a transferir a la muerte del causante), *transfer-on-death deeds of title* (transmisión de la propiedad a través de escritura con efectos desde la muerte del causante), *contract provisions effective at death* (provisiones contractuales efectivas con la muerte), *living trusts* (*trusts “inter vivos”*, por oposición a *trust under a will* o *trusts under statute in connection with succession*)<sup>7</sup>... Otros *will substitutes* son formas de organizar el patrimonio, como la “propiedad conjunta” (“*joint tenancy*”), una forma especial de copropiedad propia del Derecho anglosajón en que al fallecer uno de los copropietarios la propiedad pasa directamente, *ex lege*, al resto.

8. Se han de citar también por su especial relevancia los contratos para otorgar testamento (“*contracts to make a will*”) y las promesas de testamento, prohibidos en algunos sistemas de tradición civilista pero permitidos también en algunos ordenamientos jurídicos de tradición *common law* como una forma de negocio jurídico<sup>8</sup>. La diferencia entre ambos reside en que los contratos para otorgar testamento existe la aceptación por parte del futuro beneficiario, mientras que las promesas consisten en una declaración unilateral de voluntad<sup>9</sup>. Las promesas de testamento son además muy comunes hoy día por la prolongación de la vida de las personas mayores, pues la mayoría de estas promesas son otorgadas por ancianos a cambio de ciertos cuidados o prestaciones asistenciales. Llegado el momento de la muerte, el testamento no se ha otorgado y entonces surge la cuestión de la validez de la promesa y de sus efectos. Estas promesas no son sólo admitidas en Reino Unido sino también en Alemania, donde la ley las prohíbe pero la jurisprudencia las valida, con frecuencia, bajo la forma de un contrato sucesorio (*Erbvertrag*)<sup>10</sup>.

9. Muchas de estas figuras son desconocidas para la tradición civilista, pero otras le son familiares como los *contract with provisions effective at death*, que son contratos *standard* que se firman bajo la condición de su exigibilidad una vez haya fallecido el causante, o las donaciones “*mortis causa*”, es decir, aquellas donaciones condicionadas al hecho de la supervivencia del donatario o con la reserva del poder de disposición del donante hasta su muerte. Otros *will substitutes* que también se utilizan en el sistema anglosajón y que son instituciones conocidas en la tradición de *civil law* son los contratos societarios en que la sociedad se compromete a pagar ciertas cantidades del contenido del patrimonio que se les ha asociado a los beneficiarios contractualmente establecidos, o las estipulaciones en favor de terceras partes, los mandatos *post mortem*, los contratos fiduciarios<sup>11</sup>...

## III. Los *will substitutes* y el reglamento sucesorio europeo

10. Con las sucesiones internacionales, las posibilidades de aplicación de estos instrumentos se multiplican. Son muchos los ciudadanos residentes en la Unión Europea que planifican por adelantado el destino de su patrimonio para después de su fallecimiento, y cuando estos ciudadanos tengan vínculos con otros Estados de la Unión podrán plantearse la posibilidad de utilizar alguna de las figuras mencionadas.

<sup>7</sup> FindLaw.com, “Avoiding the probate process”, available at: <http://estate.findlaw.com/probate/avoiding-the-probate-process.html>

<sup>8</sup> I.e. California Probate Code section 21700.

<sup>9</sup> J.H. LANGBEIN, “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Rev.*, n. 97, 1984, pp. 1108-1141; G.M.P. MCCOUCH, “Will Substitutes under the Revised Uniform Probate Code”, *Brooklin Law Rev.*, n. 58, 1992, pp. 1123 y ss.

<sup>10</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 38.

<sup>11</sup> Sobre estos negocios ver K.J. ALBIEZ DOHRMANN, *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998; *Id.*, “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, y A. SERRANO DE NICOLÁS, “*Estate planning*: la planificación de la herencia al margen del testamento (*will substitutes*)” en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005; R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, Comares, Granada, 2003.

11. Ello dependerá de la Ley que se aplique a las mismas, y dado que la Unión Europea cuenta con una normativa armonizada de Derecho internacional privado en materia sucesoria, el Reglamento Sucesorio Europeo<sup>12</sup>, de si dicha Ley ha de determinarse o no conforme a este Reglamento.

12. Dicho Reglamento contiene en su art. 1, como ya es costumbre en los instrumentos legales de Derecho internacional privado europeo, la delimitación de su ámbito de aplicación material, positivo y negativo<sup>13</sup>. El Reglamento se aplicará a la “sucesión por causa de muerte” (art. 1.1 RES), es decir, “cualquier forma de transmisión mortis causa de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una sucesión abintestato” (art. 3.1.a RES).

13. Siendo los *will substitutes* disposiciones previstas para que desplieguen sus efectos a la muerte del causante, *a priori* parecen ser llamados a regirse por el Reglamento Sucesorio Europeo. Sin embargo, antes de afirmar tal cosa, es necesario prestar atención a la lista de exclusiones del propio art. 1 RES.

### 1. Exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo

14. El Reglamento en su art. 1 excluye expresamente (i) aquellas cuestiones que tengan naturaleza sucesoria pero no sean “civiles”, es decir, las cuestiones de Derecho Público relacionadas con las sucesiones mortis causa”, por ejemplo, las relativas al impuesto sobre sucesiones, o al derecho administrativo o urbanístico (art. 1.1 RES) y (ii) aquellas cuestiones que tengan naturaleza civil pero no sean propiamente “sucesorias”, que sean “*catégories juridiques étrangères au droit des successions*”, como pueden ser el *trust* y las cuestiones societarias (art. 1.2 RES)<sup>14</sup>.

15. Respecto a estas últimas, P. LAGARDE indica que son cuestiones que podrían haberse calificado como sucesorias, puesto que están relacionadas con bienes y derechos que se transfieren con ocasión de la muerte del titular, pero cuyos vínculos con otras categorías jurídicas han justificado su exclusión<sup>15</sup>. De esta forma, tal y como indica el considerando 11, se refuerza la “claridad” del Reglamento<sup>16</sup>.

16. Dentro de estas exclusiones se recoge la de los “bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga (...)” (cdo. 14 y art. 1.2.g RES). Esta exclusión, formada por una lista no exhaustiva, parece incluir todas las formas de anticipación sucesoria que supongan la separación de patrimonio del caudal hereditario<sup>17</sup>.

17. En consecuencia de lo anterior, los *will substitutes*, que son todos ellos formas de anticipación sucesoria, quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento Sucesorio Europeo:

<sup>12</sup> Reglamento 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.

<sup>13</sup> G. BIAGIONI, “L’Ambito di Applicazione del Regolamento sulle Successioni”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffirè, Milano, 2013, pp. 25-58, p. 26.

<sup>14</sup> P. LAGARDE, « Présentation du règlement sur les successions » en G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Défrenois, Paris, 2013, pp. 5-16 ; C. NOURISSAT, « Le champ d’application du règlement » en G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Défrenois, Paris, 2013, pp. 17-36.

<sup>15</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n. 4-2012, pp. 691-732, esp. p. 695.

<sup>16</sup> Cdo. 11 RES: “El presente Reglamento no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de la sucesión. Por motivos de claridad, algunas cuestiones que podría considerarse que tienen un vínculo con la materia sucesoria deben excluirse expresamente del ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

<sup>17</sup> E. FONGARO, *op. cit.*; A. DAVI / A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67-68.

los POD, TOD, las *contracts provisions effective at death, title deeds, joint tenancy...* (“propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite”), *trusts inter vivos*, así como todos los demás negocios mencionados, donaciones u otras liberalidades, fiducias, estipulaciones a favor de tercero, mandatos, negocios societarios, contratos para otorgar testamento, promesas de testamento...<sup>18</sup>.

**18.** Algunas de estas figuras requieren una aclaración especial. En cuanto a los *trust intervivos*, su exclusión se ve corroborada por el juego del art. 1.2.j y el considerando 13 RES. El primero excluye las cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de *trusts*, y el segundo establece que el Reglamento ha de regir los aspectos relacionados con la cesión de los bienes y determinación de los beneficiarios de los *trusts* creados “en virtud de un testamento o por ley en relación con una sucesión intestada”. *A sensu contrario*, el Reglamento Sucesorio Europeo no regula los aspectos relacionados con la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios de los *trusts* creados en vida del causante.

**19.** En relación a la exclusión de la utilización de figuras societarias, esta se ve también confirmada de manera expresa por el art. 1.2.h, que excluye las cuestiones de Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas. El Reglamento incluye como ejemplo las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros, pero también entrarían dentro de esta exclusión los negocios jurídicos mencionados anteriormente en que la sociedad se compromete a repartir parte de sus beneficios a determinados individuos cuando se cumpla la condición de la muerte del disponente<sup>19</sup>. De nuevo, la razón de la exclusión es que se trata de disposiciones cuya finalidad es la de regular de forma separada a la sucesión el destino de parte del patrimonio de una persona una vez que la misma fallezca.

**20.** Las promesas de testamento, los *contracts to make a will* y los contratos que contengan provisiones de disposiciones de transmisión de bienes o derechos con efectos a partir de la muerte del causante (*contract provisions effective at death*) también han de considerarse como excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, si bien su calificación presenta mayores problemas por su proximidad a los “pactos sucesorios”<sup>20</sup>. Los pactos sucesorios están sujetos al Reglamento y son definidos en el mismo como todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo; (art. 3.1.b RES)<sup>21</sup>.

**21.** En cuanto a las *contract provisions effective at death* y las donaciones *mortis causa*, no tendrían por qué ser considerados como contratos sucesorios pues los mismos no conceden derecho alguno sobre la masa sucesoria, no se instituyen en éstos herederos o se legan bienes, sino que establece disposiciones patrimoniales *inter vivos*, onerosas o gratuitas, con efectos sujetos al momento de la muerte del

<sup>18</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 296; A. DAVI / A. ZANOBBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67-68; *ibid.*, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 25. En contra parece posicionarse G. BIAGIONI, “L’Ambito di Applicazione del Regolamento sulle Successioni”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffirè, Milano, 2013, pp. 25-58, p. 37: “l’ampia nozioni di “patti successori”, contemplata nell’art. 3, lett.b), del regolamento, sembra relegare ad un ruolo marginale accordi di questo genere”.

<sup>19</sup> Sobre los problemas relacionados con las acciones y cuotas societarias y las sucesiones véase MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Commission’s proposal for a Succession Regulation*, disponible en <http://www.mpipriv.de>, p. 25.

<sup>20</sup> A. DAVI / A. ZANOBBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67: “Meno facile è stabilire se siano qualificabili come patti successori i contracts to make (o not to make) a will propri del diritto inglese e degli altri paesi di common law”.

<sup>21</sup> Sobre los pactos sucesorios, F. VISMARA, « Patti successori nel regolamento (UE) N. 650/2012 e patti di famiglia: un’interferenza possibile? », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 50, vol. 4, 2014, pp. 803-818; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones” en VV.AA., *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Universidade Santiago de Compostela, 2013; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Cedam, Padova, 2001, p. 99.

causante<sup>22</sup>. En cualquier caso, la frontera entre ambas figuras es muy delgada y fácil de traspasar por las partes, de forma que les puede resultar muy fácil “escapar” de la aplicación del Reglamento. La calificación de estos acuerdos como “contratos” sujetos al Reglamento Roma I y no como “pactos sucesorios” sujetos al Reglamento Sucesorio interesará a las partes pues dispondrán de una total libertad de elección de Ley aplicable. Sin embargo, como indica A. BONOMI, esta libertad de elección puede traer inconvenientes *a posteriori*, puesto que numerosos ordenamientos, incluso los que permiten los pactos sucesorios como el alemán y el suizo, no permiten este tipo de contratos que podrían considerarse un fraude a las leyes sucesorias<sup>23</sup>.

22. Las mismas dudas se suscitan en relación a la promesa de testamento y el *contract to make a will*, puesto que el objeto de estos negocios sí que son derechos puramente sucesorios (nombrar heredero, legatario o beneficiario en cualquier otra forma legalmente prevista a determinada persona). Además, tanto uno como otro podría ser considerados como “pacto” si se aplica analógicamente la definición de “contrato” que el TJUE ha interpretado en relación al Reglamento Bruselas I bis<sup>24</sup>. Según ésta, existe “contrato” cuando hay una obligación jurídica libremente consentida por una parte frente a otra, aunque no medie aceptación por la otra parte (STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna*, FJ 47<sup>25</sup>).

23. Sin embargo, a través de estas instituciones no se “dispone” sobre los mencionados derechos sucesorios, sino que se “promete” que se dispondrá sobre los mismos. Esta diferencia es tan importante que cambia la causa del contrato y hace que ambas figuras queden excluidas del Reglamento: no se dispone de los bienes por título sucesorio, sino que se está concediendo un derecho a una persona (el derecho de otorgar testamento a su favor) a cambio o no de determinadas prestaciones. No obstante, como indican A. DAVI y A. ZANOBETTI, quizá haya que esperar a un pronunciamiento en concreto del TJUE sobre esta cuestión para darle una solución definitiva<sup>26</sup>.

24. En resumen de lo expuesto podría decirse que a través de estas instituciones conocidas como *will substitutes* los bienes y derechos del causante (incluido el derecho a que se otorgue testamento a favor de una persona) se transmiten por un “título”, por un cauce, distinto a la sucesión, y por ello han de quedar excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento. Son instituciones que generan un cauce paralelo y diferente a la sucesión *mortis causa* para la transmisión de los activos del causante, una vía válida y aceptada en los países de *common law* como alternativa a la sucesión *mortis causa*.

## 2. Excepción a la exclusión: la obligación de computar las donaciones a fin de determinar las cuotas sucesorias de los beneficiarios

25. La exclusión de los *will substitutes* del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo ha de entenderse, tal y como expresamente el propio art. 1.2.g, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 23.2.i RES. Dicho artículo indica que la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, ha de ser determinada conforme a la Ley aplicable a la sucesión.

26. En relación a esta disposición se han de realizar las precisiones siguientes:

<sup>22</sup> En contra, G. BIAGIONI, *op. cit.* p. 39, que indica que parece lógico que estas instituciones se regulen por el Reglamento Sucesorio, y en concreto como pactos sucesorios si son bilaterales.

<sup>23</sup> A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *RCADI*, vol. 350, 2010, p. 269.

<sup>24</sup> Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE L 351*, 20.12.2012, pp. 1-32.

<sup>25</sup> STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*; EU:C:2013:165.

<sup>26</sup> A. DAVI / A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.5, vol. II, 2013, pp. 5-139, esp. p. 67.

**27. (i)** La Ley aplicable a la sucesión la que rige la obligación de reducción en su caso de las donaciones o liberalidades, adelantos o legados, es decir, de todos los “actos de disposición” gratuitos que se realicen en vida del causante o través de la figura del legado. Esta disposición no incluye por lo tanto los actos onerosos (por ejemplo, los *contracts with provisions effective at death*). Esto puede obedecer a que estos contratos tienen una contraprestación, por lo que se entiende que al patrimonio del causante se incorpora un bien o activo con el mismo valor de aquél que salió. Otra cuestión serán los casos en que el negocio oneroso sea simulado, en que la parte de patrimonio que se entregó sin contraprestación sí podría ser considerada como “acto de disposición” y cuya reducción, o colación en su caso, sí se regirá por la Ley aplicable a la sucesión.

**28. (ii)** La Ley aplicable a la sucesión regirá, en el caso en que dicha Ley así lo permita (a) la impugnación y la posterior reducción de las donaciones inoficiosas realizadas a cualquier persona física o jurídica y (b) la colación de las donaciones realizadas a los legitimarios a la hora del reparto del caudal hereditario entre los herederos. Lo anterior se deduce de que el artículo 23 hace referencia tanto al “reintegro” como al “cómputo”. Además, ambas operaciones son necesarias para determinar las “cuotas sucesorias”. Así, será la Ley de la sucesión la que rijga, por ejemplo, si existe algún plazo de prescripción para impugnar las donaciones inoficiosas, o si solamente pueden colacionarse los bienes donados desde un determinado número de años antes de la muerte del causante.

**29. (iii)** Se regirán también por la Ley aplicable a la sucesión las cuestiones relacionadas con el avalúo de los bienes donados o entregados mediante otros actos *inter vivos* que posteriormente se pretendan reintegrar o colacionar. Solo esta interpretación es coherente con el que parece el fin del precepto, que es a su vez uno de los fines del Reglamento, el principio de la unidad de la sucesión, no solamente en cuanto a la Ley aplicable a la sucesión de los bienes muebles e inmuebles, sino también a la Ley aplicable desde el momento de la apertura de la sucesión a la partición<sup>27</sup>.

**30. (iv)** No se regirán de acuerdo con la Ley aplicable a la sucesión otras cuestiones relativas a estas disposiciones, como las relativas a la existencia, validez y efectos de estos negocios<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, no se regirá por el Reglamento la cuestión de si el causante cedió bienes de su propiedad, o si la persona a la que los cedió era hijo suyo (cdo. 74 RES). los herederos tendrán que aplicar la Ley que rijga la sucesión para determinar, si una transferencia de fondos de una determinada cuenta de inversiones (*TOD*) es inoficiosa, y si ha de colacionarse en el momento de la partición porque se hizo a favor de uno de los legitimarios, pero esta Ley no regirá, por ejemplo, si la persona nombrada como beneficiaria podía ser nombrada como tal, o si la cantidad que se le ha transmitido finalmente era menor que la que le prometió el causante. Todo ello tendrá que ser decidido conforme a la Ley aplicable a estos instrumentos, cuestión que se verá a continuación junto con las autoridades competentes para decidir sobre las mismas y el régimen de validez extraterritorial de estas decisiones.

**31.** Esta disposición tiene un noble propósito pero puede generar muchos problemas prácticos, dado que hay cuestiones que el Reglamento no aclara, como por ejemplo, si el Derecho aplicable a la sucesión rige también el régimen de la impugnación de la disposición patrimonial. Si esta cuestión se rige por la Ley de la sucesión podría darse la situación de que una donación regida por el Derecho inglés se haya de anular conforme al Derecho italiano, por ejemplo. Pero en caso de que esta cuestión se rijga por la Ley aplicable a la donación, se rompería el principio de unidad de la sucesión.

<sup>27</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n. 4-2012, pp. 691-732, esp. p. 696-697 ; E. FONGARO, « L’anticipation successorale à l’épreuve du «règlement successions» », *JDI*, n. 141, vol. 2, 2014, pp. 477-540, p. 481.

<sup>28</sup> G. BIAGIONI, “L’Ambito di Applicazione del Regolamento sulle Successioni”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (dirs.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato, Guiffirè, Milano, 2013, pp. 25-58, p. 37.

32. Por último, otra cuestión que se deja en el aire es si el juez competente para decidir sobre la sucesión tiene también competencia para llevar a cabo estas impugnaciones. En base al art. 4 RES la respuesta parece ser afirmativa, pues dicho artículo se refiere a la totalidad de la sucesión, y estas cuestiones se consideran “sucesorias” en virtud del art. 1.2. del RES. En este sentido, también debería ser afirmativa la respuesta a la pregunta de si el reconocimiento o ejecución de estas decisiones se registrará por el Reglamento Sucesorio.

### 3. Normas de Derecho Internacional privado aplicables a los *will substitutes*

33. Dado que estas instituciones no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo, se hace necesario determinar qué normas se les aplican en relación a los tres aspectos del Derecho internacional privado (ya que el Reglamento Sucesorio es un Reglamento “triple”, que se ocupa de estos tres sectores, y que por lo tanto excluye los *will substitutes* en estos tres sectores).

34. Estas normas serán en algunos casos normas de Derecho internacional privado europeo, y en otros normas de Derecho internacional privado interno o nacional, es decir, propio de cada Estado Miembro. Dentro de estas últimas, el presente trabajo se referirá únicamente a las normas de Derecho internacional privado español.

35. Para estudiar estas normas se ha de tener en cuenta que estos pleitos se enmarcarán en su mayoría en el momento de la apertura de la sucesión, una vez haya fallecido el disponente. En este momento, los beneficiarios o partes contratantes de un negocio sustituto del testamento y los que se consideren herederos legales o legitimarios del fallecido tendrán intereses opuestos. Esto implica que no solamente se han de tener en cuenta los pleitos que puedan surgir de las relaciones “internas” del *will substitute* (entre sus constituyentes) sino también los pleitos que puedan surgir de sus relaciones “externas” (de alguna de las partes del *will substitute* y terceros, como pueden ser los herederos, legitimarios, o incluso beneficiarios del propio *will substitute*).

#### A. Competencia judicial internacional

36. Como se ha indicado, si el causante dispone de parte de su patrimonio a través de *will substitutes* es frecuente que surjan controversias entre los beneficiarios de dichas disposiciones y los herederos del causante. Es probable, por ejemplo, que los herederos quieran anular un contrato en el que el causante otorgó la titularidad de ciertos bienes a un tercero con efectos en el momento de la muerte, porque consideren que vulnera sus derechos sucesorios, o que el beneficiario de una promesa de testamento quiera demandar al caudal relicto o a los herederos si llegado el momento de apertura de testamento el causante no dispuso nada a su favor.

37. En todos estos casos es necesario determinar qué tribunal será el competente para conocer del caso. Para ello, la primera tarea a realizar será la de calificación de la acción a efectos de competencia judicial internacional, dado que en la categoría de *will substitutes*, como ya se ha visto, se incluyen figuras de naturaleza jurídica muy dispar, y que las acciones pueden ser muy variadas (ejercitadas por una de las partes del negocio sucesorio frente a los herederos del fallecido, ejercitadas por terceros, por los legitimarios frente al beneficiario de un negocio sucesorio...).

38. Se comienza con la materia contractual pues, como indica el propio TJUE, cuando a un órgano juzgador le llega una reclamación de responsabilidad de naturaleza civil, lo primero que ha de comprobar es si las pretensiones de las partes revisten carácter contractual en Derecho europeo<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> STJUE 1 octubre 2002, as. C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel*, RJ 2002, p. I-8111, EU:C:2002:555, párrafo 37.

a. Will substitutes *de naturaleza contractual*

39. La competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales se rige por el Reglamento Bruselas I bis<sup>30</sup>. De acuerdo con la interpretación que el TJUE ha realizado hasta ahora del concepto de “materia contractual”, serán considerados como tal todas las acciones derivadas de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra<sup>31</sup>. Ello implica que para que exista materia contractual:

40. (i) el *will substitute* ha de ser considerado como un compromiso libremente asumido de una parte frente a otra. Esto supone que se considerarán como materia contractual todas las acciones derivadas no solo de los contratos típicos en que existe acuerdo entre dos partes (*contract provisions effective at death, contract to make a will*) sino también las derivadas de donaciones y otros actos de liberalidad, concurra o no aceptación por la otra parte, pues en todos ellos existe un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra<sup>32</sup>.

41. (ii) la acción debe derivar de dicho compromiso libremente asumido. El TJUE ha considerado que una acción derivará de un “compromiso libremente asumido” siempre que “tenga como fundamento” ese compromiso<sup>33</sup>. Esto implica que para que una acción se considere como “contractual” ha de ser ejercitada por una de las partes de dicho contrato frente a la otra, o en el caso de que haya fallecido, frente a sus herederos, por ejemplo, la acción de la persona a cuyo favor el fallecido se comprometió a otorgar testamento (*contract to make a will*) contra el caudal relicto o los herederos del fallecido, se ha de considerar una acción contractual. En cambio, las reclamaciones hechas por terceros, incluidos terceros beneficiarios, se han de considerar como acciones en materia extracontractual. Por ejemplo, en el mismo caso anterior, si el fallecido se comprometió a otorgar a favor del hijo en común que tenía con el otro contratante, la acción de ese hijo frente al caudal relicto no puede ser considerada como contractual.

42. En caso de que la acción se considere como contractual, el Reglamento Bruselas I bis ofrece en primer lugar la posibilidad de pactar la competencia judicial internacional a través de un acuerdo de elección de foro (art. 25 RB-I bis). De esta forma, no hay nada que impida que los contratos cuya eficacia se reserva al momento de la muerte o los contratos para hacer testamento contengan una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de un determinado Estado Miembro. En el caso en que la sumisión se realice a favor de los tribunales de un Estado no Miembro la eficacia de dicha sumisión no se regulará por el Reglamento Bruselas I bis, sino por las normas internas de cada Estado miembro (art. 22 ter.4 LOPJ)<sup>34</sup>. De acuerdo con el Reglamento, también se podrá considerar competente el tribunal del Estado Miembro ante el que se interponga la demanda si el demandado se somete tácitamente (art. 26 RB-I bis).

43. En defecto de elección, si el demandado tiene su domicilio en la UE, podrá ser demandado alternativamente ante los tribunales de su domicilio (art. 4 RB-I bis) y ante los tribunales que determine el foro especial en materia contractual (art. 7.1 RB-I bis). Como estos contratos no son contratos de compraventa de mercaderías ni de prestación de servicios, estos tribunales serán los del lugar en que se

<sup>30</sup> Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), OJ 2012 L351.

<sup>31</sup> STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*, EU:C:2013:165, párrafo 46. *Vid.* también STJCE 27 octubre 1998, as. C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*, RJ 1998, p. I-06511, EU:C:1998:509.

<sup>32</sup> E. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions» », *JDI*, n. 141, vol. 2, 2014, pp. 477-540, p. 485; H. PEREZ / E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis, Paris, 2010, p. 279.

<sup>33</sup> STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, RJ 1988, pp.1539-1556, EU:C:1988:127; párrafo 12: “No hay ninguna duda de que una demanda reclamando el pago de comisiones adeudadas en virtud de un contrato de agencia comercial autónoma tiene como fundamento mismo este contrato y está comprendida, por consiguiente, en la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del Convenio.

<sup>34</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, «BOE» núm. 157 de 02 julio 1985, BOE-A-1985-12666.

haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda (art. 7.1.c y a RB-I bis). Dicho lugar de cumplimiento ha de determinarse conforme a la Ley que rige la obligación<sup>35</sup>. Si dicha obligación es la de otorgar testamento, la solución a la que lleva la aplicación de este método analítico-distributivo es ilógica, pues ningún Derecho indica dónde han de otorgar testamento los sujetos sometidos a ese Derecho (p.ej. el testamento ológrafo en Derecho español). En consecuencia, el art. 7.1. RB-I bis quedaría sin aplicación.

**44.** No obstante, algunos *will substitutes* podrían considerarse contratos de prestación de servicios, por ejemplo, el contrato en que una parte se compromete a proporcionar cuidados asistenciales a la otra con la contrapartida de que teste a su favor, o de que a la muerte de ésta, aquélla pase a ser la propietaria de la casa en la que ambos residen. En estos casos, los tribunales competentes por el foro en materia contractual serían los tribunales del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios (art. 7.1.b, inciso segundo).

**45.** Si el demandado no tiene su domicilio en un Estado Miembro, en defecto de sumisión la competencia judicial internacional se regirá en la mayoría de los supuestos por las normas de producción interna de cada Estado Miembro. En España, las mismas se encuentran en el art. 22 LOPJ. Si estas relaciones se califican como contractuales también de acuerdo con Derecho español, serán competentes los tribunales españoles si el domicilio del demandado se encuentra en España (art. 22 ter.1 LOPJ) o bien si son los tribunales del Estado en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación objeto de la demanda (art. 22 quinquies, letra a) LOPJ).

**46.** Se ha de recordar que las cuestiones relativas a los derechos reales sobre bienes inmuebles que puedan derivarse de estos contratos (derecho de propiedad, posesión, usufructo, etc.) no quedan sometidas al régimen expuesto, sino que están sujetos al foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito (art. 24 RB-I bis).

#### *b. Actos de liberalidad*

**47.** Si bien las donaciones se califican sin mayor dificultad como materia contractual, las promesas de testamento, los *POD* y los *TOD* suscitan mayores problemas calificadorios.

**48.** En cuanto a las promesas de testamento, las mismas pueden ser consideradas como materia contractual, pues existe un compromiso libremente asumido de una parte frente a otra, en el caso en que se pueda acreditar la existencia de dicho compromiso libremente asumido. Que el objeto de la promesa sea otorgar testamento no lo convierte en un contrato con objeto sucesorio por las razones anteriormente argumentadas, y por lo tanto no ha de quedar excluido del Reglamento Bruselas I bis.

**49.** En cualquier caso, la existencia de estas promesas será muy difícil de probar, porque la mayoría de éstas son promesas verbales. En los casos en que la prueba sea complicada, el demandante podría ejercitar una acción distinta, no de cumplimiento de la promesa, sino de enriquecimiento sin causa por parte del fallecido, si le dispensó cuidados, o asistencia económica o sanitaria. Esta otra acción se consideraría como materia extracontractual<sup>36</sup>. En este caso, la competencia judicial internacional también se regirá por el Reglamento Bruselas I bis. Serán de aplicación todas las disposiciones expuestas salvo la relativa al foro especial en materia contractual, que será sustituido por el foro especial en materia “delictual o casidelictual” del art. 7.2 RB-I bis. De acuerdo con el mismo, serán competentes alternativamente a los tribunales del domicilio del demandado los tribunales del Estado en que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Estos tribunales serían más fácilmente identificables que

<sup>35</sup> Entre otras, STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*, EU:C:2013:165, párrafo 54.

<sup>36</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 40.

los del lugar de cumplimiento, pues podrían identificarse con los tribunales del Estado en que el demandante ha visto empobrecido su patrimonio.

**50.** En cuanto a los *POD* y *TOD*, son contratos suscritos entre el disponente fallecido y el banco o agencia que gestiona las cuentas bancarias o de inversión. El beneficiario al que se han de traspasar los fondos es un tercero beneficiario del contrato. En Derecho europeo, como se ha indicado, se consideran como extracontractuales estas reclamaciones de terceros, por ejemplo, los daños realizados a terceros por infracapitalización de una sociedad, por lo que si dicho beneficiario demanda al banco o agencia dicha reclamación se considerará como materia extracontractual<sup>37</sup>. Si el beneficiario es el heredero legal del fallecido, entonces sí que podría demandar en su lugar por incumplimiento del contrato, en caso de que no se le hayan transferido los fondos que señaló el disponente (hereda sus derechos y obligaciones).

#### c. Will substitutes de naturaleza societaria

**51.** Los pactos entre socios, o las relaciones existentes entre los socios y la sociedad se consideran también como materia contractual a efectos del Reglamento Bruselas I bis. Según el TJUE, estos vínculos son análogos a los de un contrato, en el sentido de que derivan de una relación voluntariamente establecida entre las partes, y ello con independencia de que las obligaciones deriven de la decisión de incorporarse como miembro a la asociación o de una decisión de sus órganos<sup>38</sup>. Los mismos se registrarán por lo tanto por las mismas normas expuestas para otros *will substitutes* en materia contractual.

#### d. Trusts inter vivos

**52.** Los *trusts inter vivos* se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de Bruselas I bis, por lo que se utilizará este instrumento para determinar la competencia de los tribunales de los Estados Miembros cuando el demandado se encuentre domiciliado en la UE<sup>39</sup>. El Reglamento excluye de su ámbito de aplicación los *trusts* cuyo objeto esté excluido del Reglamento, y por lo tanto los *trusts* sucesorios, pero no los *trusts inter vivos*<sup>40</sup>.

**53.** El Reglamento solamente dispone de normas especiales para las acciones derivadas de las “relaciones internas” del *trust*, es decir, las relaciones entre el fundador, el *trustee* y el beneficiario. Para el resto de acciones, es decir, las de estas personas con terceros, se estará al régimen general del Reglamento<sup>41</sup>.

**54.** En cuanto a la competencia judicial internacional para las relaciones internas, el Reglamento permite en primer lugar que se incluya en el documento constitutivo del *trust* (*trust deed*) una cláusula de sumisión (art. 25.3 RB-I bis). Se entiende que cabe también la sumisión tácita (art. 26 RB-I bis). Existe una excepción a la posibilidad de sumisión tanto expresa como tácita en los casos en que las reclamaciones estén relacionadas con inmuebles. En dicho caso, los tribunales del Estado en que se encuentre sito el inmueble tendrán competencia en exclusiva, pues los derechos derivados del *trust* se consideran

<sup>37</sup> STJCE de 18 julio 2013, as. C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot*, Evergreen Investments BV, RJ 2013 aún no disponible, EU:C:2013:490.

<sup>38</sup> Vid. párrafo 13 de la STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, Recueil, 1983, pp.987-1012, sobre la reclamación de una suma de dinero por parte de una asociación a sus asociados.

<sup>39</sup> A. DICKINSON, “In the EU, we trust? A new European framework for jurisdiction and judgments”, *Trusts & Trustees*, vol. 17, n. 4, 2011, pp. 280-289;

<sup>40</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, p. 89.

<sup>41</sup> Esta es la postura sostenida ya en relación al Convenio de Bruselas por L. COLLINS, *Dacey & Morris conflict of laws*, Sweet and Maxwell, London 1987, vol. I, p. 349. En contra de esta postura, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Art. 5.6” en A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 148-157, esp. p. 153, según el cual la única norma circunscrita a las relaciones internas es la norma relativa a la sumisión. Para este autor, el foro especial alternativo al domicilio del demandado se podría utilizar tanto para las relaciones internas como para las externas.

derechos *in rem*<sup>42</sup>. En defecto de pacto, el demandante puede elegir entre los tribunales del Estado en que el *trust* se encuentra domiciliado (algo que se decidirá conforme a las normas de dicho Estado) (art. 7.6 RB-I bis), y los tribunales del domicilio del demandado (art. 4 RB-I bis). Para saber si el *trust* está domiciliado en España, como indica M. VIRGÓS, se estará en principio al domicilio del *trustee*<sup>43</sup>.

55. Si el demandado no se encuentra domiciliado en la UE, en defecto de sumisión la competencia se determinará en la mayoría de los casos por las normas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro. En España serán competentes los tribunales españoles si el domicilio del demandado se encuentra en España (art. 22 ter.1 LOPJ). El foro alternativo dependerá de la calificación de la acción derivada del *trust* conforme a Derecho español, Derecho en que se trata de una institución desconocida. En relación a un *trust inter vivos* y en función de la acción a ejercitar, la acción podría calificarse como contractual o como extracontractual, y por lo tanto ser competentes los tribunales españoles la obligación objeto de la demanda se ha cumplido o debió cumplirse en España, o cuando el hecho dañoso por el que se reclama responsabilidad se haya producido en territorio español.

### **B. Ley aplicable**

56. En relación a la calificación en sede de Ley aplicable de las distintas cuestiones de Derecho que se pueden plantear en una acción derivada de los *will substitutes* lo habitual será que se mantenga la calificación que se haya otorgado a la acción en sede de competencia judicial internacional. En los casos en que la materia haya sido considerada materia contractual o extracontractual, esta interpretación uniforme viene además motivada por el considerando 7 de los Reglamentos Roma I y Roma II<sup>44</sup>.

57. Sin embargo, es importante señalar que los objetos a calificar en competencia judicial internacional y en Ley aplicable no son los mismos<sup>45</sup>. En materia de Ley aplicable, en que existen muchas más categorías, el objeto de la calificación es cada “cuestión de Derecho”, cada institución concreta, mientras que en materia de competencia judicial internacional, el objeto de la calificación es el “conjunto de la acción”<sup>46</sup>. En este sentido, habrá casos en que la calificación que se otorgue en materia de competencia no coincidirá con la otorgada en sede de Ley aplicable. Así por ejemplo, una acción de anulación de un acuerdo de la junta general basado en una incapacidad sería calificado como contractual en el plano de la competencia judicial internacional, mientras en sede de Ley aplicable se le aplicaría la norma de conflicto relativa al estatuto personal en lo relacionado con la existencia del vicio y la posibilidad de anulación, y la norma de conflicto relativa a las sociedades en lo que respecta a las consecuencias de esa anulación<sup>47</sup>.

#### *a. Will substitutes de naturaleza contractual*

58. Como se ha indicado, la calificación dependerá de la cuestión de Derecho que se ejercite en la acción relacionada con el *will substitute*. En la mayoría de los casos, estas cuestiones se relacionan

<sup>42</sup> C. LLOYD / D. LAWRENCE, “Trusts with an international element: a fictional case to illustrate some important points on jurisdiction and governing law”, *Trusts & Trustees*, vol. 9, n. 7, 2003, pp. 28-30, esp. p. 29.

<sup>43</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, p. 89.

<sup>44</sup> Considerando 7 RR-I y RR-II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. Véase también el considerando 17 del RR-I.

<sup>45</sup> 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 (“Roma I”), DOUE 4.7.2008, L 177/6; Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DOUE 31.7.2007, L 199/40.

<sup>46</sup> B. HAFTTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n. 3, 2010, p. 760-788, p. 767.

<sup>47</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 102.

con el cumplimiento o anulación del negocio jurídico, y ambas se regirán por la Ley aplicable al contrato, salvo que la anulación se refiera a vicios de forma, capacidad o consentimiento en su adopción.

**59.** Para determinar la Ley aplicable al contrato, los tribunales españoles utilizarán el Reglamento Roma I. Este instrumento permite en primer lugar una autonomía de la voluntad casi ilimitada (art. 3 RR-I). En defecto de Ley elegida por las partes, el contrato tendrá que ser calificado, para ver si el mismo encaja en alguna de las categorías establecidas por el art. 4.1 RR-I. De todos los *will substitutes*, podrían encajar en alguna de las categorías contenidas en el art. 4.1 RR-I los *contract to make a will* en que la contraprestación al otorgamiento de testamento fuera una prestación asistencial. Estos contratos podrían considerarse como contratos de prestación de servicios (art. 4.1.b RR-I), pues los contratos de servicios implican que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración, que no tiene por qué ser dineraria<sup>48</sup>. En este caso, la prestación de asistencia podría considerarse la prestación del servicio, y la designación como heredero como la contraprestación. Por lo tanto, estos contratos podrían regirse por la Ley del país en que el prestador de la asistencia tuviera su residencia habitual. También podrían encajar en una de estas categorías los contratos o donaciones con efectos en el momento de la muerte del disponente en que el objeto fuera un derecho real inmobiliario (por ejemplo, la donación de la propiedad de un inmueble con efectos desde la muerte del donante). Estos contratos, de acuerdo con el 4.1.c RR-I se rigen por la Ley del Estado en que esté sito el bien inmueble.

**60.** En el caso de que el negocio jurídico realizado no encaje en ninguna de las categorías del art. 4.1 RR-I, o si encajara en más de una categoría, éste se regirá por la Ley del país en que tenga su residencia habitual el prestador característico. La prestación característica del contrato ha de determinarse en función de su “centro de gravedad” (cons. 19 RR-I). Ese centro de gravedad tendrá que determinarse en cada caso, midiendo qué parte es la que ha de realizar la prestación más compleja, la que comporta más obligaciones. Este análisis es evidentemente muy complicado. En los casos en que sea imposible determinar cuál de las partes del contrato ejerce la prestación característica, se aplicará la ley con la que el contrato presente sus vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I).

#### *b. Actos de liberalidad*

**61.** A las promesas de testamento que puedan calificarse como contractuales se les aplicará también el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable a las mismas, en los mismos términos de lo expuesto en el apartado anterior. Por ejemplo, si se trataba de una promesa de dejar por testamento un bien inmueble, y se consigue probar la existencia de dicha promesa, la misma se podrá calificar como un contrato que tiene por objeto un derecho real sobre un bien inmueble, por lo que se regirá por la Ley del Estado en que se encuentre sito dicho inmueble (art. 4.1.c RR-I). En el caso contrario, se Si la promesa no tiene por objeto la cesión de bienes inmuebles ésta no podría encajar en ninguno de los apartados del art. 4.1 del RR-I –salvo el excepcional caso de la prestación de servicios antes mencionado- por lo que se regiría por la Ley en que tenga su residencia habitual el prestador característico (art. 4.2 RR-I) y en si no puede determinarse, por la Ley del país con que presentara los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I).

**62.** En caso comentado en el apartado de competencia judicial internacional en que la acción ejercitada fuera la de enriquecimiento injusto y por lo tanto una acción extracontractual, la Ley aplicable a la misma se determinaría conforme al Reglamento Roma II, que permite la elección de Ley aplicable bajo determinadas condiciones (art. 14 RR-II) y en su defecto, determina que la obligación se regirá por la Ley de la residencia habitual común de las partes implicadas y si no la hay por la Ley del lugar en que se ha producido el daño (art. 4 RR-II). Si la acción ejercitada es la de enriquecimiento injusto, se estará a las normas de Ley aplicable especiales dispuestas en el art. 10 RR-II.

<sup>48</sup> STJUE 19 diciembre 2013, as. C-9/12, *Corman Collins SA v. La Maison du Whisky*, ECLI:EU:C:2013:860, FJ 38-40.

63. En cuanto a los POD y TOD, se reproducirá en la mayoría de los casos la calificación otorgada en competencia judicial internacional. Por ejemplo, si un beneficiario quiere demandar al banco por incumplimiento porque no le ha transferido los fondos, la reclamación se considerará como extracontractual y la Ley aplicable a la misma se determinará por el Reglamento Roma II. Si el beneficiario es heredero del fallecido, podría también considerarse contractual y por lo tanto regirse la reclamación por el Reglamento Roma I.

c. Will substitutes *de naturaleza societaria*

64. Los acuerdos firmados entre la sociedad y los socios, o las relaciones derivadas de la relación entre ambos por ser miembros de la sociedad no quedan excluidos del Reglamento Roma I, salvo en lo que respecta a la responsabilidad personal de los socios por deudas de la sociedad (art. 1.2 RR-I). De esta forma, los *will substitutes* que utilicen estructuras societarias se regirían también por el Reglamento Roma I en relación a sus relaciones internas, siéndoles de aplicación el régimen general ya expuesto.

d. Trusts *inter vivos*

65. Las relaciones internas de los *trusts* se encuentran explícitamente excluidos de los Reglamentos Roma I y Roma II. El sistema jurídico español tampoco contiene ninguna norma específica aplicable a los mismos, pues España no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento<sup>49</sup>. Esto no significa el rechazo de la institución, sino que se trata de una institución desconocida que, en defecto de solución jurisprudencial, habrá que encajar en las categorías que proporciona nuestro Derecho internacional privado<sup>50</sup>.

66. El *trust* tiene un carácter fundamental en sus ordenamientos de origen, tanto que es considerado como una rama del Derecho autónoma, y por eso su calificación ha recibido gran atención doctrinal en España. Sería imposible hacer un estudio detallado de la Ley aplicable a esta institución en este trabajo, pues sobrepasa su objetivo de exponer el panorama general del tratamiento de los *will substitutes* por las autoridades españolas.

67. En cualquier caso, se hará referencia a la opción más aceptada, que es la de calificar el *trust* de acuerdo con la función que ejerce en Derecho español. Como indica M. VIRGÓS, dado que es una figura muy flexible, que admite varias funciones y posibilidades, se tendrá que analizar cada caso en concreto. Según este autor y dentro de estas funciones, las dos más comunes para un *trust* *inter vivos* serán la de calificarlo como un negocio jurídico complejo o bien como un patrimonio organizado<sup>51</sup>.

68. En cuanto a la posibilidad de calificar el *trust* como un negocio jurídico complejo, el autor mencionado indica que ello supondría calificar de diferente forma las relaciones entre *trustee-settlor*; *trustee*-beneficiario y *settlor*-beneficiario. Las primeras serían calificadas como un contrato atípico con elementos del contrato de mandato y de contrato en beneficio de tercero, y a las segundas se le aplicaría esa misma Ley, puesto que el beneficiario sería el tercero en favor del cual el *trustee* se obliga con el *settlor*<sup>52</sup>. En estos dos casos se le aplicarán al *trust* las normas sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de producción interna del Derecho español, es decir, art. 10.5 CC (dado que, como se ha indicado, el Reglamento Roma I excluye el *trust*)<sup>53</sup>. En cuanto a las relaciones entre el *settlor* y el beneficiario, serían calificadas como una donación. Se le aplicarían por lo tanto la Ley dispuesta por el art. 10.7 CC (Ley nacional del donante). A pesar de lo expuesto, los efectos reales del contrato quedarían regidos

<sup>49</sup> Vid. [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.status&cid=59](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=59) (fecha última consulta: 30/09/2015).

<sup>50</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust, La institución anglo-americana y el Derecho internacional privado español*, Bosch, Madrid, 1997, p. 61.

<sup>51</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 99-100.

<sup>52</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>53</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 80.

por la Ley de situación del bien (art. 10.1 CC). De esta forma, si el bien sobre el que se constituye el *trust* se encuentra en territorio español las dificultades de trasposición son evidentes<sup>54</sup>.

69. En cuanto a la calificación del *trust* como un patrimonio organizado, sería más apropiada si el *trust* se destina a una finalidad específica. Si se opta por esta calificación, se le aplicarían las normas de conflicto relativas a las personas jurídicas y a las fundaciones a todas las relaciones internas derivadas del mismo (art. 9.11 CC)<sup>55</sup>.

### C. Reconocimiento y ejecución de decisiones

70. Todas las decisiones extranjeras de un tribunal de un Estado Miembro que tengan como base una acción relacionada con un *will substitute* de los estudiados (naturaleza contractual, actos de liberalidad, actos societarios o *trust* intervivos) al ser materia civil o mercantil de carácter patrimonial, estarán sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento Bruselas I bis.

71. En el caso de decisiones que provienen de terceros Estados, la cuestión se regirá en la mayoría de los casos (si no se aplica otro Convenio internacional) por las normas de producción interna de cada Estado Miembro. En España por lo tanto se aplicarán a esta cuestión los arts. 41 a 55 de la nueva Ley de cooperación jurídica internacional<sup>56</sup>.

## IV. Conclusiones

72. Con la exclusión de los *will substitutes* del ámbito de aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo, el legislador europeo está tomando postura sobre una cuestión de Derecho material: está aceptando que la sucesión *mortis causa* no es la única vía que tiene el causante para decidir sobre el destino de su patrimonio una vez que fallezca. Esta postura en relación a la sucesión, como se ha podido comprobar, es más propia de los países de *common law*, en que la posibilidad de disponer del propio patrimonio por vías distintas de la sucesoria es mucho más amplia que en los países de tradición civilista, en los que este tipo de disposiciones podrían considerarse incluso fraudulentas. Esta toma de posición del Reglamento resulta llamativa, sobre todo si se tiene en cuenta que finalmente ni Reino Unido ni Irlanda aplicarán este Reglamento.

73. Esta toma de postura no queda sin consecuencias en la práctica. Al excluir los *will substitutes* del Reglamento, el legislador europeo legitima que este tipo de negocios se rijan por sus propias normas y aumenta exponencialmente las posibilidades de otorgarlos con validez en toda la Unión Europea. Esto es así porque la mayoría de estas instituciones serán consideradas como “materia contractual” o “extracontractual” sujetas al Reglamento Roma I o al Reglamento Roma II, y por lo tanto con carta blanca para quedar sujetos a la Ley que plazca al disponente.

74. Por ejemplo, si un *contract to make a will* tuviera que regirse por la Ley del país en que el causante tenga su residencia habitual o bien por su elección por la Ley de su nacionalidad, tal y como dispone el Reglamento Sucesorio Europeo, un español residente en Francia no podría otorgar tal contrato, pues el mismo no está reconocido ni en Francia ni en España. En cambio, si se considera que el mismo es materia contractual, está sujeto a la libre elección de Ley que le proporciona el Reglamento Roma I, por lo que podría sujetar dicho contrato a la Ley inglesa, y por lo tanto hacerlo válido.

<sup>54</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, p. 108.

<sup>55</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>56</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE n. 182, 31 julio 2015, pp. 65906-65942.

75. Más allá de la calificación, los problemas únicamente podrían surgir por motivos de orden público, en el caso de que la autoridad que tuviera que decidir sobre los derechos relativos a estos negocios estimara que su decisión vulneraría los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. Pero en España esta posibilidad no parece probable, pues nuestro ordenamiento permite otras formas de separación de patrimonio del caudal relicto, y que *de facto*, suponen la transmisión de bienes o derechos por cauces distintos de la sucesión (por ejemplo, los seguros de vida, o las pensiones de la seguridad social).

76. En el fondo, el Reglamento toma en relación a esta cuestión una postura muy liberal, en la que está la idea de que el causante, y no su familia, es el dueño sin límites de su patrimonio y puede disponer de él libremente. Esta idea está también presente en otros aspectos del Reglamento, pues incluso en relación al patrimonio que formará parte del caudal sucesorio se da la libertad al causante de elegir la ley conforme a la cual se determinará su destino, aunque se trate de una libertad limitada. Esta autonomía de la libertad del causante es uno de los pilares fundamentales del Reglamento sucesorio y se manifiesta también a través de la exclusión de los *will substitutes* de su ámbito de aplicación<sup>57</sup>.

77. Con esta exclusión, en definitiva, el Reglamento parece mandar un mensaje a los juristas de tradición civilista de que no todo lo que tiene que ver con la sustitución en la titularidad de un bien o derecho por causa de muerte pertenece al Derecho de sucesiones, y que por lo tanto es legítimo generar cauces paralelos y diferentes a la sucesión *mortis causa* para la transmisión de los activos del causante. Una idea que, sin duda, nos será difícil de asimilar, pues se enfrenta con el propio origen del Derecho sucesorio en el Derecho romano, que no es otro que la “sustitución” del *pater familias* en todos sus derechos y obligaciones en el momento de su muerte<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre estos pilares véase P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, n. 4-2012, pp. 691-732, esp. p. 696-697.

<sup>58</sup> P. F. MONLAU Y ROCA, *Diccionario etimológico de la lengua castellana, precidido de unos Rudimentos de etimología*, Imprenda de Rivadeneyra, Madrid, 1856, pp. 143 y 226: “sucesión” viene del latín, *su-c-cedere*, el que sigue (*su, sub*, debajo de, continuidad) al que se retira (*cedere*, abandonar, retirarse).