

EXTRANJEROS Y DERECHOS FORALES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020*

FOREIGNERS AND FORAL LAWS: COMMENTS ON THE JUDGEMENT ISSUED BY THE AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES ON 30 DECEMBER 2020

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

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

Recibido: 22.02.2021 / Aceptado: 27.04.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6294>

Resumen: La sentencia comentada determina de una manera adecuada la ley que debe aplicarse a la sucesión de un extranjero con residencia habitual en España. En concreto, determina que es aplicable la de su residencia habitual en un territorio foral.

Palabras clave: sucesión internacional, extranjeros, derechos forales.

Abstract: The commented sentence determines in an adequate way the law that must be applied to the succession of a foreigner with habitual residence in Spain. Specifically, it determines that it is applicable that of the region of residence.

Keywords: International succession, foreign, foral law.

Sumario: Introducción. II. Hechos que se plantean. III. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2019. IV. La visión de la audiencia provincial de las Islas Baleares. VI. Conclusión.

I. Introducción

1. La sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020, revisando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2019¹ se enfrenta a la problemática cuestión de las sucesiones de los extranjeros sometidas, en virtud del Reglamento 650/2012², a una de las normativas españolas.

* ECLI:ES:APIB:2020:2608. Una vez aprobada la publicación del presente comentario el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares en sentencia de 14 de mayo de 2021 desestimó íntegramente el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia impugnada. La sentencia de casación, pendiente de publicar en CENDOJ, y que –como la anterior– me fue amablemente anticipada por el notario de San Sebastián D. Francisco Javier Oñate Cuadros, será objeto de un futuro comentario.

¹ BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019.

² Reglamento (UE) No 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. DOUE L-201/107, de 4 de julio de 2012.

II. Hechos que se plantean

2. Resumidamente, los hechos son los siguientes: el 16 de marzo de 2018 una mujer de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca, hizo ante notario donación de bienes con pacto de definición a sus hijos, también de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca, conforme al artículo 50 de la Compilación Balear³; unos días después hizo constar en un acta de manifestaciones que no había otorgado *professio iuris* en favor de su ley nacional.

3. La Registradora de la Propiedad del lugar de localización de los bienes denegó la inscripción, por lo que su calificación fue en primer lugar recurrida ante la DGRN que emitió la resolución *aparentemente ortodoxa*⁴ que veremos a continuación.

III. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2019

4. La resolución confirma la calificación; acudiendo al Reglamento 650/2012 en primer lugar determina que la sucesión se regirá por la Ley española, para buscar la solución al conflicto interno, acude, en primer lugar, a la normativa interna por remisión del artículo 36.1, concluyendo que, habida cuenta que los extranjeros carecen de vecindad civil -determinante de la ley personal en los conflictos internos- debe acudir a la ley de la unidad territorial de residencia de la instituyente -art. 36.3 del Reglamento-, razonamiento que suscribimos. A pesar de ello, rechaza la aplicación de la normativa balear, en tanto considera que se trata de una cuestión no de conflicto, sino de normativa sustantiva balear, con el siguiente razonamiento: “El análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín para su celebración. Esta consideración, como lo es, (...) actualizados –según interpretación constitucional del artículo 149.1.8.^a de la Constitución– pero fundados en su tradición jurídica, nada tiene que ver con la conexión «vecindad civil» que es relevante, como se ha indicado, para la determinación de ciertos supuestos mixtos, en la confluencia del conflicto entre dos unidades territoriales en una sucesión internacional. (...) En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión. Es decir, no supone un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear. Y conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante no sea mallorquín”.

5. Es decir, que, si bien el Reglamento nos lleva al Derecho balear, este no es aplicable porque sólo aplica a los avecindados en esta Comunidad Autónoma, “conforme a la tradición y los antecedentes históricos”.

6. Esta interpretación ha sido objeto de variadas opiniones negativas, avaladas, como veremos, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares. Compartimos que la doctrina del Órgano administrativo no puede sino merecer una severa crítica, pues conforme a esa línea interpretativa ningún

³ El artículo 50 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares dispone:

Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima.

El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición.

La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública.

Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima.

⁴ S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ,, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019”, *La Ley Unión Europea*, N° 79, octubre 2019, p. 3.

Derecho foral aplicará nunca a un extranjero, a pesar de que resida en una *unidad territorial foral*, si todos los Derechos forales aplican sólo a sus vecindados. ¿Qué significa esto? ¿Qué siempre aplicará el Derecho común, como dice, con acertadas palabras J.C. MARTÍN ROMERO⁵? Eso nos tememos, a pesar de que la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1993⁶ sentó la igualdad de todos los derechos civiles españoles dentro de su ámbito competencial: los órganos centrales deben asumir de una vez por todas que España es un Estado descentralizado en materia de Derecho civil, con igualdad entre todos los ordenamientos dentro de su margen competencial, y no un Estado que *tolera* ciertos *folclorismos locales* siempre que no pretendan salir de su *tiesto*. Autores como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ⁷ consideran que en una sucesión internacional no cabe “resucitar en un segundo escalón” la vecindad civil cuando el Reglamento ha optado por otra solución; B. BIBILONI GUASP⁸ manifiesta que “... no tiene sentido que un extranjero, afincado en Mallorca, y al que la ley europea le concede la facultad de regir su sucesión por la ley del territorio más cercano, no pueda dar satisfacción, como si fuera un balear más, a su anhelo de adelantar su sucesión a favor de sus hijos o, en su caso, de otros familiares allegados, sin tener que esperar al momento de su fallecimiento”, en tanto la norma que rige la sucesión no exige expresamente la vecindad civil del causante, dejando la determinación de su ámbito personal a la ley general reguladora de los conflictos; finalmente, I. ESPÍÑEIRA SOTO⁹ se pregunta si no “...convendría interpretar el artículo 50 Compilación en el sentido de que lo que el legislador quiere es que el pacto sucesorio se rija por la ley personal del disponente y ésta tras el Reglamento, para los extranjeros con su centro de vida en cualesquiera de las Comunidades de España con derecho civil propio no es la ley del Estado de su nacionalidad, salvo que hayan hecho uso de la *professio iuris*, sino la ley de la unidad territorial en la que éste tiene su residencia habitual en el momento de la conclusión del pacto, artículos 21.1, 24.1, 25.1 y 36.2 letra a) del Reglamento”.

7. A las que habría que añadir la eventual contravención del *Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*, como apunta J.J. PÉREZ MILLA¹⁰, en tanto “cualquier normativa territorial civil que establezca la condición foral como requisito y por ello impida su ejercicio a otro ciudadano de la Unión, vulnera el Principio del DU y debe eliminarse salvo justificación”.

8. O lo que es peor ¿significa esto que de una forma u otra la ley nacional del 9.8 CC se resiste a desaparecer? Porque es verdad que la Resolución dice que no es de aplicación el derecho balear, pero no deniega la inscripción del pacto sucesorio en virtud del artículo 1271 CC, sino que solo porque no es aplicable el Derecho balear y porque “a priori, el pacto no responde a la ley de la nacionalidad del donante”. Si esto es así, si se trata de una aplicación forzada de la nacionalidad –no olvidemos que no había *professio iuris*– sería peor, porque se habría inaplicado el Reglamento 650/2012 de manera indirecta, saltándose su posición en el sistema de fuentes, para acudir a *viejos* conceptos, por muy queridos que sean.

9. Adicionalmente debemos recordar que la propia DGRN en resolución de 24 de julio de 2019¹¹ da una respuesta más *canónica*, resolviendo que está sometida a la normativa balear –en concreto, a la

⁵ “Y es que según la Dirección General, parece que para gozar de dicha especialidad foral sucesoria es precisa la nacionalidad española y la vecindad civil mallorquina. En realidad el problema es que los extranjeros no gozan de vecindad civil y la Dirección General no está por aceptar los criterios dinámicos de equiparación o sustitución en cuanto a extranjeros de la vecindad civil por la residencia habitual”

J.C. MARTÍN ROMERO, “Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019” *El Notario del siglo XXI*, nº 86, julio-agosto de 2019.

⁶ Sentencia 226/1993, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1993).

⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 15.

⁸ B. BIBILONI GUASP, “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España”, www.notariosyregistradores.com, 23 de mayo de 2020, p. 21.

⁹ I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Reglamento Europeo de Sucesiones y Derechos Civiles de España. Retirando capas de barniz”, www.notariosyregistradores.com, 17 de septiembre de 2019, p. 12.

¹⁰ J.J. PÉREZ MILLA, “Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español”, *La Ley Unión Europea*, Nº 88, enero 2021, p. 12.

¹¹ BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019.

vigente en Eivissa y Formentera- la sucesión de un ciudadano alemán residente en ésta isla “según resulta de claros indicios, desde años antes de su fallecimiento”; se trataba de una sucesión testada, pero en la que “la lectura del título sucesorio no permite establecer ni aun de forma tácita “*professio iuris*” a la ley alemana...” por lo que acude a la Ley española, y de entre las diversas existentes, a la del lugar concreto de residencia habitual del causante extranjero. Razonamiento que no podemos sino suscribir y que hace aún más incomprensible la resolución anterior.

IV. La visión de la Audiencia provincial de Islas Baleares

10. Ya adelantamos que la solución alcanzada por la Audiencia Provincial nos parece acertada¹²; destaca que el punto de conexión vecindad civil no puede predicarse de un extranjero, por lo que no cabe acudir al artículo 36.1 del Reglamento, sino al 36.2, que nos remite a la unidad territorial en la que el causante tenga su residencia habitual para revocar la sentencia de instancia y la resolución de la DGRN manifestando que “...la aplicación de la Compilación Balear al supuesto que se nos plantea exige, dado que nos hallamos ante una situación jurídico privada internacional, una interpretación de la exigencia de “de vecindad mallorquina” del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con el Reglamento (UE) nº 650/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50. Entendemos que esta interpretación de la norma (...) favorece la coherencia sistemática de la regulación de la figura en su aplicación para Ibiza y Formentera y para Menorca, donde no existe una exigencia de subvecindad ibicenca o menorquina al modo previsto en el art. 50 CB. Pero, sobre todo, resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “ se rija por una ley previsible” para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento” para concluir con una frase que nos parece básica en la aproximación al problema “...es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés”.

11. Poco cabe comentar de unos Fundamentos de Derecho que se explican por sí mismo; la Audiencia, adopta una solución fundamentada en el Reglamento 650/2012, respetuosa no sólo con éste, sino con los Derechos territoriales, concluyendo de la manera más razonable, que no nos encontramos ante una cuestión interna sino internacional y que, en este caso, no sirviendo la solución nacional de la vecindad civil, procede acudir a la solución del Reglamento, esto es, a la ley de la residencia habitual del instituyente.

V. Estado actual de la cuestión

12. Vista la sentencia comentada y la resolución de la DGRN de 24 de julio de 2019 a la que nos hemos referido debería dar por zanjada la cuestión; sin embargo, un poco antes de dictarse la sentencia, la Resolución de la DGSJFP de 10 de agosto de 2020¹³ da una nueva vuelta al asunto, concluyendo, por otro camino, que, una vez más, un extranjero no puede acogerse a un pacto de definición, manifestando que la posibilidad de otorgar un pacto sucesorio es una cuestión formal!, por lo que, a la luz del artículo 27 del Reglamento 650/2012 puede hacerse depender de la nacionalidad -en este caso, vecindad civil- del otorgante. Lo que se puede criticar, simplemente, acudiendo al Derecho positivo, en concreto, al

¹² Me permito aventurar que les parecerá igualmente acertada a los autores que he venido citando.

¹³ BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020.

artículo 25.1 del Reglamento, conforme al que: *1. Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de una sola persona se registrará, por lo que atañe a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto.*

13. Completado con el 26, del siguiente tenor literal: *1. A los efectos de los artículos 24 y 25, se referirán a la validez material los siguientes elementos:*

a) la capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa.

14. Es decir, que queda meridianamente claro que no se trata de una cuestión formal -susceptible de las limitaciones del 27.1- sino material, regulada por la ley que rige la sucesión. Todo ello sin perjuicio de que, el Reglamento en su artículo 75 expresamente deja subsistente el Convenio de La Haya sobre forma de disposiciones testamentarias para los Estados que son parte del mismo; es decir, que ¡el artículo 27 del Reglamento no rige en España!

VI. Conclusiones

15. La sentencia comentada no nos puede parecer sino correcta en su apreciación: el Reglamento nos lleva a la aplicación del Derecho de la unidad territorial de residencia del extranjero, en este caso la balear, al pacto de definición; así, cuando el causante es extranjero la remisión a la vecindad civil no puede tenerse sino por no hecha, en tanto ese punto de conexión queda desplazado por los del Reglamento. Es verdad que eso da lugar a situaciones tan curiosas como que a un extranjero residente le aplique una norma que no aplica a un español residente pero con otra vecindad civil; puede tener sentido o no, pero es lo que hay¹⁴ y los organismos directivos tendrán que ir asumiéndolo, adaptando el Derecho interno al Reglamento, y no éste a aquél.

¹⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, , op. cit., p. 15.