

A PROPÓSITO DE «LE DÉCLIN DES PROBLÈMES INTERNATIONAUX DE FORME DES TESTAMENTS». OBSERVACIONES PARA UN REGLAMENTO COMUNITARIO*

Marta Requejo Isidro**

Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

En el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos, presentado en 2005 al público, la Comisión Europea preguntaba formulaba una pregunta sobre cuál debería ser la ley aplicable a la forma de los testamentos internacionales. Representantes de países miembros, autores e instituciones han contestado con una simple remisión al Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, de aplicación universal, y en vigor en un amplio número de Estados. Este estudio trata de poner de manifiesto algunas razones que excluyen que la respuesta sea tan sencilla.

Palabras clave: Testamento internacional; forma; Libro Verde sobre sucesiones y testamentos; ley aplicable a la forma del testamento; Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias

Abstract

Question number 3 of the European Commission Green Paper on Successions and Wills read as follows: "What should law should applicable to validity as to the form of the will?" Most of the contributions of the public answered this question just reminding the 1961 Hague Convention on the Conflict of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions, ratified by a considerable number of countries throughout the world, and universal in its application. This paper aims to explain some factors excluding such easiness in the answer of the question.

Recibido: 03/05/07. Aceptado: 15/06/07

* El presente trabajo se enmarca dentro de la ejecución del Proyecto de investigación subvencionado por la Xunta de Galicia PGIDIT06CSC20201PR, "A nova Lei 2/2006 de dereito civil de Galicia no actual proceso europeo de unificación do dereito de sucesións: implicacións para a emigración galega" (Cod. PGIDIT06CSC20201PR), subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia; Proyecto de investigación, "Derecho de sucesiones en Europa y libertad de testar: situación sustantiva, unificación conflictual y posición de los Derechos civiles autonómicos" (Ref. SEJ2007-65950/JUR), Subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Departamento de Derecho Común

Keywords: International will; form; European Commission Green Paper on Successions and Wills; conflict of laws rule on the form of wills; 1961 Hague Convention on the Conflict of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions

Iniciaba yo mi carrera universitaria cuando tuve la ocasión de examinar con José Manuel Lete del Río el testamento mancomunado en la primera Ley de Derecho Civil de Galicia, hoy derogada. Sean estas palabras un homenaje, en un tema que he elegido recordando aquel que compartimos.

I. Planteamiento

1. La creciente movilidad de las personas, el aumento del número de uniones entre nacionales de Estados diferentes, acompañadas a menudo de la adquisición de bienes situados en diferentes países, originan con frecuencia cada vez mayor casos de sucesión transnacional. Tres datos estadísticos dan prueba del interés de la problemática jurídica de una sucesión transfronteriza. Señalaba el Banco de España en 2004 que hasta el año 2008 el 50% de la demanda de segundas residencias en España correspondería a compradores extranjeros (52% británicos, 22% alemanes; 8% franceses, 6% italianos, 6% escandinavos, 2% belgas). En el mismo año se intentó determinar la cifra de depósitos y cuentas bancarias de extranjeros en Luxemburgo, y aunque no llegó a concretarse un número se sabía que la cantidad era elevada. Hoy son millones los ciudadanos de la UE residentes en países miembros diferentes al de la nacionalidad de origen.

2. La sucesión *mortis causa*, ya sea testada o intestada, provoca un conjunto de situaciones jurídicas de cierta complejidad que se agravan si hay presencia de ingredientes extranjeros. Los afectados se enfrentan a dificultades resultantes de la disparidad de las normas sustantivas y procesales que regulan la materia en cada Estado; e incluso en el seno de uno solo. El DIPr. gana protagonismo en tanto que rama del Derecho cuyo objeto es regular las situaciones jurídico-privadas dotada de elementos de heterogeneidad relevante.

3. En realidad, la cuestión sucesoria -en sus múltiples manifestaciones- ha estado siempre presente en los conflictos de leyes. Una pregunta en concreto, la relativa a la validez formal del testamento con elemento extranjero, propició el desarrollo de una de las soluciones más antiguas y común a

múltiples ordenamientos, la *lex loci regit actum*; y también ha servido de banco de pruebas para la edificación de problemas metodológicos de la disciplina, y de ideas para solventarlos. Encontramos la pregunta sobre la ley de la forma ya de la mano de Guillermo de Cuneo (1348) y de las dudas acerca de la validez del testamento del boloñés en Florencia; la ley aplicable a la forma del testamento ológrafo del holandés es el punto de partida de la construcción sobre la *calificación ex lege fori* de E. Bartin¹; el *reenvío* de la ley de Nueva York a la ley de Quebec posibilita la validez del testamento ológrafo redactado por el nacional canadiense en aquella ciudad de EEUU². La fórmula *locus regit actum*, que designa el ordenamiento aplicable al revestimiento formal de los actos jurídicos, evolucionó desde la competencia exclusiva de la ley local a la relación de alternatividad con otros puntos de conexión, a fin de favorecer la conservación del negocio: especialmente cuando -como sucede con las disposiciones testamentarias- este es irrepetible por desaparición del autor. En este sentido vale como ejemplo prototipo de la *norma de conflicto materialmente orientada*, frente al paradigma clásico heredado de F.K. von Savigny, ciego a consideraciones de justicia material³.

4. Cuando en 1893 ve la luz la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado figura entre sus objetivos y en su programa de trabajo la preocupación por la uniformidad del estatuto sucesorio -esto es, por evitar que diferentes jueces alcanzaran soluciones divergentes en torno a una misma sucesión-. En los años siguientes se abordaron al tiempo la creación de normas de conflicto sobre los aspectos sustantivos de la sucesión, y la forma del testamento⁴. Los primeros no prosperaron, sin embargo, a la misma velo-

¹ Bartin, E., "La doctrine des qualifications", *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1930, t. I., p. 562. El mismo ejemplo será luego hipótesis de trabajo de muchos otros autores.

² Da cuenta del caso Boulanger, F., *Les successions internationales*, Economica, 1981, p. 167.

³ Para retratar la evolución desde la conexión única podríamos remitirnos a la evolución del DIPr. desde el siglo XIX de países como Francia, Italia, España... O también, como catalizador de todos, a la Conferencia de La Haya: *vid. npp. siguiente*. Sobre la crisis del paradigma, entre otros motivos por su (imputada) neutralidad, véase por todos el resumen de Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, cap. IV, en la primera o sucesiva ediciones.

⁴ En 1893 se realizaba ya una propuesta sobre ley aplicable a la sucesión. Su art. 3, relativo a la forma del testamento, consagraba la aplicación de la ley local con dos excepciones: el caso del testamento otorgado conforme a la ley nacional del disponente ante agentes consulares de su nacionalidad; y, como concesión al art. 992 Cc holandés y la prohibición del testamento ológrafo incluso fuera de Holanda, el caso en que la ley nacional exigiera como condición sustancial una determinada forma. En 1894 se añade la ley personal a la

cidad que los segundos, y mientras en 1961 se adoptaba el Convenio de La Haya de 5 de octubre, sobre forma de la ley aplicable a las disposiciones testamentarias, habría que esperar a 1973 y 1989 para que vieran la luz un texto relativo a la administración internacional de sucesiones (1973) y otro a la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (1989). Tampoco hay paridad en cuanto al éxito de los instrumentos: al Convenio de 1961, en vigor desde 1964, pertenecen 38 Estados; tres tienen en vigor el Convenio sobre la administración de sucesiones, en vigor desde 1993; y sólo uno ha ratificado el de 1989.

El dato de la aplicación *erga omnes* del Convenio de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, unido al del número elevado de Estados firmantes, y al exponente de *favor validitatis* que es su art. 1⁵, justifican un optimismo que llevó a sostener hace casi treinta años “le déclin des problèmes internationaux de forme des testaments”⁶. Pero, ¿hasta qué punto es así; y hasta qué punto lo es en, y entre, los países de la UE?

5. En el año 2005 la Comisión Europea publicó su Libro Verde sobre sucesiones y testamentos⁷. La pregunta tercera del documento planteaba la cuestión de la ley aplicable a la validez formal del testamento junto a otras. Bastantes respuestas (pero no todas⁸) entre la que se cuenta la española, han resuelto la cuestión por medio de una remisión al Convenio de La Haya de 1961; en este mismo sentido apunta el Dictamen del CES⁹, así como otras opiniones expresadas al hilo de la consulta pública de la Comisión¹⁰. Sin

conexión “lugar de celebración”. En 1928 se introducen los factores temporales (ley personal al tiempo de otorgar testamento o al tiempo del fallecimiento) que posibilitan la multiplicación de las conexiones. Los trabajos se retoman en 1956 con el impulso de la delegación británica, y finalizan con la adopción del Convenio en 1961. Sobre las distintas etapas y las razones de los importantes cambios que cristalizan en el texto final, *vid.* Volken, P., “Von der Testamentform im IPR”, en *Mélanges en l'honneur de Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 575-590.

⁵ Sobre ambas características *infra*, II.1.

⁶ Boulanger, F., p. 166.

⁷ COM(2005) 65 final, no publicado en el *DOUE*.

⁸ No lo hace así el Informe de la República Checa, por ejemplo. Este texto y todos los relacionados con el Libro Verde están a disposición del público en la dirección http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/news_contributions_successions_en.htm#member_states.

⁹ De 8 de noviembre de 2005; puede consultarse en el sitio http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ces_fr.pdf.

¹⁰ *Vid.* la respuesta de Boulanger, F., http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_boulanger_fr.pdf, p. 4.

embargo, si en 2004 sólo dos países de la UE (Italia y Portugal) no eran parte del Convenio, en 2007 son ya once. No se ha producido a nuestro conocimiento todavía un acto de la Comisión incitando a los Estados miembros a firmar el instrumento de La Haya "en interés de la Comunidad" –como sí ha sucedido en otros ámbitos-. Ahora bien, no estamos seguros tampoco de que satisfacer esta instancia, si la hubiera, fuera el fin de todos los interrogantes. El Convenio de la Conferencia de La Haya no provee una regulación completa de la validez formal del testamento internacional; en realidad, ni siquiera lo que ofrece es uniforme. Entre las faltas más notables en el seno del Convenio destaca la voluntaria abstención de quienes negociaron el instrumento a la hora de precisar qué ha de entenderse por "forma", con carácter general; y también, si es "forma" o no alguna categoría típicamente controvertida, cual es la del testamento conjunto (*mancomunado*, *joint will*). Debe considerarse también el hecho de que se autoricen reservas, aptas para alterar su aplicación homogénea.

6. Hay más datos que sustentan la actitud de escepticismo frente a la afirmación reproducida más atrás: aparecen cuando descendemos a la práctica. En la española no hallamos un solo supuesto en que siquiera se cite el Convenio de La Haya, pese a que lo tenemos en vigor desde 1988 (y, salvo reserva que España no ha formulado, es aplicable a los casos en que el testador fallece con posterioridad a esta fecha -art. 8). Es cierto que no han sido muchas las ocasiones en que se ha suscitado ante los jueces la cuestión de la nulidad de un testamento con elemento extranjero por motivo de su forma: pero en las que ha habido el instrumento no ha recibido aplicación, y se hace referencia en cambio a la norma del Código Civil como competente en la materia.

Terminamos señalando un temor de orden distinto, más reciente, sugerido por una Resolución de la DGRN a propósito del rol de los Notarios españoles y extranjeros intervinientes en los actos relativos a la transmisión de propiedad inmobiliaria sita en España: la Dirección General niega la equivalencia entre Notarios y excluye el acceso al Registro de la escritura pública extranjera. Se consideraba en el supuesto el caso de una escritura de compra venta; el testamento es como el contrato un título para la adquisición de propiedad, por lo que es lógica la pregunta sobre la extensión de la doctrina.

7. Vamos a exponer seguidamente los rasgos más sobresalientes del Convenio de La Haya, pensando en su incorporación o, al menos, en que sea

considerado como punto de partida de una reglamentación comunitaria uniforme de la norma de conflicto sobre forma de los testamentos. Veremos luego cada uno de los motivos que, como hemos indicado, sugieren que el grado de madurez en la materia no es que sugiere la existencia y antigüedad del Convenio.

II. Sobre la incorporación del (o remisión al) Convenio de La Haya en la norma de origen comunitario

1. El sistema del Convenio de La Haya a grandes trazos

8. La necesidad de una norma de conflicto uniforme, de amplia aplicación, que facilitara la expresión de las últimas voluntades de los individuos en cualquier lugar, considerándolas luego válidas, se enuncia en la propuesta de la delegación inglesa a la Conferencia de La Haya de cara a su sesión de 1960 ("il importe de poser des règles qui permettent de valider autant que possible le testament en la forme"¹¹).

9. El Convenio de La Haya presenta dos características que fueron una importante novedad en la época: su aplicación universal, o *erga omnes* (art. 6), que significa que se aplica sea cual sea la ley designada como aplicable por sus reglas, sin condición de reciprocidad. O dicho de otra manera: para una controversia acerca de la validez de una disposición testamentaria que caiga en el ámbito de aplicación material del instrumento, sólo es preciso que el operador jurídico al que se reclama respuesta pertenezca a un Estado parte del Convenio.

El segundo dato relevante se manifiesta en el art. 1, que retiene varios puntos de conexión en relación de perfecta alternatividad entre ellos: la disposición testamentaria de cuya validez formal se duda habrá de ser contrastada con todos y cada uno de los ordenamientos designados por la norma antes de poder concluir que es inválida; esto es, sólo si todas las reglas nacionales sobre forma del testamento, sumadas, conducen a tal resultado, cabrá declarar nula la última voluntad del disponente. Hay cinco puntos de conexión distintos que determinan la competencia de un número de leyes todavía mayor

¹¹ *Rapport de la Commission spéciale présenté par M. Henri Batiffol, Actes et Documents de la Neuvième Session de la Conférence de La Haye*, t. II, ed. por el Bureau Permanent de la Conférence, p. 18.

en atención al desdoblamiento que produce la fijación de diversos momentos (momento en que se dispone, y momento de fallecimiento) para la toma en consideración de las conexiones de nacionalidad, residencia habitual, y domicilio del causante; la ley del lugar de situación de los inmuebles y la ley local se añaden a éstas para completar el número indicado¹².

2. Ámbito espacial del Convenio: veintisiete países en la UE...

10. ... de los cuales once no son parte del Convenio de La Haya¹³.

11. En la práctica, el hecho de que el instrumento convencional falte en un número representativo de Estados miembros de la Unión podría resultar irrelevante, sin embargo: todo depende de cuál sea el contenido de la norma de conflicto aplicable en defecto del Convenio. Se ha podido afirmar así, por ejemplo, que el hecho de que Italia no figure en el conjunto de países entre los que se encuentra en vigor el Convenio tiene una importancia relativa, dada la práctica identidad entre las reglas autónomas y las previsiones del Convenio¹⁴. Ahora bien, no cabe decir lo mismo respecto a, sin ir más lejos, Portugal. Frente al abanico de conexiones previsto en el instrumento convencional, el sistema portugués, art. 65.1 Cc, juzga la validez formal del testamento conforme a una de sólo dos alternativas: ley del lugar de redacción del testamento (si bien con admisión del reenvío¹⁵) o ley nacional; se excluyen las leyes del domicilio y de la residencia habitual. Se añade que el art. 2223 Cc exige la forma solemne para la validez en Portugal del testamento del nacional portugués hecho fuera del país: aunque hay desacuerdo en la

¹² Von Overbeck A.E., *Conflicts de lois en matière de forme des testaments*, ed. Universitaires, Friburgo, Suiza, 1961, esp. pp. 12-15, ha señalado también la existencia de puntos de conexión "indirectos", que pueden ser reconducidos a los directamente incluidos en el Convenio: así, la ley del contenido de la sucesión, y la *lex fori*. Casswell, D.G., "The conflict of laws rules governing the formal validity of wills: past developments and suggested reforms", *Osgoode Hall L.J.*, 1977, pp. 164-214, esp. p. 183 y pp. 200-201, se refiere a la ley designada por el testador.

¹³ Italia, Portugal, Malta, Chipre, Letonia, Lituania, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Rumanía y Bulgaria.

¹⁴ Art. 48 Ley de 31 de mayo de 1995. El ordenamiento italiano no retiene el punto de conexión lugar de situación del inmueble, que sí consta en el art. 1 del Convenio.

¹⁵ Que el Convenio de La Haya, en cambio, excluye: las referencias a la ley nacional son constantemente a la ley *interna*, expresión consciente de la exclusión de las normas de conflicto del sistema designado. .

doctrina acerca de qué significa “solemne”, sosteniendo unos que no es suficiente el escrito, y otros lo contrario¹⁶.

El examen de países geográficamente más alejados de nosotros, como por ejemplo de Lituania o Eslovaquia, sirve a poner de manifiesto otras divergencias de entidad variable. Así, en el Informe al Libro Verde presentado por Lituania se sostiene una regla de conflicto en principio similar a la del Convenio de La Haya; sin embargo, la validez formal de las disposiciones testamentarias relativas a bienes inmuebles *debe seguir* la ley nacional del país donde se ubiquen. El Informe de Eslovaquia no sólo reduce el número de conexiones alternativas entre sí sobre las cuales se articula el *favor validitatis*, sino que también se recorta este favor por la vía de excluir la concreción de los puntos de conexión mutables en diversos momentos temporales: de este modo el testamento será válido si responde a la ley de la nacionalidad que posee el testador *al tiempo de otorgar el acto*, resultando indiferente el potencial sanador de cualquier otra correspondiente a la nacionalidad que pudiera adquirir más adelante. Ahora bien, la opción más flexible del Convenio de La Haya al solventar el problema de un “conflicto móvil” (el cambio en la circunstancia, fáctica o jurídica, de naturaleza mutable, en que consiste el punto de conexión) no fue sólo una opción *in favorem validitatis*, sino que se hizo precisamente para superar el hecho de que las soluciones al conflicto variaban según el país considerado¹⁷; por lo que es difícil suponerle vuelta atrás.

3. El juego de las reservas

12. De los Estados comunitarios que hoy tienen en vigor el convenio de La Haya, ocho de ellos lo han firmado emitiendo una o varias reservas¹⁸. Estas afectan: al art. 1.3, conforme al cual la cuestión de saber si una persona tiene su domicilio en lugar determinado es competencia de la ley de ese lugar - ley local que es sustituida por la ley del foro en los países que han hecho

¹⁶ Vid. De Lima Pinheiro, L., *Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 153, frente a Marques dos Santos, A., “Lei aplicável a uma sucessão por morte aberta em Hong Kong”, *RFDUL*, 1998, pp. 115-118, esp. p. 121. Califica la norma como “material imperativa” Marques dos Santos, A., *As normas de aplicação imediata no direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1991, p. 820.

¹⁷ Informe de la (primera) Comisión Especial al Anteproyecto de Convenio de La Haya, documento preliminar de 4 de noviembre de 1959, *Actes et Documents de la Neuvième Séssion de la Conférence de La Haye*, t. III, p. 21.

¹⁸ Austria, Bélgica, Estonia, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia y el Reino Unido.

la reserva-; al art. 10, que posibilita a los Estados negarse a reconocer el testamento oral de uno de sus nacionales carente de otra nacionalidad, que lo realice al margen de circunstancias extraordinarias; y al art. 12, que autoriza a excluir del ámbito del Convenio cláusulas testamentarias que no se conciben como de carácter sucesorio en el ordenamiento nacional¹⁹.

13. ¿Cuál es la importancia real de las reservas? Con carácter general, hay que afirmar que autorizar reservas es un germen de heterogeneidad en el seno de cualquier Convenio. Tributo que hay que pagar a fin de lograr el mayor número de adhesiones al texto, representan la primera quiebra en el objetivo de la aplicación igual en todos los Estados parte. Es por ello por lo que parece preferible, antes de admitir la facultad de reservar concretos preceptos, intentar introducir excepciones a las reglas que en dichos preceptos se enuncian: excepciones que serán obligatorias para todos los Estados parte.

14. Centrando nuestra atención sobre el Convenio de La Haya, debemos señalar no obstante que al leer las reservas posibles a la luz de los trabajos previos a la adopción del instrumento se concluye que no hay que exagerar su impacto. Así, es cierto que en principio la previsión del art. 10 -la reserva más frecuente- evoca las sustanciales diferencias entre las formas testamentarias previstas en los sistemas herederos de la tradición romana -en los que el testamento "normal" es escrito, y se aconseja el notarial- y los que por separarse de ella desconocen el testamento público y consideran regular el informal -*deathbed will*, ante testigos, típico del Reino Unido-. Sin embargo, los documentos de la IX Sesión de la Conferencia de La Haya, en la que se adoptó el Convenio, revelan que no es este supuesto el que se tenía en mente. La reserva, incluida a propuesta de la delegación yugoslava, se relaciona en los debates sólo con la forma oral de testamento como peculiaridad austriaca, caída por lo demás en desuso; el Reino Unido participó en los trabajos preparatorios del Convenio; y es uno de los países que ha ejercitado la facultad de reserva prevista en el art. 10.

La reserva del art. 1.3, que sólo han hecho dos países, responde a necesidades de orden práctico ligadas al particular sistema sucesorio del

¹⁹ Fue muy discutida la posibilidad de hacer una reserva al art. 5 del Convenio, relativo a su aplicabilidad a la forma ológrafa, prohibida a los nacionales de Holanda y Portugal por sus respectivos ordenamientos, aún en el caso del otorgamiento en el extranjero: *vid. Actes et documents...* pp. 95-100, pp. 122-126. El art. 992 Cc holandés fue derogado el 1 de agosto de 1982; y el Convenio no ha entrado en vigor en Portugal.

Reino Unido: la obtención de un poder de representación que es preciso para gestionar la herencia se realiza a través de un procedimiento de *probate*²⁰; en el marco de este proceso, de seguirse la regla general del art. 1.3, la afirmación de encontrarse el último domicilio del difunto en el extranjero requeriría la prueba del derecho de aquel lugar, con el consecuente retraso²¹.

15. Mayor alcance práctico que las anteriores podría llegar a tener la reserva prevista en el art. 12 del Convenio, que sirve para excluir de su ámbito material el juicio sobre la validez formal de actos no patrimoniales realizados a través de un testamento: reconocimiento de paternidad, legitimación, adopción, nombramiento de tutor, creación de fundaciones... Para los países que no hayan formulado la reserva, el Convenio determina la ley aplicable a la forma de las disposiciones que cabe hacer en testamento, cuyo contenido no sea propiamente sucesorio; y se proyectará sobre ellas el mismo grado de *favor validitatis*. No es frecuente, ni siquiera en la doctrina, reparar en las consecuencias que esto puede llegar a tener –y *sensu contrario*, tampoco hay una percepción real sobre la importancia de la reserva-.

4. Ámbito material e interpretación del Convenio

16. Una aspiración constante de los foros donde se negocian y se adoptan textos internacionales consensuados es que su aplicación sea lo más amplia posible; y que sea la misma en todos los Estados parte. Lograrlo requiere un exquisito cuidado en la traducción de las versiones lingüísticas, primero, y en la determinación del alcance de los términos convencionales, en un segundo lugar.

17. Y sin embargo... ¿Qué debe entenderse por “forma” del testamento? El Convenio de La Haya no lo dice. Hay un sacrificio voluntario de una definición, que se presume redundante en la mayor disposición de los Estados para adherirse al Convenio, pero que traerá consigo una calificación *ex lege fori* excluyendo la uniformidad en la materia. Las consecuencias de esta ausencia son las incertidumbres: empezando por la cuestión clásica acerca

²⁰ Una definición simple de *probate* lo presenta como procedimiento legal por el cual fallecida una persona se autoriza al ejecutor o administrador testamentario a realizar las operaciones que corresponda en relación con el *estate* del causante (inventario de bienes, pago de las deudas, reparto de la herencia, etc).

²¹ La sustitución de la ley del domicilio por la *lex fori* fue objeto de ardua discusión: *vid. Actes et documents...*, pp. 68-70

de qué es, si forma o fondo, la prohibición del testamento conjunto (*infra*, núm. 18), y siguiendo por otras como, por ejemplo, si dependen de la ley aplicable a la forma los efectos de la nulidad formal del testamento (y en ese caso, siendo varios los sistemas jurídicos potencialmente aplicables, cuál de ellos será el competente); si se entiende que una "memoria testamentaria" es una forma de testamento, y lo es también el requisito de que aparezca ligada a otro documento auténtico; si son "formas" las reglas que ponen plazo a la validez de testamentos otorgados en formas particulares, autorizadas atendiendo a que concurren circunstancias especiales; o si cuenta como forma la posibilidad de delegar la firma de la disposición testamentaria en un tercero.

18. A lo largo de la historia ha sido tema recurrente, en el marco de la delimitación del supuesto de hecho de la norma de conflicto sobre la validez formal del testamento, la de cómo calificar (si como cuestiones de "fondo" o de "forma") las prohibiciones de testamento conjunto y de testamento ológrafo. El Convenio no decide si es "forma" la mancomunada, típica en los países nórdicos y sospechosa en los latinos. En general, hay acuerdo²² en entender que el art. 4 del Convenio, donde se dice que "El presente convenio se aplica también a la forma de las disposiciones testamentarias hechas en un mismo acto por dos o más personas" no provee una calificación autónoma; no expresa una toma de postura acerca de la admisibilidad de una disposición *mortis causa* conjunta, sino que sólo regula la ley aplicable a la validez formal del acto realizado "a cuatro -o más- manos" para el caso de que este sea posible²³.

Corresponde, pues, a cada juez nacional, que lo hará normalmente a la luz de su Derecho²⁴, pronunciarse sobre si prohibir el testamento conjunto afecta al fondo o a la forma: a lo primero, por la relación entre esta manera

²² Alcanzado, no obstante, tras necesarias aclaraciones: *vid.* las observaciones de los representantes suizos en la negociación del Convenio, reproducidas en *Actes et documents...*, p. 49: « Il va de soi que la convention s'applique à la forme des testaments conjonctifs, puisqu'elle s'applique à la forme de toutes les sortes de testament. L'article 4 veut dire autre chose, c'est-à-dire que l'admissibilité des testaments conjonctifs est une question de forme ». La corrección, en *id. loc.*, p. 65.

²³ Queda sin resolver también la cuestión de si la nulidad formal del testamento conjunto por lo que se refiere a uno de los disponentes conlleva la nulidad también para la otra persona: *Actes et documents...*, p. 94, e *Informe explicativo de Batiffol*, H., *id. loc.*, p. 167.

²⁴ Está generalizada la idea de que la calificación es *ex lege fori* aunque ello no cuenta con el favor de la doctrina y es objeto de discusión; *vid.* recientemente Elhoueiss, J.L., "Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé", *Clunet*, 2005, pp. 281-313. El ordenamiento español autónomo no ofrece sin embargo otra opción (art. 12.1 Cc).

de disponer y lo que representa en términos de captación de voluntad de uno de los disponentes por el otro, o de restricción de la libertad de revocar. Los países europeos mantienen diferentes opiniones al respecto: de cara a un instrumento común de la Unión proponen la calificación "forma" Polonia o la República Checa, y también Francia, a pesar de la conciencia de que allí donde no se admite (y es el caso de la propia Francia), la materia se percibe como atinente a la sustancia²⁵. La visión opuesta prevalece en Portugal (donde ha recibido sanción directa en el art. 64.c) del Cc de 1967, y es la tradicional en la jurisprudencia italiana²⁶, aunque no en la doctrina²⁷.

19. Sí se ha resuelto, en cambio, en el Convenio de La Haya la duda a propósito de qué es el testamento ológrafo. En el art. 5 del Convenio se estipula que a los solos efectos del mismo, son cuestiones de forma las disposiciones de Derecho nacional que proscriben a un testador usar determinadas formas atendiendo a características personales; esta calificación autónoma se extiende a las reglas similares que pesen sobre los testigos. Ahora bien, una vez establecida la norma es preciso perfilar las cualidades personales que comprende: la referencia textual a edad y nacionalidad se completa con la de edad y raza aludidas en los trabajos previos, pero ya en ellos hay discordancias a propósito de circunstancias que originan la proscripción de utilizar ciertas formas, como son la ceguera o la mudez²⁸.

III. Apuntes sobre la práctica española: otros argumentos para el escepticismo

1. Convenio de La Haya y norma autónoma (el art. 11 Cc)

20. Una de las consecuencias de la entrada en vigor de un Convenio internacional con alcance universal es la automática restricción de las

²⁵ Vid. los Informes de los respectivos países en respuesta a las preguntas del *Libro verde* de la Comisión. En el caso francés es especialmente ilustrativa la *Sent. del Tribunal de Grande Instance de París, de 24 de abril de 1980, Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 684-691, n. H. Battifol.

²⁶ Desde las *Sent. de la Corte di Cassazione, de 6 de abril de 1880 y 25 de junio de 1880, Foro Italiano*, 1880, I, p. 269 y 1063.

²⁷ Especialmente, Ballarino T., *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Cedam, Padua, 1970, pp. 177: "...la proibizione del testamento congiuntivo -pertinente, in sé, alla forma-...".

²⁸ Contrástese la opinión de la primera Comisión especial, *Actes et documents...*p. 26, con la expresada por los representantes suizos, *id. loc.*, p. 41.

ocasiones en que seguirá siendo aplicable la norma autónoma sobre la misma materia. Es por ello por lo que cabe afirmar que, aun sin derogación formal, el art. 11 Cc español carece de contenido en lo que a la validez formal de las disposiciones testamentarias, en casos transnacionales, se refiere.

21. Pues bien, a pesar de lo anterior no existe a nuestro conocimiento una sola mención al Convenio de La Haya de 1961, en vigor desde 1988, en la jurisprudencia española. Decíamos en la Introducción que es verdad que han sido pocos los supuestos en que un operador español ha debido pronunciarse sobre la ley aplicable a la validez formal del testamento con elemento extranjero: algo quizá en consonancia con la tendencia a ordenar la sucesión con arreglo a las formas de la legislación española por parte de quienes poseen bienes en España²⁹. No obstante, algún ejemplo sí hay. Pare empezar, podemos citar la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 22 de julio de 2005*, sobre la nulidad del testamento abierto otorgado ante Notario español por causante de nacionalidad jordana, en junio de 1995. La nulidad fue sostenida por el juez *a quo* por faltar formalidades exigidas por el ordenamiento español *qua lex loci*; no interesa aquí que ello fuera o no cierto —estima que no lo es la instancia de apelación—, sino la referencia que se hace a la norma de conflicto rectora de la materia, que es, a tenor de la sentencia, el art. 11 Cc español.

Otro caso es la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de noviembre de 2002*, a propósito de la protocolización del testamento ológrafo de nacional belga o alemana, otorgado en octubre de 1993. La Audiencia califica la cuestión como de forma, y señala en su Fundamento Segundo "que en el caso debatido la norma de conflicto aplicable no es la contenida en el art. 9.8 del Código civil, sino la contenida en *el art. 11 de dicho cuerpo legal (...)*" (cursiva nuestra). En fin, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 21 de noviembre de 2001*, se postula la nulidad de un testamento por no haber revocado la causante la anterior disposición testamentaria con arreglo a las formalidades exigidas por el derecho privado alemán, competente en el otorgamiento del primero; la Audiencia resuelve directamente, sin apoyo en norma alguna sobre la ley aplicable a la forma.

²⁹ Puesta de manifiesto por la DGRN: véase por ejemplo la *Resolución de 1 de marzo de 2005*. Todas las decisiones que se citan pueden ser consultadas en la base de datos Westlaw Aranzadi.

22. Hay otros pronunciamientos sobre cuál sería la norma de conflicto para la forma del acto, realizados en el marco de decisiones donde lo controvertido es un aspecto material del testamento: así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 28 de junio de 2004*, a propósito del legado en testamento hecho en 1998, siendo el causante inglés. Al margen del tino de los fundamentos para desestimar la pretensión del legatario (falta de la prueba del derecho extranjero aplicable), con interés para nosotros encontramos en el Fundamento Jurídico segundo una declaración según la cual “conforme al art. 9.8 del CC se aplica el Derecho británico a la sucesión por causa de muerte, salvo a las formalidades testamentarias conforme al art. 11.1º del CC”.

23. Que el práctico español desconozca la existencia del Convenio de La Haya no merece demasiados comentarios: el hecho habla por sí solo. Si seguimos el análisis del desafuero podemos todavía imputar al operador que en realidad no conoce bien tampoco lo que dice su propio ordenamiento autónomo: la remisión que se hace al art. 11 Cc. es exclusivamente al apartado primero (que retiene conexiones similares a las del art. 1 del Convenio de La Haya, aunque no completamente iguales). El apartado segundo, que concede primacía a la ley del fondo del asunto bajo ciertas circunstancias, no es objeto de mención. Y sin embargo, prestar atención al tenor del precepto español en su conjunto supondría analizar si el acto es válido o nulo, por su forma, comenzando por consultar en primer término los requisitos de la ley del testamento o ley nacional del causante según el art. 9.8 Cc.; sólo si esta ley no tiene vocación para aplicarse –carece de prescripciones de forma con un tenor similar al del art. 733 Cc, que prohíbe el testamento conjunto *aún realizado fuera de España*, esto es, incluso cuando no es puramente doméstico– procede volver la vista al apartado primero. La lógica de la norma de conflicto autónoma es, por lo tanto, netamente diferente a la que sigue el Convenio de La Haya –en cuyo artículo 1, por cierto, ni siquiera se retiene como conexión posible la *lex causae*, ley del fondo–.

24. Podemos suponer que el origen de la práctica española radica en la falta de información (que no exime de la responsabilidad) de nuestros operadores sobre qué es lo que está en vigor en el propio ordenamiento³⁰; y

³⁰ Hay otros dos Convenios de La Haya, también de 5 de octubre de 1961, sobre supresión de la legalización y sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección

que probablemente les será mucho más difícil ignorar un instrumento de origen comunitario a propósito de la ley aplicable a la sucesión, en caso que llegue a haberlo. Cosa distinta es que a la vista de la experiencia española quepa confiar además en su habilidad para el manejo de una norma de conflicto, sea cual sea su fuente, dotada de varias conexiones en relación alternativa, que deberían articularse *de oficio* en la procura de un determinado resultado material; de modo que sólo cuando el acto sea nulo de conformidad con todas las leyes potencialmente aplicables haya que declarar la nulidad. Nuestra duda conecta con las incertidumbres vigentes sobre el cómo, y a quién corresponde, la prueba del derecho extranjero³¹, y cuál es el rol de la *lex fori* en caso de falta total o suficiente de la prueba (repárese en que la tendencia a llamarlo en defecto de acreditación del Derecho extranjero alegado por la parte reduce a letra muerta la previsión de varias conexiones, todas del mismo valor, en la norma de conflicto). Pero esta es ya una reflexión en una línea argumental distinta a la que preside este estudio.

2. Sobre la intervención del Notario español y su función

25. Con fecha de 20 de mayo de 2005 la DGRN adoptó una Resolución que levantó ampollas. Se dilucidaba en ella la aptitud del documento público autorizado por Notario extranjero como título inscribible en el Registro de la Propiedad español. La Dirección General, tras analizar el rol de la intervención del Notario en las transmisiones inmobiliarias, concluyó que se trata de la salvaguarda de los intereses de las partes y también de los terceros, entre los que se cuentan las Administraciones Públicas y muy especialmente el Fisco; y que en la función de "agente de control del tráfico jurídico", no hay "todavía suficiente parangón entre la idoneidad de un Notario español o un Notario extranjeros".

de menores; cabe que la identidad de fechas haya repercutido en la oscuridad que pesa sobre el Convenio de La Haya que tratamos.

³¹ Que afecta a la materia sucesoria, y dentro de ella a la cuestión de la validez formal, como al resto: *vid.* por ejemplo la STS, de 17 de diciembre de 1991, a propósito del testamento de nacional marroquí en España; sostienen los recurrentes la nulidad del testamento, que no se adapta ni en su contenido ni en su forma a la ley personal del causante; el TS resuelve apoyándose sin más en la falta de prueba del derecho marroquí (no se ha probado que "la ley marroquí prohíba a los ciudadanos de esta nacionalidad testar en país extranjero (...) con arreglo a las formas legales reconocidas en el mismo").

26. El testamento es en nuestro ordenamiento un título para la adquisición de propiedad, mueble e inmueble; por ello es procedente preguntarse si se extiende al otorgado ante Notario extranjero la doctrina de la DGRN a la que nos hemos referido. Una respuesta negativa es razonable -al menos, a primera vista-; y es que el Notario no desempeña en materia de disposiciones testamentarias un rol idéntico al que tiene en el caso de la transmisión por compraventa; y el principio de la actuación notarial que es el secreto del protocolo posee una fortaleza mayor en el caso de los testamentos que en el de las escrituras públicas³². En la medida en que se restringe la función de control y de cooperación del fedatario público español con otras autoridades del sistema, se facilita encontrar la equivalencia con los notarios de otra nacionalidad.

27. Hay, con todo, algún espacio para la duda. El Notario ha de colaborar con la Administración tributaria y con la Autoridad Judicial, expidiendo copias de los protocolos, y no debe excluirse que estos cuerpos tengan también interés en conocer determinados datos de los testamentos, a efectos impositivos u otros. En este mismo orden de cosas, el art. 3 de la ley española sobre Medidas de prevención del blanqueo de capitales, 19/1993, según la redacción por Ley 19/2003, 4 de julio de 2003, estipula la sujeción de los notarios a las obligaciones establecidas en la Ley, y sólo alude, al hablar del respeto del secreto profesional, a abogados y procuradores. Aunque no es impensable que la colaboración a la que viene obligado el Notario español pueda ser lograda también del extranjero, es lógico asociarla, por seguridad, a la intervención de un funcionario nacional.

O, dicho en otras palabras: para conseguir el objetivo de que el testamento con elemento extranjero sea válido, liberándole de la tiranía de las formas (locales, nacionales; o del lugar de situación del bien inmueble que es parte del patrimonio del causante), no basta con trabajar una norma de conflicto uniforme sobre la ley aplicable a la forma: se precisa cuidar también otros flancos, como es el de la función de los Notarios y la cooperación internacional de autoridades.

³² Vid. art. 93 de la Ley 58/2003, General Tributaria. es interesante también la Circular núm. 24/2006, adoptada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 27 de abril de 2006, en defensa del rol de colaborador, y no de subordinado, del Notario.

IV .¿Un “testamento europeo”?

28. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, adoptó el 26 de octubre de 1973 un Convenio cuyo objeto sería el de asegurar “con mayor amplitud, la eficacia formal de los actos de última voluntad mediante el establecimiento de una forma adicional de testamento que se denominará en lo sucesivo *testamento internacional* y que de ser empleada, eximiría en cierto grado de la búsqueda de la ley aplicable”. El Convenio de Washington está en vigor desde 1978 y son partes contratantes él varios países miembros de la UE: Bélgica, Chipre, Francia, Italia, Reino Unido, y Eslovenia. El Comité Económico y Social, en su respuesta al Libro Verde de la Comisión el 26 de octubre de 2005, propone a los servicios de la Comisión (punto 3.6) trabajar sobre un “testamento europeo”, siguiendo el modelo del Convenio de Washington; es su opinión que “esto podría incitar a una ratificación más amplia de los convenios de Washington y Basilea y ofrecer mejores garantías a los causahabientes de una sucesión testamentaria internacional que afecte no sólo a Estados miembros, sino también a terceros países”. Debe recordarse, en cualquier caso, que la adopción de un “testamento europeo” no terminaría con las dudas a propósito de la ley aplicable a la forma, en tanto que sólo se trataría de ofrecer una posibilidad a mayores de las que prevén las legislaciones nacionales.

V. Conclusiones

29. ¿Qué procede responder a la pregunta que originó este trabajo? O, ¿qué cabría señalar a la Comisión, al Parlamento o al Consejo, con vistas a un Reglamento sobre la sucesión testada internacional, en lo que afecta a la ley aplicable a la forma de las disposiciones *mortis causa*?

30. Sin duda, lo primero que hay que decir es que por todo lo expuesto el tema no queda resuelto por virtud del Convenio de La Haya de 1961. Es más, ahora mismo que este Convenio exista es fuente de complejidad de cara la adopción de cualquier otro sobre la misma materia, ya que al ser de aplicación universal los países de la Unión que lo tienen en vigor están obligados a aplicarlo en todo caso. La redacción de un texto comunitario -que se pretende también, además, *erga omnes*-, es apta para suscitar dudas sobre la

aplicabilidad de uno u otro, por lo que se aconseja prever cláusulas de compatibilidad³³.

La idea de tomar el instrumento de 1961 como simple punto de partida³⁴, en cambio, es válida, en tanto que lo es la filosofía *favor vaditatis* y la pretensión de flexibilidad o liberalidad en la materia. Ahora bien, a partir del consenso sobre el *favor testamenti* empiezan las dificultades: Suecia o Eslovenia, por ejemplo, se han pronunciado en sus respectivos Informes señalando que no aprecian la necesidad de modificar las reglas del Convenio; pero ello representa que otros países deberán hacer cesiones: y alguno de los discordantes (Portugal) lleva años defendiendo, inamovible, la opción de su Derecho autónomo. El panorama apunta así hacia la necesidad de intervención de la Comunidad en la materia: algo que algunos representantes de Estados habían puesto en duda apelando al principio de subsidiariedad de la acción comunitaria³⁵.

31. Sea cual sea la opción comunitaria prevalente (simple reproducción de las reglas del Convenio de La Haya, u otra: al menos, para paliar los déficits de aquel Convenio), en la medida en que se trate de un Reglamento gozará del beneficio de la interpretación que cabrá solicitar al TJCE. Acerca de su acogida en la práctica española (el *si* y el *cómo*), dejemos que diga el tiempo.

³³ Vid. en este sentido en el Convenio de La Haya el art. 3.

³⁴ Propuesta del Informe del Reino Unido, apéndice B, de agosto de 2006.

³⁵ Informe del Reino Unido.