

## ESTUDIOS

### Orden público y sucesiones (I)

MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
de la Universidad de Sevilla*

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular interina de Derecho Internacional Privado  
de la Universidad de A Coruña*

*SUMARIO: I. Introducción.—II. Textos internacionales.—III. Testamento mancomunado.—IV. Testamento por comisario.—V. Sucesión contractual.—VI. Contenido del testamento.—VII. Sustituciones hereditarias.*

---

#### I. INTRODUCCIÓN

---

El Derecho de sucesiones, como el del régimen de bienes en el matrimonio, es un Derecho fronterizo; se sitúa en la encrucijada del Derecho de familia y del Derecho patrimonial. Esa doble atracción, que obliga a una cuidadosa delimitación del ámbito de aplicación de las leyes en presencia, genera numerosas dificultades.

La extraordinaria frecuencia de los conflictos de leyes y de los litigios en materia sucesoria obedece a varios factores, como la complejidad de la materia sucesoria, la diversidad legislativa existente (a propósito de la sucesión contractual, testamento mancomunado, legítimas, sustituciones hereditarias...) y la importancia de los intereses en presencia.

Las sucesiones han constituido un ámbito especialmente favorable al planteamiento, incluso a la construcción doctrinal, de algunos problemas de aplicación de la norma de conflicto. Pensemos en la importancia que en la elaboración de la doctrina de las calificaciones de E. Bartin en los últimos años del siglo XIX tuvieron algunos casos de la práctica en materia sucesoria, como el famoso asunto *Bartholo*, o de los esposos malteses, que tenían bienes en territorio francés, resuelto por sentencia del Tribunal de

Argel de 24 de diciembre de 1889<sup>1</sup>, a propósito de la determinación de la naturaleza jurídica de la institución de la cuarta del cónyuge viudo pobre, conocida por el Derecho maltés pero no por el Derecho francés, y de su calificación como perteneciente al régimen matrimonial o al régimen sucesorio, o el caso relativo a la prohibición del testamento ológrafo en el artículo 992 del Código Civil holandés. Pensemos asimismo en el papel que en la construcción de la doctrina de la cuestión previa (*Vorfrage*) por autores alemanes, como W. Wengler o G. Melchior, jugó el caso *Ponnoucannamale c. Nadimoutoupouille*, resuelto por sentencia de la *Cour de Cassation* de 21 de abril de 1931<sup>2</sup>, que hacía referencia a los derechos sucesorios de un hijo legítimo de un hijo adoptivo sobre un inmueble sito en territorio francés, habiéndose efectuado la adopción de conformidad con la ley hindú, que ofrecía ciertas particularidades que chocaban con el Derecho francés (el adoptante tenía hijos legítimos en el momento de la adopción y el adoptado era nieto legítimo del adoptante). Por no hablar de lo que, entre otros asuntos, el caso *Forgo*, resuelto por sentencia de la *Cour de Cassation* de 24 de junio de 1878<sup>3</sup>, supuso para el reenvío. Hay, como se ve, una profunda interrelación entre la teoría y la práctica. Los autores no construyen sus teorías sobre el vacío, sino reflexionando en torno a unos casos que se presentan en la práctica. Los problemas de aplicación de la norma de conflicto son, en buena medida, el producto de un proceso de reflexión intelectual de los autores sobre unos casos concretos.

La vinculación del Derecho sucesorio con el Derecho de familia y con el régimen de la propiedad, íntimamente vinculados a las convicciones morales y sociales de los pueblos, al modo de pensar y de sentir de una determinada comunidad, explica la posible intervención del orden público en esta materia. Se ha señalado al respecto la existencia de una posible discrepancia entre el liberalismo jurídico que inspira el sistema personalista y conflictual y el conservadurismo social, moral y económico que de hecho informa la vida nacional de un país<sup>4</sup>.

Un ejemplo de la incidencia del dato socio-económico en la intervención del Orden público lo tenemos en la jurisprudencia polaca relativa a la sucesión de explotaciones agrícolas situadas en Polonia pertenecientes a un *de cuius* extranjero. La sentencia del Tribunal Supremo polaco de 28 de mayo de 1969<sup>5</sup>, a propósito de la sucesión de un súbdito americano fallecido en Estados Unidos, propietario de un inmueble rural situado en Polonia, considera que las disposiciones especiales polacas relativas a la sucesión en las explotaciones agrícolas pertenecen a la categoría de las normas que se refieren a la reconstrucción socialista del régimen agrario, y por consiguiente, al fortalecimiento del régimen socio-económico apropiado a los fines y a las funciones del Estado popular. Según el Tribunal, el objetivo de la política agraria del Estado es el aumento constante de la producción agraria y la obtención de su más alto rendimiento, por lo que los efectos de la aplicación del Derecho extranjero que no correspondan a estos principios deben ser descartados con relación a las explotaciones agrícolas. Poco después, la decisión de 6 de

---

<sup>1</sup> *J. Clunet*, 1891, pp. 1171 y ss.

<sup>2</sup> *J. Clunet*, 1932, pp. 132 y ss.; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1932, pp. 526 y ss., nota Niboyet.

<sup>3</sup> *J. Clunet*, 1881, pp. 61-68.

<sup>4</sup> M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1960, p. 447.

<sup>5</sup> *J. Clunet*, 1974, pp. 367 y ss.

marzo de 1970<sup>6</sup>, a propósito de la declaración de los derechos a la sucesión de un súbdito de la RFA, que comprendía una explotación agrícola situada en Polonia, compartió la opinión expresada en la resolución de 1969 en cuanto a la aplicación necesaria de las disposiciones especiales polacas sobre la sucesión en las explotaciones agrícolas, sin atender a la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento.

Históricamente, un caso extremo, de radical intervención del orden público, se produjo con la actitud de los países occidentales frente a la legislación soviética. En pleno fervor revolucionario, dentro de un contexto de supresión de la propiedad privada, un Decreto de 27 de abril de 1918 abolió el derecho de sucesión, no sólo de la sucesión *ab intestato*, sino también de la sucesión testamentaria, atribuyéndose los bienes del *de cuius* a la República rusa. El Código soviético de 1918 suprimió también la adopción. Posteriormente se produjo una pequeña rectificación, una relativa moderación. En virtud del Decreto de 22 de mayo de 1922 y del Código Civil de la URSS de 1 de enero de 1923 (art. 416), el derecho de sucesión fue reconocido en parte, admitiéndose para los parientes más próximos (el cónyuge superviviente y los hijos u otros descendientes) y hasta una determinada cantidad (10.000 rublos), quedándose el Estado con el resto. En 1926, bajo la presión de los acontecimientos, el Gobierno soviético hubo de renunciar al derecho a favor del Estado, pero sin efecto retroactivo. Asimismo, la adopción fue restablecida en 1927, también sin efecto retroactivo. La legislación soviética de los primeros años siguientes a la Revolución provocó la reacción de los países occidentales. Así, el Gobierno francés, por declaración publicada en el *Journal officiel* el 19 de mayo de 1921, denunció los dos Convenios concluidos con Rusia el 1 de abril de 1874, uno sobre los poderes y atribuciones de los cónsules, y el otro sobre la regulación de las sucesiones<sup>7</sup>. La actitud de estos países fue progresivamente evolucionando al hilo del paulatino reconocimiento del Estado y de los cambios operados en su legislación<sup>8</sup>.

Por lo que respecta a la jurisprudencia de los países occidentales, en un primer momento los tribunales prescindieron de la legislación revolucionaria y consideraron aplicable, bien la antigua legislación rusa, negando efecto retroactivo a la legislación soviética respecto de las sucesiones abiertas con anterioridad a su vigencia, bien la ley del foro. Ambas soluciones se apoyaron en el orden público<sup>9</sup> y, excepcionalmente, en el pretendido carácter territorial de la legislación soviética<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> J. Clunet, 1974, pp. 367 y ss.

<sup>7</sup> J. Clunet, 1923, pp. 233-234.

<sup>8</sup> Vid. H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, La Haye, 1925-IV, pp. 41-43. Es de señalar que el Gobierno francés notificó el 28 de octubre de 1924 al Gobierno de la URSS que lo reconocía *de jure*.

<sup>9</sup> La sentencia del Tribunal civil del Sena de 19 de junio de 1929, J. Clunet, 1930, pp. 407 y ss., nota P. Tager, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1930, pp. 295 y ss., nota B. Trachtenberg, invocó el orden público en apoyo de la antigua legislación rusa. Otras sentencias lo invocaron en apoyo de la ley del foro. Vid., muy especialmente, la sentencia del *Kammergericht* de 5 de mayo de 1938, *Juristische Wochenschrift*, 1938, vol. 67, pp. 2477-2480.

<sup>10</sup> La sentencia del *kammergericht* de 2 de julio de 1925, J. Clunet, 1935, p. 174, invoca la supuesta territorialidad de la legislación soviética en apoyo de la aplicación de la antigua legislación rusa. Por el contrario, la sentencia del Tribunal de Apelación de Dresde de 23 de octubre de 1932, J. Clunet, 1935, pp. 173 y ss., relativa a la sucesión de un causante ruso sobre bienes situados en Alemania, invoca la supuesta territorialidad de la legislación soviética al servicio de la aplicación de la ley alemana. Para apoyar el carácter territorial del Decreto ruso de 27 de abril de 1918 se invocaron algunas circulares del Comisariado del Pueblo para los asuntos exteriores y de justicia, especialmente la circular de 12 de abril de 1922. Sin embargo, la circular del Comisariado del Pueblo de 23 de octubre de 1925 condenó la interpretación de la circular de 12 de abril de 1922 en el sentido de una territorialidad del Derecho soviético.

La jurisprudencia francesa<sup>11</sup> consideró que la disposición del artículo 416 del Código Civil soviético, que atribuía al Estado el excedente del valor sucesorio por encima de 10.000 rublos, era contraria al orden público francés.

En la jurisprudencia suiza, la sentencia del Tribunal civil de Berna de 21 de julio de 1924<sup>12</sup> consideró que, no habiendo sido reconocido el Gobierno de los Soviets por Suiza, las cantidades depositadas en Suiza, formando parte de la sucesión de un *de cujus* ruso, debían ser entregadas a los herederos de este último, sin tener en cuenta las leyes soviéticas concernientes a esta materia. El orden público intervenía no con relación a una determinada disposición de un sistema extranjero, sino frente al sistema sucesorio extranjero en su totalidad, en su conjunto. Por su parte, la sentencia del Tribunal Federal suizo de 15 de julio de 1931<sup>13</sup> consideró que los bienes provenientes de una sucesión abierta en Suiza debían ser entregados a los herederos domiciliados en Rusia, sin que las autoridades tuvieran que preocuparse de la suerte ulterior de estos bienes, y que esa entrega no era contraria al orden público y no podía ser denegada por este motivo.

La posible intervención del orden público español se plantea básicamente en tres direcciones. En primer término, con relación a los ordenamientos jurídicos de inspiración germánica (Alemania, Austria), que permiten el testamento mancomunado o la sucesión contractual. En segundo lugar, respecto a los ordenamientos anglosajones, que admiten la libertad absoluta del testador para disponer de sus bienes. Y, finalmente, y con especial agudeza, frente a los ordenamientos islámicos, que admiten el matrimonio poligámico y establecen discriminaciones en los derechos sucesorios atendiendo a la religión o al sexo de las personas. En este último caso el conflicto de leyes se traduce en un conflicto de civilizaciones y el orden público aparece especialmente impregnado por los valores proclamados por la Constitución.

---

## II. TEXTOS INTERNACIONALES

---

La sucesión ha sido regulada, en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por diversos Convenios internacionales, concretamente el de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, el de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones y el de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, y en el ámbito americano, por el Código de Bustamante de 1928.

Las Conferencias de La Haya se ocuparon de las sucesiones desde la primera, reunión, celebrada en 1893, hasta la sexta, que tuvo lugar en 1928. Se planteó el problema de la posible referencia al orden público en una reserva general o en varias reservas especializadas, es decir, de una formulación genérica o específica. En la primera Conferencia, celebrada en 1893, se elaboró un texto, cuyo preámbulo aludió al orden público, con una fórmula general que reservaba a cada Estado el derecho de aportar a las disposiciones convencionales las derogaciones que estimase necesarias

---

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal civil del Sena de 19 de junio de 1929, *J. Clunet*, 1930, p. 439; del Tribunal civil del Sena de 18 de febrero de 1932, *J. Clunet*, 1932, pp. 443 y ss.; de la *Cour de Paris* de 16 de marzo de 1934, *J. Clunet*, 1934, p.1207.

<sup>12</sup> *J. Clunet*, 1925, pp. 365 y ss. y 491 y ss.

<sup>13</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1932, pp.148 y ss., nota B. Trachtenberg.

desde el punto de vista del Derecho público o del orden social<sup>14</sup>. En la siguiente sesión, en 1894, se elaboró un precepto, el artículo 11, que contenía una enumeración detallada de las materias reservadas a la intervención del orden público<sup>15</sup>, enumeración, como todas, susceptible de críticas por la dificultad de enumerar los supuestos de posible intervención del orden público, de encerrar el orden público, necesariamente flexible, en unas listas. Después, a propuesta del presidente Asser, se incluyó en el proyecto una fórmula general, pero con la condición de que los Estados contratantes examinarían por sí mismos, separadamente, las materias que interesaban al orden público y se lo comunicarían mutuamente; se reservaban, al lado del Derecho público, las leyes prohibitivas o imperativas expresamente declaradas aplicables a las sucesiones o testamentos de extranjeros. Después, en la cuarta Conferencia, el Proyecto de Convenio de 1904, en su artículo 6, apartado primero, reservó la aplicación de las leyes territoriales que tienen exclusivamente por fin impedir la división de las propiedades rurales, así como la aplicación de las leyes relativas a los inmuebles comprendidos en un régimen agrario especial. El apartado segundo del mencionado precepto reservó en cada Estado la aplicación de sus leyes de naturaleza imperativa o prohibitiva, concernientes a las materias que serían indicadas de común acuerdo por los Estados contratantes en un protocolo adicional, destinado a ser ratificado al mismo tiempo que el Convenio. Según el apartado tercero del referido artículo 6, para aprovecharse de esas reservas, cada Gobierno debía comunicar al Gobierno de los Países Bajos la enumeración de las disposiciones de sus leyes que, por derogación a las reglas convencionales, serían aplicables a todas las sucesiones, incluso a las de los nacionales de otros Estados contratantes. Dicha enumeración podría ser modificada, dentro de los límites establecidos, según las conveniencias de cada Gobierno, que haría igualmente conocer su determinación al Gobierno de los Países Bajos, el cual lo transmitiría, por vía diplomática, a los demás Estados contratantes<sup>16</sup>. Fracasado el método consistente en la enumeración de los posibles supuestos de intervención del orden público, utilizado en los Proyectos aprobados en las primeras sesiones, pasó a utilizarse el de la formulación general, que luego ha prevalecido. Así, el Proyecto de Convenio sobre los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de sucesión y de testamentos, aprobado por la VI Conferencia de La Haya, celebrada en 1928, después de atribuir competencia a la ley nacional del causante, señalaba en su artículo 3 que cuando la aplicación de una norma de dicha ley sea manifiestamente incompatible con los principios de orden público reconocidos en uno de los Estados contratantes, podría ser excluida e incluso excepcionalmente sustituida por la aplicación de la ley territorial<sup>17</sup>. En cuanto al reconocimiento de las decisiones extranjeras, el artículo 10.2 exigía que el mismo no fuera contrario al orden público o a los principios de Derecho público del Estado en el que la decisión era invocada. Asimismo, en el artículo 12 se exigía, en cuanto al reconocimiento de las medidas adoptadas por las autoridades competentes, que no fuesen contrarias al orden público o a los principios de Derecho público del Estado en que se invocaban. Como se ve, se ha producido una evolución; en tanto que en 1904 se hablaba de leyes de naturaleza imperativa o

---

<sup>14</sup> Actes I (1893), première partie, protocole final, p. 3.

<sup>15</sup> Actes II (1894), protocole final, p. 8.

<sup>16</sup> Actes IV (1904), pp. 212 s.; *vid.* H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *ob. cit.*, pp. 43-46; A.E. von Overbeck, «Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière des successions», *Recueil des Cours, Académie de Droit International, La Haye, 1961-III*, t. 104, pp. 623-625.

<sup>17</sup> Actes VI (1928), p. 405 s.; *Vid.* A. E. von Overbeck, «Divers aspects de l'unification du droit international privé...», *ob. cit.*, pp. 625 y ss.

prohibitiva, en 1925-1928 se hace referencia a los principios de orden público. Se ha producido, pues, un tránsito desde una concepción más específica a otra más genérica y desde una concepción más positiva, como imposición de ciertas normas del ordenamiento jurídico del foro, a otra más negativa, como exclusión de ciertas normas del ordenamiento jurídico extranjero incompatibles con el Derecho del foro.

Tras la reanudación de los trabajos de la Conferencia de La Haya, interrumpidos en 1928 (VI sesión), y que, como consecuencia de diversos factores, principalmente la II Guerra Mundial, no se reemprendieron hasta 1951 (VII sesión), se pasó de la fase de los proyectos a la fase de las realizaciones. En un contexto de creciente especialización, la Conferencia procedió, como ya se ha indicado, a la aprobación de diversos Convenios en materia sucesoria: el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones y el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

El Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias<sup>18</sup> señala en su artículo 7 que «no podrá eludirse la aplicación de cualquiera de las leyes declaradas competentes por el presente Convenio más que si es manifiestamente incompatible con el orden público». Por lo que respecta al proceso de elaboración de dicho Convenio, es de señalar que la Comisión especial no había creído oportuno mencionar que el orden público puede ser invocado contra la aplicación de la ley de uno de los Estados contratantes. Señala el Informe explicatorio de H. Batiffol<sup>19</sup> que la opinión más extendida era que las reglas de conflicto convenidas por tratado no son obstáculo a la excepción de orden público. Por otra parte, como afirma el citado Informe, al convertirse las estipulaciones del Convenio en el Derecho interno de cada uno de los Estados contratantes, los jueces encontrarían en este Derecho interno la posibilidad de oponer el orden público a las leyes extranjeras, como habían observado los Delegados de Alemania y de Italia. La afirmación de esta posibilidad sería inoportuna, como incentivadora de los jueces a recurrir a ella, como había observado el Delegado de Portugal. Sin embargo, el artículo 7 del Convenio prevé la excepción de orden público. Como señala el Informe explicatorio de H. Batiffol<sup>20</sup>, contrariamente al parecer de la Comisión especial, la mayoría de la Comisión, seguida por la Conferencia, estimó más prudente, más conforme a los otros Convenios, y quizá más exacto, tratándose de aplicar una ley extranjera en virtud de un Convenio, expresar esta excepción. El adverbio «manifiestamente» constituía un consejo de moderación a los jueces en el uso de la excepción. La restricción «manifiestamente incompatible», inventada por Suyling en 1925, se incluyó por primera vez en el Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos (artículo 4). Es de señalar que la inclusión de una cláusula conteniendo la mencionada restricción fue votada por trece votos contra uno (Yugoslavia) y tres abstenciones (Dinamarca, España y Japón). Posteriormente, el Delegado español Trías de Bes manifestó que, por espíritu de conciliación, no quería

<sup>18</sup> BOE núm.197, de 17 de agosto de 1988.

<sup>19</sup> *Rapport de la Comisión spéciale présenté par M. Henri Batiffol, Conférence de la Haye de Droit international privé, Actes et documents de la neuvième session*, t. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p. 28; *Rapport explicatif de M. Henri Batiffol, Conférence de la Haye de Droit international privé, Actes et documents de la neuvième session*, t. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p.170.

<sup>20</sup> *Rapport explicatif de M. Henri Batiffol, Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et documents de la neuvième session*, t. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p. 170.

oponerse a esta adición, pero que estimaba que podía entrañar ciertos riesgos y que en todo caso estaba desprovista de utilidad práctica<sup>21</sup>.

Posteriormente, el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones dispone en su artículo 17 que el reconocimiento del certificado (certificado internacional designando la o las personas habilitadas para administrar la sucesión mueble, e indicando los poderes de la una o las otras) puede ser denegado si es «manifiestamente incompatible con el orden público del Estado requerido». Por último, el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en línea con el anterior, señala en su artículo 18 que la aplicación de una de las leyes designadas por la Convención no puede ser rechazada más que si esta aplicación es «manifiestamente incompatible con el orden público».

En el ámbito americano, el Código de Bustamante de 1928 dispone en su artículo 144 que «las sucesiones intestadas y las testamentarias incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren». A continuación, diversos preceptos efectúan una referencia específica y concreta a la intervención del orden público en cuanto a determinados aspectos de la sucesión. Así, el artículo 145 señala que es de orden público el precepto según el cual los derechos a la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte. A su vez, el artículo 148 considera de orden público las disposiciones que prohíben el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo. Asimismo, el artículo 150 considera de orden público las reglas sobre formas de los testamentos, excepto las del militar y marítimo, cuando se otorguen fuera del país, y, en general, las de los otorgados en país extranjero. Finalmente, el artículo 153 autoriza al Estado para considerar determinadas incapacidades como de orden público. Así pues, el Código de Bustamante combina la afirmación genérica de la competencia de la ley personal del causante con la enumeración de ciertas excepciones, de determinados supuestos de intervención del orden público. Se utiliza, como se ve, una concepción positiva del orden público, como imposición de ciertas normas del Derecho del foro, en lugar de una concepción negativa, como exclusión del Derecho extranjero competente pero incompatible con el del foro, que es la que finalmente ha prevalecido. Hay que señalar que toda enumeración positiva de supuestos de intervención del orden público es peligrosa, pues el orden público, de carácter flexible, elástico, se resiste a ser apresado, no se presta a ser encerrado en una lista.

---

### III. TESTAMENTO MANCOMUNADO

---

En la mayor parte de las legislaciones de Derecho Romano (Francia: art. 968 CC; Italia: art. 589 CC; Grecia: art. 1717 CC), los testamentos mancomunados son prohibidos, salvo excepciones, en tanto que en otros países (Alemania: art. 2265 BGB, Austria: art. 1248 ABGB) se admiten. En los países donde se prohíben la doctrina y la jurisprudencia tienden a interpretar estas prohibiciones de manera restrictiva, por

---

<sup>21</sup> *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et documents de la neuvième session*, t. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p. 129.

lo que es difícilmente previsible la intervención del orden público frente a uno de esos testamentos otorgados con arreglo a una ley extranjera.

En la jurisprudencia francesa, la sentencia del Tribunal civil de Mulhouse de 19 de enero de 1950, en el caso *Roethlisberger*<sup>22</sup>, relativo a un testamento mancomunado hecho en Suiza por súbditos suizos, considera que la validez o la prohibición del mismo depende de la ley en vigor en el lugar en que el testamento ha sido hecho y que el testamento mancomunado hecho en el extranjero por un extranjero conforme a su ley nacional no atenta contra el orden público francés

En la jurisprudencia griega, las sentencias del Tribunal civil de Gytheion número 157/1959, y del Tribunal de Apelación de Nauplia número 78/1960<sup>23</sup> se ocuparon de un testamento mancomunado redactado por griegos en África del Sur. La sentencia del Tribunal civil de Gytheion número 157/1959, partiendo de la calificación de la prohibición del testamento mancomunado como cuestión de forma, sometida a la ley local, consideró que dicha ley debía ser excluida, por ser incompatible con el orden público, y que el testamento era nulo. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Apelación número 78/1960, aún adhiriéndose a la calificación de la relación litigiosa como cuestión relativa a la forma del testamento, consideró que éste no era contrario al orden público y que era válido. Se estimó que la vocación de la *lex loci* desaparecería cuando el testamento fuese redactado en país extranjero con objeto de defraudar a la ley nacional de los testadores.

Las sentencias del Tribunal correccional de Esparta número 95/1961, del Tribunal de Apelación de Nauplia número 53/1964 y del Areópago (Tribunal Supremo) número 121/1967<sup>24</sup> se ocuparon del testamento mancomunado redactado conjuntamente por el difunto, de nacionalidad griega, y otro en Michigan (Estados Unidos). La sentencia del Tribunal correccional de Esparta número 95/1961, partiendo de la calificación formal, considera válido en principio el testamento mancomunado redactado en un país cuya ley permite tal forma de testar. Afirma que «una disposición del Derecho extranjero que permite la redacción de un testamento mancomunado no es en sí misma contraria al orden público griego, pues al legislador no le concierne si el modo de testar es diferente del de la legislación helénica y que está previsto por el Derecho del país donde ha sido redactado». Por el contrario, la sentencia del Tribunal de Apelación de Nauplia número 53/1964 estimó nulo el testamento, argumentando que la prohibición tiende a «proteger a la persona humana de la influencia de otro, a garantizar su plena libertad de revocación o de modificación de sus disposiciones de última voluntad», y que este fin confiere un alcance de fondo a la regla de la prohibición del testamento mancomunado, cuya licitud debe ser apreciada según el Derecho sucesorio griego. Por último, la sentencia del Areópago número 121/1967, partiendo de la calificación como cuestión de fondo, regida por la ley nacional del o de los cotestadores («a efectos de salvaguardar la expresión de las últimas voluntades, en toda libertad, sin influencia extranjera y sin trabas»), consideró nulo el testamento, sin necesidad de pronunciarse acerca de si la prohibición del testamento mancomunado afecta o no al orden público.

En la isla de Samos los jueces manifestaron una tendencia a recurrir a matizaciones, especialmente a la noción del efecto atenuado del orden público. Así, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Samos número 6/1972, siguiendo a la sentencia

---

<sup>22</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1951, pp. 133 y ss., nota Y. Loussouarn.

<sup>23</sup> *J. Clunet*, 1971, pp. 338 y ss.

<sup>24</sup> *J. Clunet*, 1971, pp. 338 y ss.

del Tribunal de Primera Instancia número 22/1971<sup>25</sup>, consideró válido el testamento mancomunado hecho en Estados Unidos por un *de cujus*, naturalizado americano, que había perdido su nacionalidad griega de origen, y que estaba domiciliado en Estados Unidos. En este caso la ley estadounidense, que admitía el testamento mancomunado, era al mismo tiempo la ley nacional del testador y la ley del lugar de otorgamiento del testamento, por lo que el supuesto se encontraba multiconectado con ese ordenamiento jurídico, cuya competencia resultaba muy fortalecida.

Teóricamente, el orden público que prohíbe el testamento mancomunado, puede operar frente a una legislación extranjera que lo admita, correspondiente al lugar de otorgamiento del testamento (supuesto de testamento de nacionales o extranjeros en el extranjero) o a la nacionalidad de los testadores (supuesto de testamento de extranjeros en el foro). La intervención del orden público frente a la ley extranjera competente en cuanto ley local presupone la calificación de la prohibición del testamento mancomunado como cuestión formal, lo que hace posible la atribución de competencia a la ley del lugar, pues la calificación como cuestión de fondo, tratándose de nacionales, haría innecesario acudir al mecanismo extraordinario del orden público, ya que la ley del foro se aplicaría como ley nacional.

En España<sup>26</sup> el testamento mancomunado es contemplado por los artículos 669 y 733 del Código Civil, en el ámbito del tráfico jurídico interno y externo respectivamente. Según el artículo 669, pensado para el tráfico jurídico interno, «no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero». En una proyección internacional, el artículo 733 del Código dispone que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado». Esa prohibición tiene sus antecedentes en el Código Civil francés y, más modernamente, en el Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 577). En tanto que el artículo 732, párrafo tercero, del Código Civil consagra una facultad con relación al testamento ológrafo, permitiendo a los españoles hacerlo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no lo admitan, el artículo 733 establece una prohibición.

Se señaló por la doctrina<sup>27</sup> que el artículo 733 modifica sustancialmente la aplicación del párrafo 1.º del artículo 11 del Código Civil, al impedir el juego de las conexiones alternativas previstas en el mismo e imponer la observancia de una norma material procedente de la ley nacional española del testador, que es, simultáneamente, la ley rectora del contenido del testamento. Entendemos que la posibilidad de optar los españoles entre las formas establecidas por la ley local y por la ley nacional se rompe con relación al testamento mancomunado. La derogación facultativa, que la ley nacional española produciría respecto de la ley local extranjera en relación con otras formas de testar, se convierte en imperativa en lo que al testamento mancomunado concierne.

El testamento mancomunado ha suscitado el recelo y la reserva de ciertas legislaciones. Se ha aludido al peligro de captación o coacción de la voluntad de uno de los

---

<sup>25</sup> J. Clunet, 1976, pp. 959 y ss.

<sup>26</sup> Para una síntesis del ordenamiento español en materia sucesoria ver el excelente trabajo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS, «Chapter 17: Spain», en *European Succession Laws*, 2.ª ed., ed. David Hayton LLD, School of Law, King's College, University of London, Jordans, 2002, pp. 431-464.

<sup>27</sup> E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 255.

otorgantes por el otro, así como a los problemas que se plantean en relación con el principio de libre revocabilidad, pues se piensa que, de alguna manera, las disposiciones testamentarias mancomunadas se determinan y condicionan recíprocamente<sup>28</sup>. Frente a ello se ha podido decir que el testamento mancomunado es un instrumento eficaz de planificación por los cónyuges de la herencia en sus relaciones recíprocas y con sus descendientes y que el peligro de captación o coacción de la voluntad del causante no es exclusivo del testamento mancomunado, sino que puede darse también en el testamento unipersonal, y que el riesgo de fraude por revocación unilateral de las disposiciones de un testamento mancomunado puede ser combatido mediante el establecimiento de ciertas garantías, como la exigencia de que la revocación o modificación se produzca en vida de ambos otorgantes y conjuntamente o, en el caso de ser posible la revocación unilateral, la exigencia de notificación al otro otorgante.

Se ha discutido por la doctrina acerca de si el artículo 732, párrafo tercero, del Código Civil, relativo al testamento ológrafo, y el artículo 733, concerniente al testamento mancomunado, afectan a la forma del testamento o a la capacidad del testador, es decir, en torno a la existencia de un conflicto de calificaciones<sup>29</sup>. Se plantean, al respecto, dos cuestiones. Una es la de si debe mantenerse una calificación unitaria en cuanto a la prohibición del testamento ológrafo o del testamento mancomunado<sup>30</sup> o, por el contrario, son posibles calificaciones distintas. La otra cuestión gira en torno a la concreta solución del conflicto de calificaciones a favor de la calificación formal o de la calificación sustantiva. En apoyo de la calificación formal se invocan, ante todo, razones de ubicación sistemática; la sección tercera del capítulo primero del Título III del Libro tercero del Código Civil, que lleva por rúbrica «De la forma de los testamentos», incluye entre los testamentos especiales «el hecho en país extranjero» (art. 677). En apoyo de la calificación sustantiva se aducen consideraciones de fondo, las razones que justifican la exigencia de un determinado modo de testar, como el deseo de garantizar la libertad dispositiva del testador y la revocabilidad del testamento. Hay que añadir que, en tanto que la prohibición del testamento ológrafo en el artículo 992 del Código Civil holandés ha suscitado un problema de calificaciones, pero no un problema de orden público, no está tan claro que en el caso del testamento mancomunado, en virtud de las razones de fondo que inspiran su prohibición, no pueda plantearse, al margen de un conflicto de calificaciones, el problema de la eventual intervención del orden público.

La Ley 49/ 1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores<sup>31</sup>, dispone en su artículo 22.1.º que «los cónyuges podrán

<sup>28</sup> R. BLANQUER UBEROS, «El estatuto formal (Artículo 11 del Código Civil)», en *El Título Preliminar del Código Civil*, Academia Matritense del Notariado, t. I, vol. II, EDESA, Madrid, 1977, p. 287.

<sup>29</sup> Un análisis exhaustivo de Derecho comparado de la problemática relativa a la calificación del testamento mancomunado puede encontrarse en S. Rembert, «Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Erbrecht», *IPRax*, 2002, núm. 1, pp. 22-28, según el cual, de conformidad con los parámetros del Derecho conflictual alemán, la admisibilidad del testamento mancomunado y sus efectos han de ser objeto de un tratamiento diferente. Y, más en concreto, el referido autor propugna que, así como la cuestión relativa a la admisibilidad del testamento mancomunado ha de ser objeto de una calificación formal, los efectos sucesorios del mismo han de quedar sujetos al correspondiente estatuto del otorgamiento de las disposiciones en cuestión (*Errichtungsstatut*). De este modo, en opinión del susodicho autor, quedarán sometidas al señalado estatuto, entre otras, las siguientes cuestiones: la admisibilidad o no de modificación de las disposiciones del testamento mancomunado, las consecuencias de la dependencia recíproca, los obstáculos a la revocación del testamento mancomunado, el alcance del vínculo, etc. (*ibid.*, pp.27 y 28).

<sup>30</sup> Entiende E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 254, que, cualquiera que sea la solución que se adopte, ésta debería ser unitaria para ambos supuestos, pues se trata de normas de igual naturaleza, inspiradas por un mismo tipo de preocupaciones.

<sup>31</sup> *BOE* núm. 9, de 11 de enero de 1982; *Vid.* M. Cuadrado Iglesias, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», *RDP*, 1983, pp.1091-1116.

otorgar testamento abierto mancomunado, a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad». Así pues, la citada Ley establece una excepción a la prohibición del testamento mancomunado efectuada en el Código Civil. A continuación, los apartados segundo y tercero del mencionado precepto establecen ciertas garantías en orden a la revocación y modificación de tales testamentos. Así, el testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge (apartado segundo). La revocación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que se otorgó (apartado tercero). Se trata, como vemos, de garantías que afectan al momento de la posible revocación o modificación del testamento mancomunado («en vida de ambos cónyuges»), al modo de efectuarse («conjuntamente» o, en el caso en que sea posible la revocación unilateral, con notificación mediante documento fehaciente al otro cónyuge) y a las formalidades de la revocación o modificación (las mismas del otorgamiento). Otra excepción respecto a la correspondiente prohibición del Código Civil se contiene en los artículos 23-26 de la Ley en cuanto a la designación de sucesor mediante comisario. La citada Ley fue derogada por la disposición transitoria única de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias<sup>32</sup>, debido a la falta de arraigo de estas instituciones en los territorios de Derecho común.

En el plano temporal, la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> del Código Civil señala que serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código.

El testamento mancomunado se admite en algunos derechos forales, concretamente en Aragón<sup>33</sup>, Galicia<sup>34</sup>, Navarra<sup>35</sup> y País Vasco<sup>36</sup>. Consecuentemente, los

---

<sup>32</sup> BOE de 5 de julio de 1995.

<sup>33</sup> La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón, BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1999, establece en su artículo 102, apartado primero, que «los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón», y en su segundo apartado, que «si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar en mancomún, incluso fuera de Aragón». A su vez, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, BOE núm. 95, de 21 de abril de 1999, dispone en su artículo 15 que «los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa». Anteriormente, la Compilación había establecido en su artículo 94.1 que «los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón». Se ha verificado, pues, una extensión del elenco de sujetos que pueden otorgar testamento mancomunado, en la línea del Derecho navarro, no siendo ya necesaria la existencia de vínculo conyugal entre los otorgantes. Vid. M.<sup>a</sup> E. Zabalo Escudero, «El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», RGD, 1989, núms. 541-542, pp. 6351 y ss.; *id.*, «Dos recientes leyes aragonesas en el ámbito civil (sucesiones y parejas de hecho)», REDI, 1999-1, pp. 305-309.

<sup>34</sup> La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, BOE núm.152, de 27 de junio de 1995, dispone en su artículo 137 que «los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia». Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», REDI, 1995, p. 477.

<sup>35</sup> La Compilación del Derecho Civil o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, BOE núms. 57 a 63, de 7 a 10 y 12 a 14 de marzo de 1973, corr. de errores, BOE núm. 129, de 30 de marzo de 1974, modificada por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, BOE de 5 de junio de 1987, en la Ley 199 conceptúa el testamento de hermandad como «el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas». A su vez, la Ley 200 dispone que «los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero». La Ley 201 hace referencia a la posible revocación del testamento de hermandad en vida de todos los otorgantes, por todos ellos conjuntamente o por cualquiera de ellos separadamente, a condición de que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente.

<sup>36</sup> La Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, BOPV núm. 153, de 7 de agosto de 1992, señala en su artículo 49 que «los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad. Este testamento sólo podrá ser otorgado ante

españoles cuya ley personal permite el testamento mancomunado (aragoneses, gallegos, navarros y vascos) podrán otorgarlo no sólo en sus respectivos territorios forales, donde se admite, sino también en los territorios de Derecho común o foral, o en los países extranjeros, en los que se prohíbe o no se admite expresamente. Por el contrario, los españoles cuya ley personal prohíbe el testamento mancomunado (arts. 669 y 733 CC) no podrán otorgarlo ni en sus territorios, ni tampoco en los territorios de Derecho foral o en los países extranjeros en que se admite. Por último, los extranjeros a quienes su ley personal permite el testamento mancomunado (alemanes...) podrán otorgarlo, tanto en los territorios de Derecho foral en los que se admite, como en los territorios de Derecho común, donde se prohíbe.

Por lo que a la jurisprudencia española concierne, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>) de 21 de noviembre de 2001<sup>37</sup> confirmó que no había de aplicarse el Derecho material designado competente por el artículo 9.8 del Código Civil, el Derecho alemán, por virtud del cual la apelante consideraba vigente un testamento mancomunado otorgado en escritura notarial por la causante y la parte apelante, conforme a las formalidades exigidas por la legislación alemana, por no haber sido revocado con los requisitos exigidos por la misma. La Audiencia Provincial puso de relieve, por un lado, que dicho testamento mancomunado, por el cual ambos cónyuges se beneficiaban recíprocamente, había sido otorgado con anterioridad a la ruptura de «facto», pero efectiva, del matrimonio contraído entre la causante y el apelante; y, por otro lado, que posteriormente la causante había otorgado testamento abierto con arreglo a la legislación española, por el cual revocaba de forma expresa cualquier testamento que hubiese otorgado con anterioridad. La Audiencia justificó la aplicación del Derecho patrio por la vía del expediente procesal de la insuficiente prueba del Derecho extranjero designado competente. Y, más en concreto, la Audiencia estimó que el asunto litigioso había de resolverse con arreglo al Derecho español, ya que la apelante sólo aportó los preceptos alemanes que amparaban su pretensión (arts. 2271 y 2296 del BGB), pero no su alcance ni una autorizada interpretación de los mismos. Posteriormente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4.<sup>a</sup>) de 31 de marzo de 2004<sup>38</sup> otorgó primacía al testamento mancomunado otorgado por unos cónyuges en Alemania, por el que se nombraban mutuamente herederos y disponían de la totalidad de su patrimonio, frente al testamento ológrafo otorgado con posterioridad por uno de los cónyuges y protocolizado en España, estimando la Audiencia, con base en la legislación alemana (que, en su opinión, había sido acreditada suficientemente por la parte que la había invocado), por un lado, que se estaba en presencia de un testamento mancomunado y que la institución de herederos recíproca era eficaz, y por otro lado, que el testamento ológrafo, como conse-

---

notario». El artículo 13 faculta a los vizcaínos no aforados para testar mancomunadamente. Se les permite así a los vizcaínos de Derecho común testar mancomunadamente con arreglo a las disposiciones del Fuero (arts. 49 y ss.), pensando en el supuesto, frecuente en la práctica, de que uno de los cónyuges sea aforado y el otro no. Los artículos 50 y 51 de la Ley prevén la posible revocación o modificación del testamento mancomunado conjuntamente por ambos cónyuges, o unilateralmente por cualquiera de ellos, siempre que se notifique al otro en forma auténtica. Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco*, Oñate, 1995; *id.*, «Los conflictos de leyes en la Ley vasca de 1 de julio de 1992», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco. Jornadas de estudio organizadas por la RSBAP*, Bilbao, 1999, pp. 91-123; *id.*, «La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho interregional y el Derecho civil vasco: análisis en clave funcional», *REDI*, 2001-1 y 2, pp. 75-103.

<sup>37</sup> J. U. R., 2002, núm. 32381.

<sup>38</sup> A. C., 2004, núm. 861.

cuencia de no haber sido formalmente comunicado, no era susceptible de modificar la disposición conjunta.

Por lo que respecta al Derecho internacional privado comparado, el Código Civil portugués de 1966 (art. 64, c) dispone que la ley personal del causante de la herencia al tiempo de la declaración es la que regula la admisibilidad de testamentos mancomunados. Por su parte, la Ley alemana de 25 de julio de 1986 (art. 26,1.º) señala que una declaración de última voluntad, aun cuando haya sido otorgada por varias personas en el mismo documento, será formalmente válida cuando sea conforme a las exigencias de forma de los Derechos que se indican.

En el plano convencional, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias señala en su artículo 4 que se aplicará «a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas». Antes, el Anteproyecto de Convenio de la Comisión de Estado holandesa de junio de 1958 sobre la ley aplicable a la forma de los testamentos había señalado en su artículo V que el Convenio no se aplicaba a los testamentos mancomunados. Según el Informe explicatorio de H. Batiffol<sup>39</sup>, el artículo 4 del Convenio decide sólo que el Convenio se aplica a la forma de los testamentos mancomunados, sin tomar partido sobre la cuestión, discutida, de saber si la prohibición o la reglamentación de estos testamentos es materia de forma o de fondo. La Comisión especial había entendido que no debía tomar partido sobre la cuestión de saber si la prohibición de los testamentos mancomunados es materia de forma o de fondo. Una solución convencional del problema pareció difícil en el estado actual de las ideas, divergentes de un Estado a otro, y que no correspondía a una utilidad inmediata, dada la relativa rareza de las dificultades que plantea en las relaciones internacionales. El Convenio, como señala H. Batiffol, tampoco regula las consecuencias de la nulidad del testamento mancomunado declarada por la ley personal de uno de los testadores en lo que concierne a otro testador cuya ley admite la validez del testamento. Resultarán divergencias en la aplicación del Convenio, ateniéndose cada juez a la calificación de su propio Derecho.

En contra de la intervención del orden público con relación a la prohibición del testamento mancomunado se invoca su admisión en algunas legislaciones forales<sup>40</sup>.

---

#### IV. TESTAMENTO POR COMISARIO

---

Testamento por comisario es el otorgado por una persona (comisario) en nombre de otra (comitente) en virtud del poder que ésta le confiere para que lo use después de su muerte<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> *Rapport explicatif de M. Henri Batiffol, Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et documents de la neuvième session*, t. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p.167.

<sup>40</sup> M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, 1960, p. 461; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 490.

<sup>41</sup> D. ESPÍN CÁNOVAS, «Art. 670», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1685.

En el ámbito americano, el Código Bustamante de 1928 en su artículo 148 consideraba de orden público las disposiciones que declaran el testamento personalísimo.

El Derecho histórico español fue reticente hacia el testamento por comisario, restringiéndolo o prohibiéndolo. Las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación restringieron las facultades del comisario, exigiendo poder especial con indicación de la persona que habría de ser instituida heredero como condición para su posible nombramiento por el comisario. Posteriormente, se suprimió en el Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 558). Actualmente, el artículo 670 del Código Civil, en su primer párrafo, señala que «el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario». En el segundo párrafo se dice que «tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Así pues, el artículo 670 establece diversas prohibiciones, que conciernen a la formación del testamento, a la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios y a las designaciones de las porciones en que los herederos hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

La prohibición del testamento por comisario, así como las restantes prohibiciones que se señalan, se fundamenta en el carácter personalísimo del testamento, al que alude el mencionado artículo 670 del Código Civil. Dicho principio se manifiesta también en la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar (art. 830 CC) y se refleja en el artículo 1057, párrafo primero, que sólo permite al testador encomendar, por actos *intervivos* o *mortis causa*, «la simple facultad de hacer la partición» a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Este carácter personalísimo del testamento se desprende también de su concepción como acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos (art. 667 CC).

En el propio Código Civil parecen existir excepciones o atenuaciones al carácter personalísimo del testamento, como son la sustitución pupilar y ejemplar (arts. 775 y 776). Por otra parte, según el artículo 671 «podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse». Pero, como señala D. Espín Cánovas<sup>42</sup>, la aparente contradicción entre la facultad permitida al testador en el artículo 671 y el carácter personalísimo del testamento que impone el artículo 670 no existe, pues cabe distinguir entre la formación y la ejecución del testamento. Según este autor, ciertos preceptos del Código Civil que parecen atenuar o contradecir la concepción del testamento como acto personalísimo se explican y concilian como actos no dispositivos, sino de mera ejecución de una voluntad ya manifestada (arts. 671, 747, 749, 751). A su vez, el artículo 831, párrafo primero, señala que «podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante». Alude J.B. Vallet de Goytisolo<sup>43</sup> al carácter anómalo y extraño de

<sup>42</sup> «Artículo 670», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp.1686-1688.

<sup>43</sup> «Artículo 831», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2055.

esta disposición, que, por consiguiente, «debe ser objeto de una interpretación restrictiva».

La ya citada Ley 49/1981, de 24 de diciembre de 1981, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, permitió al testador nombrar comisario a su cónyuge, al solo objeto de designar sucesor en la explotación familiar agraria (art. 23.1.º). El nombramiento de comisario se haría en testamento abierto y la designación por él de sucesor en la misma forma o en escritura pública, siendo irrevocable si se hace en esta forma (art. 24). Así pues, la admisión del testamento por comisario en el ámbito material de la explotación familiar agraria estaba sometida a ciertas condiciones, que atañen a la determinación de los sujetos que pueden otorgarlo (titulares de una explotación familiar agraria), personas que pueden ser nombradas comisarios (consortes), facultades del comisario (designación del sucesor en la explotación, generalmente entre los herederos forzosos) y formas de nombramiento del comisario (testamento abierto) y de designación del sucesor (testamento abierto o escritura pública). Dicha Ley, como ya se ha dicho, fue derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

Por lo que respecta al plano temporal, la disposición transitoria 2.ª del Código Civil ordena la validez de los poderes para testar que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código. Consiguientemente, se respeta el testamento del comisario otorgado conforme a dicho poder.

La institución del testamento por comisario es admitida en diversos Derechos forales. Así, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón dispone en su artículo 124 que «todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente». A su vez, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón señala en su artículo 17 que «cada miembro de la pareja estable no casada podrá ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia de acuerdo con lo regulado en la legislación sucesoria aragonesa». Por otra parte, la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco, faculta en su artículo 32 a los cónyuges aforados vizcaínos, y en su artículo 13 a los vizcaínos no aforados, para otorgar testamento por comisario (arts. 32 y ss.), correspondiéndose esa extensión a los vecinos de las villas del derecho a otorgar testamento por comisario con la que se produce con relación al testamento mancomunado. El testamento por comisario, especialmente entre cónyuges, se muestra útil en la práctica para la mejor conservación de las explotaciones familiares agrarias. Los españoles de vecindad foral, cuya ley personal permita el testamento por comisario, podrán otorgarlo en el extranjero o en España, incluso en territorios donde no se admite.

En favor de la no intervención del orden público en cuanto al testamento por comisario se han aducido dos argumentos: uno, relativo a la existencia de excepciones, en sentido amplio, al carácter personalísimo del testamento en el propio Derecho común, y otro, concerniente a la admisión de dicha modalidad de institución de heredero o legatario en algunos Derechos forales<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9, apartado 8», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1995, p. 365; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado español*, II, *Parte Especial. Derecho Civil Internacional*, 8.ª ed., Granada, 1994, p. 242.

## V. SUCESIÓN CONTRACTUAL

La admisión de la sucesión contractual ha sido profundamente controvertida. En la mayoría de las legislaciones de Derecho Romano (Francia: art. 1130 CC; Italia: art. 458 CC), los pactos sucesorios, al igual que los testamentos mancomunados, no se admiten, salvo excepciones, en tanto que en otros ordenamientos jurídicos, de origen germánico, como Alemania (arts. 2275 y ss. del BGB), Austria, o Suiza, se admiten. En Alemania, en tanto que el testamento mancomunado se limita a los cónyuges (art. 2265), no ocurre lo mismo con el pacto sucesorio (arts. 1941 y 2275).

Se invocan en el debate en torno a la admisión o prohibición de la sucesión contractual argumentos relativos a la autonomía de la voluntad del causante en cuanto a la disposición de sus bienes, a la protección de su libertad testamentaria y a las consecuencias económicas que se producen. En contra de su admisión se han utilizado argumentos que atañen, por un lado, a la pérdida que implican de la omnímoda libertad de disposición del causante sobre sus bienes para después de su muerte, y, por otro, a sus consecuencias económicas negativas. Frente a tales argumentos se señala, en defensa de la sucesión contractual, por un lado, que la libertad dispositiva del causante sobre sus bienes no tiene un carácter absoluto, sino que está sometida a límites (legítimas, reservas...), y que los pactos sucesorios constituyen precisamente una manifestación del ejercicio de dicha libertad, y, por otro lado, que constituyen un instrumento útil de planificación y organización de la herencia, y que las consecuencias económicas negativas no se producen, como demuestra la propia experiencia de los países cuyos ordenamientos admiten los pactos sucesorios<sup>45</sup>. Como ya se ha señalado, en los países donde no se admiten los pactos sucesorios, al igual que el testamento mancomunado, la doctrina y la jurisprudencia suelen adoptar una interpretación restrictiva de estas prohibiciones, lo que hace difícilmente previsible la intervención del orden público frente a los pactos sucesorios otorgados en el extranjero.

En el marco de la jurisprudencia francesa, una sentencia de la *Cour d'appel de Colmar* de 14 de noviembre de 1961, en el caso *Hagstotz c. viuda Hagstotz*<sup>46</sup>, se refirió a la validez de un pacto sucesorio (*agreement*), que aseguraba al superviviente de los esposos la propiedad de todos los bienes del premuerto, con la reserva de los derechos que pudieran ser estipulados en los testamentos recíprocos de los esposos, documentos A y B, redactados después de la conclusión del acuerdo, y que presentaban la particularidad de no ser revocables según el referido acuerdo. Dichos documentos habían sido otorgados en Nueva York, donde los esposos estaban domiciliados, conforme a la ley de dicho Estado. Consideró el Tribunal que se trataba de un pacto sobre sucesión futura, prohibido por el artículo 1130 del Código Civil francés, aunque fuese válido con arreglo a la ley americana del lugar de su redacción, y que interpretando restrictivamente la nulidad del documento conteniendo una estipulación prohibida por la ley, resultaba que dicha nulidad no se reflejaba necesariamente sobre la validez del documento por el que el causante instituía a su esposa como legataria universal. Añadía que se trataba de un documento que constataba un derecho válidamente adquirido por la demandante conforme a la legislación en vigor en el lugar de su otorgamiento y que no chocaba con el orden público francés.

<sup>45</sup> L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 464-465.

<sup>46</sup> *Rev. crit. dr.int. pr.*, 1963, pp. 534 y ss., nota M. Caleb.

Más recientemente, la sentencia del *Tribunal de première instance* del Principado de Mónaco de 23 de febrero de 1995, en el caso *Esposos Lehmann c. Sra. L. Lehmann*<sup>47</sup>, aborda la cuestión relativa a la eficacia de unos pactos sucesorios (*Erbvertrags*) concluidos en Alemania entre alemanes sobre una sucesión mobiliaria sometida a la ley alemana, como ley nacional del causante, y sobre unas sucesiones inmobiliarias, respectivamente sometidas a la ley alemana y a la ley monegasca, como leyes del lugar de situación de los bienes. Considera que la aplicación de la ley alemana, reguladora de la sucesión mobiliaria, que admite los pactos sobre sucesión futura, así como los testamentos mancomunados, no puede ser considerada en el caso como manifiestamente incompatible con la concepción monegasca del orden público internacional y que es de principio, en Derecho internacional privado monegasco, que la reacción del orden público frente a una disposición extranjera contraria al Derecho interno, no opera más que de manera atenuada cuando se trata sólo de dejar que se produzcan en Mónaco los efectos de derechos válidamente adquiridos en el extranjero, de conformidad con la ley aplicable según la regla de conflicto monegasca. La sentencia, que reconoce al pacto sucesorio efectos sobre los bienes muebles situados en Mónaco, le priva de efectos sobre un inmueble allí situado, en cuanto sometido a la ley sucesoria monegasca, que prohíbe los pactos sobre sucesión futura.

En la jurisprudencia francesa, la sentencia de la *Cour d'appel d'Aix-en-Provence* de 16 de octubre de 2003, en el caso *Carmen P. c. Esposos N. y otro*<sup>48</sup>, considera que el pacto sucesorio concluido ante un notario alemán conforme a la ley alemana que rige la sucesión mobiliaria del difunto y por el que las dos partes se han designado mutuamente como su propio heredero universal e ilimitado, debe producir su pleno efecto respecto a la parte superviviente, tratándose de bienes muebles del difunto situados en Francia, dado que se trata además de dejar que se produzcan en el territorio nacional los efectos de derechos válidamente adquiridos en el extranjero. Esta sentencia coincide con la sentencia monegasca de 23 de febrero de 1995, anteriormente objeto de referencia, en admitir el efecto atenuado del orden público y en limitar los efectos del pacto sucesorio a los bienes muebles situados en el territorio del foro. Se pregunta P. Lagarde<sup>49</sup>, al comentar la sentencia francesa, si es necesario acudir a la noción del efecto atenuado del orden público. Señala que el recurso a esta noción deja entender que en la hipótesis improbable en que el pacto sucesorio recayendo sobre bienes muebles situados en Francia fuese admitido por un notario francés que aplicase la ley alemana, reguladora de la sucesión mobiliaria, se enfrentaría con el efecto «pleno» del orden público francés, lo que no es evidente, y que un juez francés debería poder permitir hoy día que una ley extranjera que admita el pacto sucesorio no es contraria al orden público francés, incluso no atenuado. Estima dicho autor que la solución de admitir los efectos del pacto sucesorio sobre los bienes muebles situados en Francia, pero no sobre los inmuebles allí situados, tiene el inconveniente de desequilibrar un pacto sucesorio relativo al conjunto de la sucesión, mueble e inmueble.

En la jurisprudencia italiana, una vieja sentencia de casación de Florencia de 12 de diciembre de 1895, en el caso *Lanza dei Casalanza c. Purkardhofer*<sup>50</sup>, afirmó la contrariedad de estos pactos con el orden público. Posteriormente la sentencia del

<sup>47</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, pp. 439 y ss., nota B. Ancel.

<sup>48</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, pp. 589 y ss., nota P. LAGARDE.

<sup>49</sup> Nota en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, p. 594.

<sup>50</sup> *Vid.* E. Vitta, *Diritto Internazionale Privato*, vol. III, Torino, 1975, p. 146.

Tribunal de Bolzano de 8 de marzo de 1968, en el caso *Kolarczyk c. Gertrud*<sup>51</sup>, excluyó la exigencia de hacer jugar en Italia la excepción de orden público frente a un pacto sucesorio válidamente contratado según el Derecho alemán. Igualmente, en favor de la admisión en el ordenamiento italiano de los pactos sucesorios válidos según la ley extranjera competente para regular la sucesión se pronunciaron las sentencias de la *Corte d'Appello* de Trento de 24 de abril de 1982 y de la *Corte de cassazione* de 5 de abril de 1984<sup>52</sup>.

Nuestro Código Civil, siguiendo la tradición romanista, prohíbe con carácter general la sucesión contractual, los pactos sucesorios. Según el artículo 658, «la sucesión se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima». Y, según el artículo 1271, párrafo segundo, «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056». Así pues, el artículo 658, que sólo alude a la sucesión testamentaria y a la legítima, prescindiendo de toda referencia a la sucesión contractual, sólo admite una forma de ordenar el causante su sucesión, el testamento, identificando sucesión voluntaria con sucesión testamentaria<sup>53</sup>. Por su parte, el artículo 1271 prohíbe expresamente los pactos sucesorios. Se ha entendido –señalan L. Díez-Picazo y A. Gullón<sup>54</sup>– que el artículo 1271 se refiere a los pactos sobre universalidad de una herencia, pero no cuando el pacto es sobre bienes determinados del dominio de quien se obligó respecto a ellos.

La regla general de prohibición de los pactos sucesorios admite, sin embargo, en el propio Código Civil algunas excepciones. Así, el artículo 826, al afirmar que «la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales será válida» y que «la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efectos»; el artículo 831, en cuanto al pacto que permite mejorar al cónyuge viudo a los hijos comunes; el artículo 1341, que admite las donaciones de bienes futuros entre los que van a contraer matrimonio hechas en capitulaciones matrimoniales.

La ya varias veces citada Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, permitía el pacto sucesorio (arts. 16-21), al igual que el testamento mancomunado o el testamento por comisario, constituyendo una excepción a las correspondientes prohibiciones establecidas por el Código Civil. Ya se ha indicado que esta Ley fue derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

La sucesión contractual, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, se admite en el Derecho foral<sup>55</sup>, en razón de la menor influencia del Derecho romano y mayor del Derecho germánico. Los pactos sucesorios pueden ser de institución de heredero o legatario, o de renuncia a la herencia o legítima.

---

<sup>51</sup> A. DAVI, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, abril-junio 2004, p. 490.

<sup>52</sup> D. DAMASCELLI, «La legge applicabile alla successione per cause di morte secondo il diritto internazionale privato italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1003, p. 86.

<sup>53</sup> F. A. SANCHO REBULLIDA, «Art. 658», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1659.

<sup>54</sup> L. DÍEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 465.

<sup>55</sup> Así, la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas dispone en su artículo 16 que «los miembros de la pareja estable no casada podrán otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa».

Por lo que a la jurisprudencia española concierne, la STS (Sala de lo Civil) de 4 de octubre de 1982<sup>56</sup> no aplicó la legislación francesa, que permite que la herencia se difiera por contrato sucesorio, por no haber sido acreditada por la parte que la había alegado. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de septiembre de 1990<sup>57</sup>, apoyándose por error en el artículo 9.1 del Código Civil y no en el 9.8 como correspondía, consideró que la sucesión contractual de un causante de nacionalidad alemana se rige por su ley nacional, el BGB alemán, que establece que la sucesión pactada solamente puede revocarse con la intervención de todos los que otorgaron el pacto sucesorio o por testamento unilateral de uno de ellos con consentimiento de los demás, y que el señor W., su esposa y demás herederos pactaron la sucesión contractual, por lo que no cabe la menor duda que el testamento otorgado en España es ineficaz por no cumplirse con las condiciones del BGB para la revocación del testamento anterior.

Por lo que respecta a la formulación del supuesto de hecho de la norma de conflicto en materia sucesoria, el antiguo artículo 10, párrafo segundo, del Código Civil de 1889, inspirado en el Código Civil italiano de 1865, y posteriormente el *Dahir* de 1914 y el Anteproyecto de 1944, se refirieron sólo a las «sucesiones legítimas y testamentarias», sin efectuar alusión alguna a la sucesión contractual, lo que planteaba dudas en cuanto a su posible inclusión. El vigente artículo 9.8.º, inspirado en el Código Civil italiano de 1942, sustituye la referencia específica y concreta antes efectuada a las sucesiones legítimas y testamentarias por la más amplia y genérica a la «sucesión por causa de muerte», y menciona expresamente los pactos sucesorios. Supone un progreso notable con relación al texto precedente en cuanto que contiene una calificación autónoma que permite superar eventuales problemas calificadorios.

En el Derecho internacional privado comparado diversos sistemas, al igual que el español, hacen referencia a la sucesión por causa de muerte<sup>58</sup>. Con mayor concreción, el Código Civil portugués de 1966 señala que la ley personal del causante de la herencia al tiempo de la declaración regula la admisibilidad de pactos sucesorios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53 [art. 64, c)]. También la Ley suiza de 1987 contiene normas específicas sobre pactos sucesorios (arts. 90, 91 y 95). Otros textos hacen referencia a las sucesiones o a las relaciones sucesorias<sup>59</sup>. Otros sistemas contienen una formulación más específica, pormenorizada y concreta del supuesto. Así, el Código Civil jordano de 1976 (art.18) y el Código de las transacciones civiles de Sudán de 1984 (art.11) hablan de las sucesiones, testamentos y otras disposiciones por causa de muerte. Por su parte, el Código Civil paraguayo de 1985, en consonancia con la antigua redacción del Código Civil español, habla de la sucesión legítima o testamentaria (art. 25).

---

<sup>56</sup> Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1982, núm. 5537.

<sup>57</sup> *RGD*, núm. 567, 1991, pp. 11281-11284.

<sup>58</sup> Código Civil italiano de 1942: art. 23; Código Civil portugués de 1966: art. 62; Ley austriaca de 15 de junio de 1978: art. 28; Ley turca de 20 de mayo de 1982: art. 22; Ley alemana de 25 de julio de 1986: art. 25; Ley italiana de 31 de mayo de 1995: art. 46.

<sup>59</sup> Código Civil griego de 1940: art. 28; Ley de Corea del Sur de 15 de enero de 1962: art. 26; Ley de la antigua Checoslovaquia de 4 de diciembre de 1963: art. 17; Ley polaca de 12 de noviembre de 1965: art. 34; Ley de la antigua RDA de 5 de diciembre de 1975: art. 25; D.L. núm.13/1979 del Presidium de la RP Húngara: art. 36; Ley yugoslava de 15 de julio de 1982: art. 30; Código Civil peruano de 1984: art. 2100; Ley suiza de 18 de diciembre de 1987: art. 86; Ley rumana de 22 de septiembre de 1992: art. 66.

Por lo que respecta al Derecho internacional privado convencional, en el ámbito de la Conferencia de La Haya, el ya citado Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, no contiene referencia alguna a los pactos sucesorios. Según su artículo 12, cada Estado contratante podrá reservarse el derecho de excluir su aplicación a las cláusulas testamentarias que, según su derecho, no tengan carácter sucesorio. En el marco del proceso de elaboración del mencionado texto convencional, el Anteproyecto de Convenio de la Comisión de Estado holandesa de junio de 1958 sobre la ley aplicable a la forma de los testamentos señalaba la no aplicación del mismo a los pactos sucesorios (art.V). La Comisión especial, seguida por la Conferencia, estimó preferible no mencionarlos, considerando que este silencio no debía engendrar equívoco: un texto sobre las disposiciones testamentarias no se aplica a los pactos sucesorios, dado que éstos son contratos, mientras que el testamento es un acto esencialmente unilateral y revocable. La mención de los pactos sucesorios hubiera obligado a dar una definición, como habían pedido los Delegados de los países cuyo Derecho ignoraba esta institución<sup>60</sup>.

El Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte dedica su capítulo III (arts. 8-12) a la regulación de las sucesiones contractuales. El pacto sucesorio es definido como un acuerdo, hecho por escrito o resultante de testamentos mutuos, que contiene, modifica o retira, con o sin contraprestación, derechos en la sucesión futura de una o de varias personas partes en el acuerdo (art. 8). Se distinguen los supuestos en que el pacto concierne a la sucesión de una sola persona (art. 9) o a la sucesión de más de una persona (art. 10). Según el artículo 24,1,a) todo Estado podrá hacer la reserva de que no aplicará el Convenio al pacto sucesorio tal como se define en el artículo 8 y, en consecuencia, que no reconocerá una designación hecha conforme al artículo 5, si esta designación no está expresada en una declaración que revista la forma de una disposición testamentaria. Señala el Informe explicatorio de Donovan W. M. Waters<sup>61</sup> que una de las características principales del nuevo instrumento es que la sucesión incluye expresamente los pactos sucesorios. Esta expresión técnica es traducida en inglés por «*agreements as to succession*», pero la noción de pacto sucesorio es desconocida en cuanto tal en los sistemas de *common law*.

En la doctrina española, M. de Lasala Llanas<sup>62</sup> defendió la intervención del orden público. Sin embargo, J. G. Verplaetse<sup>63</sup> estimó que el orden público debía ser atenuado. En contra de la intervención del orden público frente a la sucesión contractual cabe invocar argumentos que afectan, en primer término, a la admisión de excepciones a su prohibición en el propio Derecho civil común; en segundo lugar, a su reconocimiento en las legislaciones forales; y, finalmente, a la formulación de la norma de conflicto (art. 9.8.º CC).

---

<sup>60</sup> *Rapport de la Commission spéciale présenté par M. Henri Batiffol, ob. cit.*, p. 25; *Rapport explicatif de M. Henri Batiffol, ob. cit.*, p.168.

<sup>61</sup> *Rapport explicatif de M. DONOVAN W. M. WATERS, Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et documents de la seizième session, t. II, Successions-Loi applicable, La Haye, p. 536.*

<sup>62</sup> M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, RDP, Madrid, 1933, p. 251.

<sup>63</sup> J. Verplaetse, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, p. 515.

---

## VI. CONTENIDO DEL TESTAMENTO

### 1. Condiciones testamentarias

---

En materia de obligaciones convencionales, el artículo 1116 del Código Civil dispone que «las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa», añadiendo que «la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta». En el ámbito sucesorio la regulación es diferente. El artículo 792 establece que «las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa». La diferencia consiste en que en este ámbito dichas condiciones se tienen por no puestas, no perjudican al heredero o legatario y el testamento continúa siendo válido, en tanto que en el ámbito de las obligaciones este tipo de condiciones anula la obligación que de ellas depende<sup>64</sup>.

Ha sido objeto de controversias la licitud de la condición absoluta o genérica de contraer o no contraer matrimonio y de la condición relativa o específica de contraerlo o no con determinada persona. El artículo 793 del Código Civil establece que «la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste». La condición absoluta de no contraer matrimonio constituye un atentado al derecho a contraer matrimonio (*ius connubii* o *ius nubendi*), que es un derecho de la personalidad reconocido por la normativa internacional de los derechos humanos<sup>65</sup>, así como por el artículo 32.1 de la Constitución. Parece que el orden público deberá intervenir frente a esa condición testamentaria absoluta de no contraer matrimonio, contraria a los derechos de la personalidad. Por otra parte, se considera que el Código Civil implícitamente admite la condición específica de contraer o no contraer matrimonio con persona determinada y la condición genérica de contraerlo. Señala V. Torralba Soriano<sup>66</sup> que el Código Civil también implícitamente admite la condición de no casarse durante cierto tiempo, no casarse hasta que llegue cierto momento, no casarse sino fuera de ciertas circunstancias, o no casarse con personas de determinadas características, o de determinada clase social, etc. Según la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de mayo de 1982 la condición de contraer matrimonio con persona noble no es inconstitucional.

---

### 2. Legítimas

---

El artículo 9.8.º del Código Civil, después de someter la sucesión por causa de muerte a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquie-

---

<sup>64</sup> V. Torralba Soriano, «Art. 792», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1941.

<sup>65</sup> Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; art. 23.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 12 del Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>66</sup> V. Torralba Soriano, «Art. 793», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1942-1944.

ra que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, puntualiza que «sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última». Como se ve, en caso de conflicto móvil ocasionado por el cambio de nacionalidad del causante entre el momento de otorgamiento del testamento o del pacto sucesorio y el momento de fallecimiento del testador o del disponente, «las legítimas se ajustarán, en su caso» a la ley que rija la sucesión, es decir, a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Prevalece, por consiguiente, el momento del fallecimiento del causante sobre el momento de otorgamiento del testamento o del pacto sucesorio. Esa atribución de competencia, en cuanto a las legítimas, a la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento del causante, y no en el momento de otorgamiento del testamento, conduce, como ha señalado la doctrina<sup>67</sup>, a privilegiar la aplicación del estricto sistema de legítimas del Código Civil frente a sistemas que consagren la libertad de testar. La expresión «en su caso», referida a las legítimas, es un dato que puede interpretarse en sentido favorable a la consideración del carácter no necesariamente exigible de las legítimas, es decir, como un elemento que apoya la posible aplicación de una legislación extranjera, como ley sucesoria, como ley nacional del causante, que no imponga el sistema de legítimas y que admita la absoluta libertad de testar. Aunque, como señala M. de Angulo<sup>68</sup>, la expresión «en su caso» podría interpretarse en función sólo de la inexistencia de herederos legitimarios en el supuesto concreto y no, además, en el de la eventual inexistencia de legítimas en la ley rectora de la sucesión. Es de señalar que, tras la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, el segundo párrafo del artículo 9.8.º dispone que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

Es de destacar que tanto la jurisprudencia que ha aceptado el reenvío de la norma de conflicto extranjera, correspondiente a la nacionalidad del causante, a la ley española, en su calidad de ley de su domicilio o de ley del lugar de situación de los bienes inmuebles, como la jurisprudencia que ha rechazado el reenvío<sup>69</sup>, o la que ha aplicado la legislación extranjera al margen de toda consideración sobre el reenvío, no ha considerado oportuno acudir al orden público, como argumento exclusivo o complementario al del reenvío, para justificar la aplicación de la ley española<sup>70</sup>.

Un sector de la jurisprudencia ha admitido la aplicación de una legislación extranjera que permita la libertad testamentaria y no imponga un sistema de legítimas,

---

<sup>67</sup> A. FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, t. LIII, fasc. I, 2000, pp. 23-81; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el Derecho internacional privado)», *REDI*, 2001-1 y 2, pp. 49-74, esp. pp. 59 y ss.

<sup>68</sup> M. DE ANGULO, «Art.9.8», *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 487.

<sup>69</sup> A. PÉREZ VOITURIEZ, «El reenvío en el Derecho Internacional Privado español: una interpretación actualizada», *Rev. Jur. del Notariado*, núm. 13, 1995, pp. 257-337; J.A. Tomás Ortiz de la Torre, «El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español», *Actualidad Civil*, núm. 40, 1999, pp. 1261-1295.

<sup>70</sup> La jurisprudencia española sobre el reenvío, relativa a la sucesión de súbditos británicos, norteamericanos o argentinos con domicilio y bienes en España, es escasa, contradictoria, y, hasta tiempos muy recientes, de instancias inferiores.

sin acudir al orden público e incluso sin acudir al reenvío, o rechazándolo expresamente, como expediente al servicio de la aplicación de la legislación española. Así, la SAT de Granada de 7 de febrero de 1925, en el caso de la sucesión de *D. Arturo Larios*, un causante a quien se suponía de nacionalidad inglesa (posteriormente, la STS de 10 de febrero de 1926 estimó que era español), con bienes inmuebles en España, rechazó la admisión del reenvío. También se opuso a la admisión del reenvío la SAT de Palma de Mallorca de 17 de febrero de 1966<sup>71</sup>, en el caso de la sucesión de *D. José Quetglas Sánchez*, un causante argentino con domicilio y bienes inmuebles en España. A su vez, la STS de 27 de abril de 1978<sup>72</sup> consideró aplicable la ley mejicana, como ley nacional del causante, favorable a la libertad de testar, en el supuesto de un testamento otorgado en España por un mejicano. Por su parte, la STS (Sala 1.ª) de 17 de diciembre de 1991<sup>73</sup>, a propósito de un testamento otorgado en España conforme a la ley española por un marroquí, consideró que los recurrentes no habían probado «que aquella Ley personal prohiba desheredar en testamento (lo que hizo el causante con respecto a los hijos habidos de su anterior matrimonio y a la que fue su mujer...) ni que en el mismo se limite el causante a dejarles a su esposa e hijos habidos de ella lo que por Ley les corresponde (lo que también hizo)...», añadiendo que «la sentencia recurrida da como probadas las actuaciones de los recurrentes que encajan en causa de desheredación...». Como se observa, aquí el Tribunal Supremo resuelve acudiendo al reiteradamente utilizado argumento procesal de la falta de prueba del Derecho extranjero, el Derecho marroquí, correspondiente a la nacionalidad del causante, sin efectuar alusión alguna al orden público. Más recientemente, el Tribunal Supremo (Sala 1.ª), en las sentencias de 15 de noviembre de 1996<sup>74</sup> y 21 de mayo de 1999<sup>75</sup>, ha rechazado el reenvío, utilizando argumentos relativos al carácter facultativo del mismo; a su aplicación flexible, restrictiva y condicionada; a la armonización de los sistemas jurídicos de los Estados; al principio de unidad y universalidad de la herencia propio del Derecho español y a la justicia material del caso concreto. La STS de 15 de noviembre de 1996, en el caso *Lowenthal*, hacía referencia a la sucesión de un norteamericano, originario del Estado de Maryland, con domicilio en el Reino Unido, pero residente en España, donde había dejado parte de sus bienes inmuebles. Apartándose del criterio sostenido por la SAT de Granada de 22 de diciembre de 1988<sup>76</sup>, que había aceptado el reenvío, el Tribunal Supremo lo rechazó, aduciendo, entre otros argumentos, que «la defensa de derechos legítimos, hecha por los actores con apoyo en el Derecho español, no necesariamente ha de tener contenido real y en consecuencia no abona la tesis del reenvío en la sucesión de inmuebles radicados en España», agregando que «el reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las

<sup>71</sup> Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado. Materiales de prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 144-145.

<sup>72</sup> *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1978, núm. 1458; Nota de J.A. Tomás Ortiz de la Torre en *REDI*, 1980, pp. 234-237.

<sup>73</sup> *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1991, núm. 9717; Nota de F.J. Garcimartín Alférez en *REDI*, 1992-1, pp. 239-243.

<sup>74</sup> *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1996, núm. 8212; Nota de E. Rodríguez Pineau en *REDI*, 1997-1, pp. 264-268.

<sup>75</sup> *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1999, núm. 4580; vid. J.A. Tomás Ortiz de la Torre, «El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español», *Actualidad Civil*, núm. 40, 1999, pp. 1261-1295; J. Pérez Milla, Nota en *Anuario Español de D.I.Pr.*, 2001, pp. 1094-1097.

<sup>76</sup> *RGD*, núm.543, 1989, pp. 8651-8656; Nota de M. Moya Escudero en *REDI*, 1990-2, pp. 634-637; vid. J.L. Iriarte Ángel, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, núm. 537, 1989, pp. 3561 y ss.

legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio...». Comentando la referida sentencia del Tribunal Supremo, se pregunta E. Rodríguez Pineau si, con independencia del carácter real de los derechos legitimarios, el respeto de las legítimas constituye una cuestión de orden público cuya importancia impone la aplicación del Derecho español y si, en el supuesto de ser cuestión de orden público, ese carácter debía limitarse a la sucesión de los bienes inmuebles. Si así fuera, el aseguramiento de las legítimas estaría limitado a los bienes sobre los cuales el ordenamiento español puede garantizar la satisfacción de las mismas, es decir, los bienes situados en España. El Tribunal Supremo afirma que las legítimas no constituyen una cuestión de orden público. A su vez, la STS de 21 de mayo de 1999, en el caso *Denney*, relativo a la sucesión de un nacional inglés, residente y fallecido en España, con bienes inmuebles en nuestro país y muebles en España y Francia, aplicó la ley inglesa a la sucesión en su conjunto, rechazando el reenvío a la ley española. Considera dicha sentencia, entre otras cosas, que la aplicación del reenvío «contradice y deja sin aplicación el principio rector del derecho inglés en materia sucesoria como es la libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad», concluyendo que la sucesión del causante se rige por su ley nacional, es decir, «por la ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales...». Anteriormente, la SAP de Badajoz de 11 de julio de 1995<sup>77</sup> había acogido la excepción procesal de «litisconsorcio pasivo necesario» alegada y, sin entrar en el fondo del asunto, absuelto a la demandada, no sin antes efectuar una reflexión sobre el reenvío para concluir que «no siempre el reenvío es aconsejable y de que este supuesto es uno de los que exigirían mayor meditación».

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>) de 27 de febrero de 2004<sup>78</sup> revoca la sentencia de instancia, que había desestimado una demanda, relativa a la concreción de los derechos legitimarios de la demandante, con base en una supuesta insuficiencia de acreditación del Derecho material extranjero designado competente por el artículo 9.8 del Código Civil, es decir, la legislación alemana. En opinión de la Audiencia, dicha normativa, que tal como se desprende de la documentación aportada ha sido suficientemente probada, ha de ser la que resuelva el caso de autos, y ello pese a reconocer en la propia sentencia que en la legislación alemana, a diferencia de lo que acontece en nuestro Código Civil, no existe la diferenciación entre la legítima amplia y la legítima estricta, ya que en dicho país se sigue el sistema de cuota única invariable. La sentencia que resuelve el recurso de apelación es consciente de que, entre los sistemas de legítimas regulados por las distintas legislaciones, existen «algunas diferencias» (el sistema de distribución libre, la mejora, la cuota variable según el número de hijos y la cuota única invariable), y de que las mismas están presentes incluso en el seno del propio ordenamiento jurídico español. De hecho, así como el Derecho civil aragonés y el vizcaíno acogen el sistema de distribución libre, y el Derecho civil común el de mejora, el Derecho civil catalán (al igual que el alemán) opta por el sistema de la cuota única invariable.

<sup>77</sup> *Aranzadi Civil (Audiencias Provinciales)*, 1995, II, núm.1395, pp. 807-817; Nota de J. Carrascosa González en *REDI*, 1996-2, pp. 316-321; P. Blanco-Morales Limones, «¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España?», *RGD*, núms. 613-614, 1995, pp.11341-11347.

<sup>78</sup> *J.U.R.*, 2004, núm. 83985.

Por otra parte, una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3.ª) de 28 de junio de 2004<sup>79</sup> confirma la sentencia de instancia, que había desestimado una demanda de cumplimiento de un legado hereditario instituido por el causante en su testamento, con base, fundamentalmente, en la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero competente, la normativa inglesa sobre la herencia, los legados y las legítimas de los hijos.

En cuanto a la práctica notarial, se ha señalado que en Canarias, en los casos muy frecuentes de testamentos británicos se viene aplicando el principio de absoluta libertad de testar, peculiar de su Derecho, descartando sin más la aplicación del reenvío<sup>80</sup>.

Hay que señalar que la jurisprudencia favorable a la aceptación del reenvío, también muy escasa, no hizo referencia a la posible intervención del orden público como argumento en que apoyar y fortalecer la aplicación de la ley española. El Auto del Juzgado del distrito del Hospital de Barcelona de 3 de agosto de 1900<sup>81</sup>, en el caso de la sucesión de *D. Thomas A.*, relativo a la sucesión de un escocés domiciliado en Barcelona, donde era propietario de bienes inmuebles y valores o muebles, vista la opinión de varios tratadistas y el dictamen del catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Barcelona don Juan de Dios Trías, aceptó el reenvío de primer grado efectuado por la norma de conflicto escocesa, ley nacional del difunto, a favor de la ley española, como ley del domicilio del causante, en cuanto a la sucesión de los bienes muebles, y como ley del lugar de situación en cuanto a la sucesión de los inmuebles, aplicándose la ley catalana por radicar en este territorio su domicilio último, así como sus bienes muebles e inmuebles. Hay que anotar que el causante había otorgado testamento, nombrando herederos universales a sus hijos, prohibiendo el juicio de testamentaría y declarando que «quien lo impugnase se limitaría a percibir la legítima que según Derecho corresponda, legítima que deberá someterse a las disposiciones de la ley inglesa». Esa sumisión de la legítima a la ley inglesa, favorable a la libertad de testar, acerca de la cual el Juzgado no tuvo que pronunciarse, tenía por objeto desalentar a los herederos acerca de una posible impugnación del testamento y prevenir, en caso de realizarse dicha impugnación, los efectos de un posible reenvío. Posteriormente, la RDGRN de 30 de junio de 1956<sup>82</sup>, a propósito de la sucesión de *doña María Luisa Guerra Cortínez*, aceptó el reenvío efectuado por la norma de conflicto argentina, ley nacional de la causante, a la ley española, como ley de su domicilio. A su vez, el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.10 de Madrid de 18 de febrero de 1974<sup>83</sup>, en el caso de la sucesión *ab intestato* de un súbdito británico domiciliado y con bien inmueble en España, aceptó el reenvío de la norma de conflicto inglesa al Derecho español. Tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil, admitiendo, con carácter facultativo, el reenvío de retorno en su artículo 12.2.º, la ya citada SAT de Granada de 22 de diciembre de 1988, en el caso *Lowenthal* aceptó el reenvío de la norma de conflicto

<sup>79</sup> *J.U.R.*, 2004, núm. 203300.

<sup>80</sup> A. PÉREZ VOITURIEZ, «El reenvío en el Derecho Internacional Privado español...», *ob. cit.*, p. 306.

<sup>81</sup> *Rev. Jur. de Cataluña*, t. VII, 1901, pp. 173-180; *Vid.* J. de D. Trías y Giró, «De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols», *J. Clunet*, 1901, pp. 905 y ss.; *id.*, «La solución de retorno (Renvoi) ante los Tribunales de España», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1901, pp. 173 y ss.; J.M.ª Trías de Bes y Giró, «Règles générales des conflits de lois», *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, La Haye, 1937-IV, t. 62, pp.53 y ss.; *id.*, *Conflictos de leyes en la sucesión testamentaria*, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el día 6 de abril de 1945, Barcelona, 1946, p.22.

<sup>82</sup> *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1956, núm. 2582.

<sup>83</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 147-149.

norteamericana a la ley española como ley del lugar de situación de los bienes inmuebles que se transmiten por la sucesión. Señaló esta sentencia que si la libertad de disposición es absoluta en la ley nacional del testador, la aplicación de la ley española, por reenvío de retorno, hace que aquél no haya podido olvidarse sin más de sus dos hijos, por lo que estima el recurso de apelación interpuesto por los mismos. A su vez, la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1996<sup>84</sup>, relativa a la sucesión de un causante inglés, fallecido en España y con bienes inmuebles en nuestro país, acepta el reenvío de la norma de conflicto inglesa a la ley material española, «sin que pueda atribuirse ningún valor probatorio en contra al informe aportado por la demandada y emitido por el Vicedónsul británico en Madrid, por no ser suficientemente específico en cuanto al supuesto que aquí se plantea, ya que se afirma sin más que en Derecho inglés existe libertad de testar; pero no se aporta la solución del Derecho inglés cuando el testador es de nacionalidad inglesa pero testa en otro país, dejando bienes y además falleciendo en ese país, ante lo cual debe prevalecer el dictamen de los notarios londinenses, aplicándose el Derecho español a esta sucesión». Más recientemente, la STS de 23 de septiembre de 2002<sup>85</sup>, en el caso de la sucesión de D. *Francois Marie James W.*, ciudadano británico, domiciliado en España, respecto de diversos bienes inmuebles sitos en nuestro país, aceptó el reenvío de la norma de conflicto inglesa a la ley española, por no resultar contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión, no produciéndose en modo alguno una fragmentación en la regulación de la herencia.

Grandes dosis de ambigüedad presenta la STS (Sala 1.ª) de 23 de octubre de 1992<sup>86</sup>, relativa a la sucesión de un causante de nacionalidad belga que deja bienes inmuebles en España, en la que se aborda la posible intervención del orden público en relación con las legítimas y la imputación de la deuda contraída por el difunto. En el recurso se acusa la infracción por aplicación indebida del artículo 818 del Código Civil, precepto que en su primer párrafo establece que «para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento» y se sostiene que dicho artículo no debió ser aplicado, sin señalar qué norma del Derecho belga es aplicable. Considera el Tribunal Supremo que la norma aplicada por la sentencia recurrida «se refiere a una institución sucesoria, como las legítimas, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho, que impediría la aplicación del Derecho extranjero (art.12, apd. 3 Cc), el cual...no ha sido debidamente invocado en este punto, ni por tanto puede determinarse si es opuesto al vigente en España y si hubiera que aplicar al caso discutido el expresado artículo 12.3.º Cc, sancionador del principio de que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público», como podría suceder si se acuerda una sucesión hereditaria, cualquiera que sea su clase, sin ordenar que antes de ser asumida se deduzcan las deudas que pesaban sobre el causante por haberlas contraído el mismo...», agregando que «es labor de los Tribunales españoles señalar y fijar en cada caso qué constituye el orden público del foro, el que debe ser salvaguardado ante la posible aplicación del Derecho extranjero antagónico o incompatible». La presente sentencia suscita algunas reflexiones. En primer término, no está claro cuál es el objeto de la posible intervención del orden público, si éste se contempla en relación con las legítimas o con una consecuencia de su fijación, la

---

<sup>84</sup> Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1996, núm. 2441.

<sup>85</sup> *La Ley*, 24 de octubre de 2002.

<sup>86</sup> Aranzadi, *Rep. Jurispr.*, 1992, núm. 8280; Nota de J. Maseda Rodríguez en *REDI*, 1993-2, pp. 502-509.

deducción de las deudas que pesaban sobre el causante por haberlas contraído el mismo; hay que tener en cuenta que en la sentencia se afirma que el citado artículo 818 del Código Civil «viene a sancionar el principio tradicional, al mismo tiempo que de orden público», expresivo de que «antes es pagar que heredar», y se alude a la posible intervención del orden público «si se acuerda una sucesión hereditaria...sin ordenar que antes de ser asumida se deduzcan las deudas que pesaban sobre el causante por haberlas contraído el mismo». En segundo lugar, la intervención del orden público se afirma simplemente como una posibilidad («que bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho, que impediría la aplicación del Derecho extranjero», «como podría suceder si se acuerda una sucesión hereditaria...sin ordenar que antes de ser asumida se deduzcan las deudas que pesaban sobre el causante...») que debe ser valorada por los Tribunales tras el análisis del Derecho extranjero competente y de su posible antagonismo con el Derecho del foro, lo que haría necesario el conocimiento del Derecho belga, correspondiente a la nacionalidad del causante, que no ha sido debidamente invocado. Finalmente, el argumento relativo a la posible intervención del orden público se utiliza para justificar y fortalecer la aplicación del Derecho del foro, amparada ya por la falta de prueba del Derecho extranjero competente.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado comparado, la Ley italiana de 31 de mayo de 1995, después de señalar en el artículo 46.2.º que el sujeto de cuya herencia se trata puede someter, con declaración expresa en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en que reside, establece que en el supuesto de la sucesión de un italiano, la elección por el causante de la ley de su residencia «no perjudicará los derechos que la ley italiana atribuye a los legitimarios residentes en Italia en el momento de la muerte del causante». Como se ve, la *optio iuris* aparece aquí sometida a ciertas condiciones, que atañen a los términos de la posible elección (limitada a la ley del Estado de la residencia del causante), a la forma de la elección (mediante declaración expresa en forma testamentaria) y a la tutela prevista en favor de algunas categorías de legitimarios<sup>87</sup>. En este caso la aplicación de la ley italiana se apoya en una doble conexión, la nacionalidad del causante y la residencia de los legitimarios, sin tener en cuenta la nacionalidad de éstos. La fortaleza de esa conexión (nacionalidad del causante + residencia de los legitimarios) y la defensa de los derechos de éstos hace que la ley italiana prevalezca sobre la ley extranjera correspondiente a la residencia del causante y elegida por éste como aplicable. Se ha criticado por un sector de la doctrina italiana la indebida tutela, en el caso de nacionalidad italiana del causante, de los derechos de sólo los legitimarios residentes en Italia, no acogiéndose la tesis de que los derechos de los legitimarios deben ser respetados respecto de cualquier sucesión. Se ha señalado la posible discriminación entre los legitimarios extranjeros residentes en Italia y los italianos residentes en el extranjero, así como que la no exigencia de un tiempo mínimo de permanencia en Italia, ni el requisito de habitualidad y efectividad de la residencia, podría alimentar fenómenos de transferencia ficticia a Italia por parte de los legitimarios de un ciudadano italiano con objeto de beneficiarse de la cuota de reserva que el ordenamiento italiano les garantiza<sup>88</sup>. Por lo que respecta a la jurisprudencia italiana, la sentencia de la Corte

<sup>87</sup> R. CLERICI, «Articolo 46», en «La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Legge 31 maggio 1995 n. 218», *Riv. dir. int. priv. proc.*, esp. pp. 1136-1139.

<sup>88</sup> P. PICONE: «La riforma italiana del diritto internazionale privato», *REDI*, 1996-1, pp. 9-38, esp. 22-23; *id.*, «La legge applicabile alle successioni», en *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile*, Milano, 1991, p. 77; D. DAMASCELLI, «La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 89-90.

di Appello de Reggio Calabria de 7 de diciembre de 1957, en el caso *Maldonato c. Alampi y otros*, y la del Tribunal de Termini Imerese de 15 de julio de 1965, en el caso *Imburgia c. Fazio y otros*, ambas relativas a la sucesión de ciudadanos de Estados Unidos, sostuvieron posiciones contrarias en cuanto a la intervención del orden público<sup>89</sup>. La primera de dichas sentencias afirmó que la ley nacional del testador, que le consiente disponer libremente de sus bienes y no reconocer a los hijos cuota alguna de reserva, es contraria al orden público y, por tanto, inaplicable en Italia, invocando el interés superior de la sociedad, de la cual la familia es la célula primera. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Termini Imerese de 1965 consideró que el ilimitado poder del testador, que no había dejado nada a sus hijos, no es contrario al orden público. Posteriormente, la sentencia de la *Corte di Cassazione (s.u.)* de 12 de octubre de 1970 n.1941, en el caso *Zirckel von Grunelius c. Deichmann e Procuratore generale presso la Corte di Appello di Genova*<sup>90</sup>, a propósito del reconocimiento de una sentencia suiza, consideró que no subsiste contrariedad con el orden público italiano en la disposición de una sentencia extranjera que, en el caso de la sucesión testamentaria de un causante alemán domiciliado en Italia, declara que el hijo del testador, preterido por éste, tiene derecho a concurrir en la sucesión como reservatario o legitimario, en cuanto que el ordenamiento italiano prevé una limitación a la libertad de disponer de los propios bienes por testamento, asignando a determinados parientes una cuota intangible del haber hereditario. Por su parte, la sentencia del Tribunal de Sanremo de 31 de diciembre de 1984, en el caso *Bortoluzzi Maiano y Maiano c. Bortoluzzi Maiano*<sup>91</sup>, relativo a la sucesión de un ciudadano italiano, naturalizado en Gran Bretaña, había considerado que la normativa británica, que no prevé cuota alguna de reserva a favor de los hijos del *de cuius*, es contraria al orden público. Posteriormente, la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de junio de 1996 n.5832, en el caso *Amato c. D. Colombo, G. Colombo y Casati*<sup>92</sup>, relativo a la sucesión de un canadiense (Estado de Quebec), consideró que no contrastan con el orden público las normas de Quebec, reclamadas como ley nacional del causante, que no prevén en materia de sucesión cuotas de reserva a favor de los legitimarios. La sentencia pronunciada en casación se aparta del criterio sostenido por la *Corte di Appello* de Milán de 4 de diciembre de 1992 n. 2100, *Colombo D., Casati ved. Colombo, Colombo G. c. Amato*<sup>93</sup>, según la cual las disposiciones italianas en materia de sucesión necesaria (art. 536 y ss. del Código Civil), que encuentran fundamento en la salvaguarda del principio de solidaridad de la institución familiar tutelado por la Constitución, pertenecen al orden público, con el que contrasta el artículo 831 del Código Civil de Quebec, que consiente al testador disponer libremente de todos sus bienes. Se ha producido, pues, una atenuación en la intervención del orden público. Como se ve, la jurisprudencia se ha mostrado oscilante, aunque con una creciente tendencia a la no intervención del orden público.

Por otra parte, la Ley venezolana de 1998<sup>94</sup>, que somete las sucesiones a la ley del domicilio del causante (art. 34), establece que, sin embargo, los descendientes,

---

<sup>89</sup> Citadas por E. Vitta, *Diritto Internazionale Privato, ob. cit.*, p.132.

<sup>90</sup> *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, pp. 872 y ss.

<sup>91</sup> *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, pp. 341 y ss.

<sup>92</sup> *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 784 y ss.

<sup>93</sup> *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 821 y ss.

<sup>94</sup> G. PARRA ARANGUREN, «La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1999-1, pp. 277-287; *id.*, «La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 209 y ss.

los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano (*droit de prélèvement*) (art.35). Así pues, en este caso la ley venezolana se aplica como *lex rei sitae*, como ley del lugar de situación de los bienes.

La jurisprudencia alemana ha considerado que no es inconciliable con el orden público alemán la aplicación de las legislaciones estatales que prevean la total exclusión de derechos hereditarios a los parientes más próximos, incluso cuando las mismas no les reconozcan ni siquiera el derecho a la legítima. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del *Reichsgericht* de 23 de octubre de 1911<sup>95</sup>, así como de la sentencia del *Oberlandesgericht de Köln* de 26 de junio de 1975<sup>96</sup>.

En el plano convencional, el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en su artículo 7, 2, d), somete a la ley sucesoria «el tercio de libre disposición, las reservas y las demás restricciones a la libertad de disponer por causa de muerte». Frente a la admisión de la *professio iuris* en materia sucesoria se ha señalado la objeción de que el autor puede prevalerse de ella para designar como aplicable una ley que le conceda una libertad de disposición de sus bienes más amplia de la que le concedería la ley normalmente aplicable a título objetivo, y de que pueda, a través de esta vía, despojar a sus herederos legitimarios de los derechos que les corresponderían según esta última ley<sup>97</sup>. Por ello, el Convenio de La Haya de 1989 contiene dos disposiciones destinadas a la protección de los derechos de los legitimarios: el artículo 12, apartado 2, y el artículo 24, apartado 1, letra d). Por un lado, el artículo 12, apartado 2, trata de salvaguardar los derechos legitimarios de las personas no partes en los pactos sucesorios respecto al perjuicio que estos derechos podrían sufrir por la aplicación a los mismos de una ley diferente a la llamada a regir la sucesión. Por otro lado, el artículo 24.1.d) permite a los Estados contratantes hacer al Convenio una reserva autorizándoles, bajo ciertas condiciones, a no reconocer los efectos de una *professio iuris* que privase totalmente o en una proporción muy importante al cónyuge o al hijo menor del difunto de atribuciones de naturaleza sucesoria o familiar a las que tuvieran derecho según las reglas imperativas de la ley del Estado que formula la reserva. Se ha señalado que la experiencia de los países, como Suiza, cuyos sistemas de Derecho internacional privado admiten la *professio iuris*, muestra que los casos en que el causante se sirve de este instrumento para desheredar a sus parientes son relativamente raros<sup>98</sup>. La sentencia del Tribunal Federal suizo de 17 de agosto de 1976, en el asunto *Hirsch c. Cohen*<sup>99</sup>, decidió que no había lugar a hacer intervenir el orden público, a pesar de los vínculos muy estrechos que existían entre el caso y Suiza, puesto que la hija del difunto, desheredada por éste, poseía la nacionalidad de este país, donde estaba domiciliada, y donde, además, el testador, nacional inglés, había vivido durante los últimos veinte años de su vida. Por otra parte, las legislaciones que no admiten la institución de la legítima suelen reconocer el derecho a alimentos de los parientes preteridos por el testador.

En el Derecho foral se aprecia una completa diversidad entre los distintos sistemas legitimarios en cuanto a la cuantía de la legítima, a la par que una tendencia a

---

<sup>95</sup> *Juristische Wochenschrift*, 1912, especialmente p. 22.

<sup>96</sup> *FamRZ*, 1976, pp. 170-172.

<sup>97</sup> *Vid.* A. DAVI, «L'autonomie de la volonté...», *ob. cit.*, p. 475.

<sup>98</sup> A. DAVI, «L'autonomie de la volonté...», *ob. cit.*, p. 475.

<sup>99</sup> A. DAVI, «L'autonomie de la volonté...», *ob. cit.*, p.476.

su reducción. Así, en el País Vasco existen tres sistemas, en vigor en los diferentes Territorios Históricos, libertad absoluta de testar, libertad limitada, a través de una legítima de 4/5 colectiva, es decir, con libertad de distribución entre los herederos forzosos, y la legítima de 2/3 prevista en el Código Civil<sup>100</sup>. Por otra parte, la legislación aragonesa ha reducido a la mitad del caudal la porción legitimaria, que antes era de dos tercios. La más absoluta libertad de testar es prevista en el Fuero de Ayala, cuyo ámbito de aplicación extraterritorial se señala en el artículo 134.1 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, según el cual «los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren». A su vez, una libertad muy amplia de testar se defiende en el Derecho navarro.

En contra de la intervención del orden público en cuanto a la existencia y régimen (orden y cuantía) de las legítimas cabe invocar argumentos que hacen referencia a la propia formulación de la norma de conflicto española en materia sucesoria (art. 9.8.º CC), a la jurisprudencia existente y a la diversidad del Derecho foral<sup>101</sup>.

(Continuará.)

---

<sup>100</sup> Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, «Los trabajos de reforma de la Ley Vasca 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco», *REDI*, 1999-1, pp. 313-316.

<sup>101</sup> M. DE ANGULO, «Artículo 9.8», *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 487; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Artículo 9.8», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; A. L. CALVO CARAVACA y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, II, 4.ª ed., Comares, Granada, 2003, pp. 325-327; E. PÉREZ VERA, en *Derecho Internacional Privado* (dirigido por E. PÉREZ VERA), vol. II, 3.ª ed., Colex, UNED, Madrid, 2001, p. 248.