

## LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA* ANTE LA REGLAMENTACIÓN COMUNITARIA DE LAS SUCESIONES

Josep M. FONTANELLAS MORELL

Profesor asociado de Derecho internacional privado  
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. Introducción. II. Las donaciones *mortis causa* en el Derecho material europeo. III. Las donaciones *mortis causa* en el Derecho conflictual europeo. IV. Las donaciones *mortis causa* y la iniciativa de reglamentación comunitaria. V. Consideraciones finales.

RESUMEN: La iniciativa comunitaria sobre las sucesiones excluye de su ámbito material de aplicación a las donaciones, y lo hace porque estima que es una materia que, en lo concerniente al Derecho aplicable, queda cubierta por el Reglamento Roma I –y, en cuanto a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones, por el Reglamento Bruselas I–. Sin embargo, estos dos instrumentos dejan, a su vez, fuera de su radio de acción a las obligaciones –y a las acciones y sentencias– dimanantes de los testamentos y sucesiones. Este juego de exclusiones recíprocas obliga a indagar el régimen jurídico de las liberalidades afectadas, entre ellas, las donaciones *mortis causa*; para lo cual hay que partir del Derecho material comparado, que muestra como la suerte de esta institución ha sido muy distinta de un país a otro. La disparidad material no ha impedido, empero, que la mayoría de regulaciones de DIPr haya adscrito las donaciones *mortis causa* a la esfera sucesoria y las haya supeditado a la *lex successio-nis*. A la vista de las alternativas existentes en el venidero escenario europeo, hay que abogar por la inclusión *ratione materiae* de dichas liberalidades en el futuro instrumento.

PALABRAS CLAVE: UNIÓN EUROPEA – SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE – REGLAMENTO COMUNITARIO – ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN – DONACIONES *MORTIS CAUSA*.

*ABSTRACT: The Community initiative on successions excludes gifts from its scope of application, since it believes it is a matter that, in relation to the applicable law, is submitted to «Rome I» Regulation –and, with regard to the jurisdiction and recognition and enforcement of decisions, to «Brussels I» Regulation–. However, these instruments leave aside of its scope the obligations –as well as actions and judgments– arising from wills and successions. This system of mutual exclusions compels finding out the legal regime of the gifts affected, among them donations mortis causa. Comparative law shows that the fate of these gifts has been very different from country to country. Nevertheless, substantive diversity has not prevented that most of private international law regulations have included donations mortis causa within successions upon death and have subjected them to the lex successio-nis. In view of the different*

*alternatives existing in the forthcoming European scenario, we consider that such gifts must be included ratione materiae in the scope of the future instrument.*

**KEY WORDS:** EUROPEAN UNION – SUCCESSION UPON DEATH – EUROPEAN REGULATION – MATERIAL SCOPE – DONATIONS MORTIS CAUSA.

## I. Introducción

A lo largo de todo el proceso de elaboración de un instrumento europeo tocante a las sucesiones *mortis causa* se ha evidenciado el propósito del legislador comunitario de dejar con carácter general fuera del mismo a las donaciones. Ya en el borrador conocido como *Document de réflexion/Discussion paper*<sup>1</sup> se decía, a pie de página, que, al excluir del ámbito material de aplicación del venidero Reglamento “*les droits et biens créés ou transférés autrement que par succession à cause de mort, tels que la propriété conjointe de plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, les plans de retraite, les contrats d’assurances et les arrangements analogues*”<sup>2</sup>, la exclusión tendría que abarcar “*non seulement les formes de ‘propriété conjointe’ connues de la common law ... mais également toutes les formes de libéralités du droit civil*”<sup>3</sup>. Luego de la presentación, por la Comisión Europea, de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (PRSUC)<sup>4</sup>, la exclusión de las donaciones aparece directamente en el art. 1.3º.f) cuando el precepto advierte que el futuro instrumento no será aplicable a “los derechos y bienes creados o transmitidos por título distinto de la sucesión por causa de muerte, tales como *las liberalidades*, la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, los planes de pensiones, los contratos de

<sup>1</sup> El *Document de réflexion/Discussion paper*, fechado el 30 de junio de 2008 y distribuido públicamente en el Seminario *Current Developments in European Family Law and Law of Succession with a Focus on Maintenance* que se celebró en Trier los días 25 y 26 de septiembre de 2008, era un esbozo de articulado preparado por un grupo de expertos asesores de la Comisión Europea, el “Grupo PRM III/IV” sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea (para su composición, *vid.* DO C 51 de 1.3. 2006, p. 3; corrección de errores, DO C 161 de 12.7.2006, p. 17).

<sup>2</sup> Letra f) del apartado 2 del art. 1.1 del *Document de réflexion* (p. 1). En lengua inglesa, el texto correlativo del *Discussion paper* se refería a los “*property rights, interests or assets created or transferred otherwise than by succession, such as joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature*” (p. 1).

<sup>3</sup> *Document de réflexion*, p. 1, nota 1. En inglés, la precisión hecha por el *Discussion paper* rezaba: “*Point f) covers not only different forms of ‘joint property’ known under common law ... but also all forms of gifts (liberality) known under continental law*” (p. 1, nota 1).

<sup>4</sup> La PRSUC, de 14 de octubre de 2009, está contenida en el Documento COM(2009) 154 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF>).

seguros y arreglos de naturaleza análoga, a reserva de lo dispuesto en el art. 19, ap. 2, letra j)”<sup>5</sup>. Recientísimamente, en la –por el momento– última versión del Proyecto, la Posición del Parlamento Europeo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (PPESUC)<sup>6</sup>, el tenor de la disposición apenas ha variado, puesto que, en la línea sugerida en la actualidad por la propia Comisión<sup>7</sup>, sólo ha experimentado ligeras mejoras redaccionales, que recalcan que el Reglamento orillará de su radio de acción a “los derechos *de propiedad, intereses* y bienes creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, *por ejemplo mediante* liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y *transacciones* de naturaleza análoga, *sin perjuicio* de lo dispuesto en el art. 19, ap. 2, letra j)”<sup>8</sup>.

La trayectoria de la iniciativa de reglamentación europea en materia de sucesiones permite deducir la firme voluntad de dejar al margen de la misma a las liberalidades, con la sola excepción del cómputo, la imputación y, si procede, la reducción y la colación de las donaciones<sup>9</sup>. El motivo de la exclusión generalizada de éstas del ámbito material de aplicación del instrumento en ciernes lo explicitaba la primera frase del cdo. 9 PRSUC al aseverar que “[l]a validez y los efectos de las liberalidades son regulados por el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley apli-

<sup>5</sup> COM(2009) 154 final, p. 15 (cursivas nuestras).

<sup>6</sup> La Posición del Parlamento Europeo, aprobada en primera lectura el 13 de marzo de 2012, puede consultarse en <http://europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubREF=-//EP//TEXT+TA+20120313+TOC+DOC+XML+V0//ES>.

<sup>7</sup> Vid. art. 1.3º.f) del texto consolidado confirmado por el Comité de Representantes Permanentes (Coreper) el 23 de febrero de 2012, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st06/st06925.en12.pdf>, p. 29.

<sup>8</sup> Art. 1.3º.f) PPESUC (en cursiva los cambios observados en relación con el art. 1.3º.f) PRSUC).

<sup>9</sup> Aspectos éstos que, con terminología diversa, están invariablemente recogidos en el ap. 2.n) del art. 3.6º del *Document de réflexion/Discussion paper* (p. 11), en el art. 19.2.j) PRSUC (p. 22) y en el art. 19.2.j) PPESUC. En su conjunto, se trata de una cuestión muy sensible para el Reino Unido, que no acepta que la reclamación o reintegración a la masa hereditaria (*clawback*) de los bienes válidamente donados *inter vivos* por el donante –más tarde causante– pueda depender de la *lex successionis*, porque para el *common law* ha de quedar sometida a la ley rectora de la donación. Sobre esta problemática, vid. J. Harris, “The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges”, *Trust Law International*, vol. 22, 2008, pp. 195–200. Al respecto, vid. asimismo la solución conciliatoria propuesta por el Max Planck Institute for Comparative and International Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, *RabelsZ*, vol. 74, 2010, pp. 629–633.

cable a las obligaciones contractuales (Roma I)”<sup>10</sup> (RR I). A pesar de que el cdo. 9 PPESUC carece de una explicación equivalente, no parece que el argumento se haya diluido, sino que cabe entender que continúa estando implícito en el texto, máxime cuando otras Propuestas de Reglamento atinentes al Derecho patrimonial de la familia muy próximas en el tiempo se valen también de él para expulsar de su seno a las donaciones<sup>11</sup>. Sin embargo, el argumento no es cierto o, al menos, no lo es del todo, porque el RR I, que solamente se ocupa del Derecho aplicable, igualmente elimina de su esfera de influencia, *ex art.* 1.2º.c), a “las obligaciones que se deriven ... de testamentos y sucesiones”<sup>12</sup>. Como, por otro lado, el cdo. 7 RR I insta a una interpretación del dominio material de aplicación del Reglamento que concuerde con la que, desde el punto de vista de la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, se haga del Reglamento (CE) nº 44/2001 (RB I)<sup>13</sup>, el cual, en su art. 1.2.a), sustrae de su campo de actuación a “los testamentos y las sucesiones”<sup>14</sup>, estamos ante un juego de exclusiones recíprocas: para gobernar las donaciones, la PRSUC –y estimamos que ahora la PPESUC– remiten al RR I –y, por analogía, al RB I–; mientras que éstos dos Reglamentos se desentendían de las liberalidades inherentes al fenómeno hereditario, por juzgarlas más propias de un instrumento correspondiente al Derecho de sucesiones. Una primera víctima de esta situación es la donación *mortis causa*, cuyo régimen jurídico, al verse afectado de lleno por estas remisiones negativas, no queda nada claro. Dedicaremos las páginas que siguen a intentar arrojar un poco de luz sobre el asunto.

<sup>10</sup> COM(2009) 154 final, p. 10. La inclusión de principio de las donaciones en el RR I es pacífica desde que en el Informe Giuliano/Lagarde relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma, precedente inmediato del RR I) así se afirmara para las liberalidades “que proceden de un contrato (...) aun cuando se efectúen en el marco familiar, sin estar por ello cubiertas por el derecho de familia”. Únicamente caían fuera “las donaciones contractuales afectadas por el derecho de familia, de los regímenes matrimoniales o de las sucesiones” (DO C 327 de 11.12.1992, p. 10).

<sup>11</sup> Pueden mencionarse, en este sentido, el inciso final del cdo. 12 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (PRREM) [Documento COM(2011) 126 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF>, p. 14)] y el inciso final del cdo. 12 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (PREPUR) [Documento COM(2011) 127 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>, p. 14)].

<sup>12</sup> A. Borrás *et al.* (ed.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 21ª ed., Madrid, 2011, pp. 1298–1299. Para la liberalidades en concreto, *vid.* el Informe Giuliano/Lagarde citado *supra*, nota 10, y el trabajo de L. Fumagalli, “La convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXIX, 1993, pp. 590–597.

<sup>13</sup> A. Borrás *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota anterior, p. 1290.

<sup>14</sup> A. Borrás *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 12, p. 138.

## II. Las donaciones *mortis causa* en el Derecho material europeo

En buena medida, la complejidad de la donación *mortis causa* y la disparidad de su tratamiento en Derecho comparado es una consecuencia de la naturaleza híbrida de la misma, que la configura como “una especie de *monstruo* entre los contratos y las últimas voluntades”<sup>15</sup>. En efecto, por una parte, al requerir la declaración de voluntad del donante seguida de la aceptación del donatario en vida de aquél, esta clase de donación se amolda completamente a la estructura formal de los negocios entre vivos<sup>16</sup>; pero, por otra parte, presenta, desde sus orígenes romanos<sup>17</sup>, una serie de rasgos que son característicos de los actos por causa de muerte: la *contemplatio mortis*<sup>18</sup>, la revocabilidad<sup>19</sup> y la necesidad de que el adquirente sobreviva al disponente<sup>20</sup>.

En función de la relevancia que hayan acabado dando a cada una de estas facetas, las legislaciones modernas han tomado partido a favor o en contra de la

<sup>15</sup> F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Barcelona, 1973, p. 286.

<sup>16</sup> A partir del Derecho catalán, esta peculiaridad es gráficamente descrita por P. del Pozo Carrascosa, “Las donaciones por causa de muerte”, en P. del Pozo Carrascosa et al., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2009, p. 344.

<sup>17</sup> Acerca de las donaciones *mortis causa* en el Derecho romano, vid. J.B. Vallet de Goytisolo, “Donaciones *mortis causa*”, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 19–45.

<sup>18</sup> La realización del negocio en consideración a la muerte puede, empero, darse también en las donaciones *inter vivos*, mas en éstas la *cogitatio mortis* no es sino un móvil subjetivo del donante, en tanto que en las donaciones *mortis causa* la contemplación de la muerte se objetiviza como causa (J.B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.*, en nota anterior, p. 22) o motivo casualizado o tipificador de la donación (A. Casanovas i Mussons, “Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el Títol VI del Codi de Successions”, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou règim successori de Catalunya*, Barcelona, 1994, pp. 175 y 176).

<sup>19</sup> A diferencia de las donaciones entre vivos, irrevocables salvo en los supuestos estrictamente tasados por la ley, las donaciones *mortis causa* son, al igual que los testamentos, esencialmente revocables (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, 2001, pp. 314 y 319). La revocabilidad es la razón por la que el Derecho francés las ha vetado (A. Colin y H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español de D. de Buen, t. VII, 3ª ed., Madrid, 1955, p. 626).

<sup>20</sup> Este requisito –que en la antigua Roma se entendía como la exigencia de que el donante no sobreviviera al donatario, pues en caso de muerte simultánea de ambos la donación era por lo común eficaz (J.B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.* en nota 17, p. 28– es el que, según el Derecho alemán, es determinante para que quepa hablar de una donación por causa de muerte: “Keine Schenkung von Todes Wegen im Sinne § 2301 liegt schließlich vor, wenn die Schenkung nicht von dem Überleben des Beschenkten, sondern von einer anderen Bedingung ... abhängig gemacht wird” [R. Kanzleiter, “§ 2301”, en *Erbrecht*, 5, §§ 2265–2338 (*Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag, Pflichtteil*), en J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung, Berlin, 2006, p. 324, n° 17].

admisión de las donaciones *mortis causa* en sus respectivas regulaciones<sup>21</sup>. A un primer grupo pertenecen los ordenamientos, como el francés o el italiano, en los que este tipo de disposiciones por causa de muerte no han hallado acogida. En Francia, su proscripción se remonta al *droit coutumier* y fue consagrada por la *ordonnance de d'Aguesseau*, de febrero de 1731, que, en su art. 3, especificaba que “[t]outes donations à cause de mort, à l’exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant n’avoir aucun effet (...); en sorte qu’il n’y ait à l’avenir en nos États que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l’une sera celle des donations entre vifs, et l’autre celle des testaments et codicilles”<sup>22</sup>. En lo sustancial, el Código civil francés reprodujo este precepto en su art. 893, el cual, al no haber sido modificado en la última reforma llevada a cabo por la Ley de 23 de junio de 2006<sup>23</sup>, continúa señalando que “[s]ólo se podrá disponer de los bienes, a título gratuito, por donación entre vivos o por testamento ...”<sup>24</sup>. La erradicación de las donaciones *mortis causa* se ha justificado por la contravención que las mismas hacían de la tradicional regla *donner et retenir ne vaut*, en su doble sentido de que la donación no se perfeccionaba hasta que se verificaba la tradición de la cosa donada y de que había de ser siempre irrevocable, sin que fuera posible que el donante se reservara por medio alguno la facultad de recuperar lo donado<sup>25</sup>. Desvirtuado el argumento de la obligatoriedad de la tradición por la aceptación cada vez más frecuente de la *traditio ficta*, la irrevocabilidad deviene el arma más poderosa

<sup>21</sup> Para un repaso de la situación de la donación *mortis causa* en las principales normativas europeas, vid. G. Kegel, “Die Schenkung von Todes wegen im deutschen internationalen Privatrecht”, en E. von Caemmerer et al. (ed.), *ÆNION. Festschrift für Pan. J. Zepos anlässlich seines 65. Geburtstages am 1. Dezember 1973*, Atenas, 1973, pp. 327–330; J.B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.* en nota 17, pp. 67–77; D. Henrich, “Die Schenkung von Todes wegen in Fällen mit Auslandsberührung”, en D. Henrich y B. von Hoffmann (ed.), *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, Múnich, 1985, pp. 111–118; R. Hyland, *Gifts. A Study in Comparative Law*, New York, 2009, pp. 171–182; A. Bonomi, “Successions internationales: conflits de lois et de juridictions”, *R. des C.*, 350 (2010), pp. 282–283. Asimismo, Vid. los *Beiträge* nacionales –y regionales– reunidos en las obras editadas por R. Süß (*Erbrecht in Europa*, 2ª ed., Angelbachtal, 2008) y por H. Flick y D.J. Piltz (*Der Internationale Erbfall · Erbrecht · Internationales Privatrecht. Erbschaftsteuerrecht*, 2ª ed., Múnich, 2008).

<sup>22</sup> El texto aparece transcrito en el libro de P. Malaurie, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4ª ed., París, 2010, pp. 143–144, nota 3.

<sup>23</sup> Dicha reforma ha incorporado un nuevo apartado en el art. 893, el art. 893.1º, en el que se define lo que es un liberalidad: “La libéralité est l’acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d’une autre personne”. El art. 893 original, inalterado, ha pasado a ser el art. 893.2º del *Code civil* (vid., al respecto, A. Delfosse y J.-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, París, 2006, pp. 132–133; M.-C. Forgeard, R. Crône y B. Gelot, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & Formules*, París, 2007, pp. 131–132).

<sup>24</sup> Texto español: [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/Code\\_41.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/Code_41.pdf), p. 146.

<sup>25</sup> A. Colin y H. Capitant, *op. cit.*, en nota 19, p. 605.

contra las donaciones por causa de muerte *mortis causa*<sup>26</sup>, ya que una de sus derivaciones es la prohibición de donar bienes futuros<sup>27</sup>, o sea, aquéllos que aún no son propiedad del donante, de los que –a menos que lo haga en capitulaciones matrimoniales o mediante una *institution contractuelle*– no puede disponer, porque está en su mano adquirirlos o no hacerlo, privando, en esta segunda hipótesis, de eficacia a la liberalidad –la cual, a efectos prácticos, queda como revocada–, y también porque dichos bienes no se integrarán en su patrimonio sino a su fallecimiento, con lo que su donación es un pacto hereditario<sup>28</sup>, no permitido por la ley<sup>29</sup>.

En Italia, la evolución de la legislación ha sido muy pareja a la francesa. Sobre la base del art. 1071 del Código piemontés de 1865 –que establecía que “[e]l donante puede estipular la reversibilidad de los efectos donados, tanto en caso de que le premuriese sólo el donatario como en el caso de que le premuriesen el donatario y sus descendientes. Este derecho sólo se da en beneficio del donante”<sup>30</sup>–, la doctrina dominante consideró que el ordenamiento jurídico italiano solamente toleraba las donaciones otorgadas con carácter resolutorio y revocables por premoriencia del donatario, que eran *inter vivos* y no *mortis causa*, dado que éstas reclamaban siempre el reconocimiento del *ius poenitendi*, esto es, de la libre revocabilidad de la donación por parte del donante, salvo acuerdo expreso en contra<sup>31</sup>. Sin embargo, las dudas que existían acerca de la admisibilidad de una donación irrevocable supeditada a la condición suspensiva de la premoriencia del donante hicieron que los redactores del *Codice* de 1942 no incluyeran “ninguna declaración legislativa de tal forma de donación, sin que por eso se quiera entenderla vedada”<sup>32</sup>. El resultado final es que el vigente Código italiano está falto de una disposición *ad hoc*, y que, a partir del art. 458<sup>33</sup>, que abroga los

<sup>26</sup> A. Colin/H. Capitant, *op. cit.*, en nota 19, pp. 607–608; R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, p. 172.

<sup>27</sup> Plasmada en el art. 943 del Código francés, que dice: “La donación entre vivos no podrá comprender más que los bienes presentes del donante; si comprende bienes futuros será nula en cuanto a ellos” (traducción castellana de *Légifrance*, página web *cit.* en nota 24, p. 152).

<sup>28</sup> P. Malaurie, *op. cit.*, en nota 22, pp. 231–232, n° 433.

<sup>29</sup> Art. 1130.2° del *Code civil*, que decreta: “No se podrá no obstante renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre dicha sucesión, ni aun con el consentimiento de aquel de quien se trate la sucesión” (versión española de *Légifrance*, página web *cit.* en nota 24, p. 169). Por el contrario, el Derecho francés sí que autoriza las donaciones irrevocables subordinadas a la condición resolutoria de premoriencia del donatario (P. Malaurie, *op. cit.*, en nota 22, pp. 234–235, n°s 437–438) o al término inicial del óbito del donante (D. Henrich, *loc. cit.*, en nota 21, p. 112).

<sup>30</sup> Texto castellano en J. B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.*, en nota 17, pp. 72–73.

<sup>31</sup> Las posiciones de los autores pueden encontrarse en J.B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.*, en nota 17, p. 73.

<sup>32</sup> Fragmento de la *Relazione* explicativa del Proyecto de Código civil, tomado de J.B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.*, en nota 17, p. 75.

<sup>33</sup> Tras la reforma acometida por la *Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, que introduce en el Derecho italiano la figura del *patto di famiglia*, dicho art. 458 prescribe: “*Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari*

contratos sucesorios, los comentaristas infieren la interdicción de las donaciones *mortis causa*, que no se extiende a las liberalidades irrevocables sujetas a la condición suspensiva de la premoriencia del donante o al término inicial de la muerte del mismo, que son consentidas<sup>34</sup>.

El reverso de la medalla de lo acontecido en las codificaciones francesa e italiana lo representa el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, que, en su § 2301, tipifica la institución que nos incumbe al dictaminar: “(1) Se aplican las normas sobre disposiciones por causa de muerte a una promesa de donación, que se otorga bajo la condición que el donatario sobreviva al donante. Lo mismo rige para una promesa de deuda o un reconocimiento de deuda del tipo descrito en los §§ 780 y 781, otorgados gratuitamente bajo esta condición. (2) Si el donante cumple la donación mediante la entrega del bien donado, se aplican las disposiciones sobre donaciones entre vivos”<sup>35</sup>. En verdad, este parágrafo del Código civil alemán, no afectado por la reforma de su Derecho de sucesiones en 2009<sup>36</sup>, aglutina dos figuras distintas que coinciden en la exigencia de que el donatario sobreviva al donante<sup>37</sup>, pero que se diferencian en función de si la liberalidad se ha ejecutado en vida del donante o se ha diferido a la muerte del mismo<sup>38</sup>. Trazar la separación entre un supuesto y el otro no siempre ha sido fácil y los juristas germanos,

---

*nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesim*” (texto en [http://www.dirittoweb.com/codicecivile/codice\\_civile17.html](http://www.dirittoweb.com/codicecivile/codice_civile17.html)).

<sup>34</sup> Aun cuando la postura más ortodoxa es la que ha creído que la donación *mortis causa*, en su calidad de pacto sucesorio gratuito, caía enteramente dentro del ámbito de aplicación del art. 458 (*Vid.*, todavía, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, t. I, 2ª ed., Milán, 2002, pp. 34–35), la misma es, hoy en día, puesta en cuestión, porque se arguye que tal donación, siendo por esencia revocable *ad libitum*, no puede en puridad reputarse un contrato, irrevocable por naturaleza; con lo que el motivo de su inadmisión hay que buscarlo en que la revocabilidad opera como una condición suspensiva meramente potestativa, nula de acuerdo con el art. 1355 del Código italiano (M. Vascellari, “Art. 458”, en G. Cian/A. Trabucchi, *Comentario breve al codice civile*, 10ª ed., Pádua, 2011, pp. 542–543, nº VII–2). El estado actual del debate puede verse, con mayor amplitud, en D. Feola, “La donazione *mortis causa*”, en G. Bonilini (dir.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. VI, *Le donazioni*, Milán, 2009, pp. 213–221.

<sup>35</sup> La traducción española del § 2301 se halla en A. Lamarca Marquès (dir.), *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Madrid, 2008, p. 510.

<sup>36</sup> Por lo que hace a la nueva normativa, en vigor desde el 1 de enero de 2010, *vid.* E. Arroyo i Amayuelas, “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, 2010–1.

<sup>37</sup> Como se ha reseñado con anterioridad (*supra*, nota 20), éste es el elemento definitorio de la *Schenkung von Todes wegen* alemana.

<sup>38</sup> Adviértase que, en contraste con el Derecho francés (*supra*, nota 19), la revocabilidad no es la clave para delimitar las liberalidades entre vivos de las hechas por causa de muerte, pues, por mucho que el donante se haya reservado expresamente el derecho de revocar la donación o de disponer libremente del objeto donado por cualquier otra vía, la donación no pierde, en el Código civil alemán, su carácter de negocio *inter vivos*, salvo que se haya realizado bajo la condición de que el beneficiario sobreviva al disponente (R. Kanzleiter, *loc. cit.*, en nota 20, pp. 323–324, nº 15).



amparándose metodológicamente en la jurisprudencia de intereses<sup>39</sup>, han intentado mantenerse fieles al criterio que los Motivos del *Bürgerliches Gesetzbuch* refieren como decisivo para identificar en qué momento se produce la transferencia del bien donado: cuando el patrimonio del donante “disminuye inmediata y directamente”<sup>40</sup>. La claridad y la simplicidad de la regla no han evitado que surgieran notables problemas en su aplicación práctica, que los tribunales han resuelto de manera casuística, distinguiendo las hipótesis en las que, a su juicio, el cumplimiento de la donación había tenido lugar de las que aún lo tenían pendiente<sup>41</sup>. Y es que el deslinde entre la donación consumada y la promesa de donación tiene una gran trascendencia, ya que, en el primer caso, nos enfrentamos a un negocio gratuito al que le son aplicables las disposiciones de las donaciones *inter vivos*; mientras que, en el segundo, estamos ante un acto de liberalidad que queda sujeto a las previsiones del Derecho de sucesiones tanto en cuanto a la forma como en orden al fondo, por lo que, siendo el mismo usualmente tratado como un legado, lo donado “pertenece al caudal relicto[, e]stará sometido al ataque de los acreedores y entrará en el cálculo de la legítima”<sup>42</sup>.

Propia del *common law* y, por ende, del Derecho inglés es la *donatio mortis causa*, una institución que se caracteriza por su “*amphibious nature, being a gift which is neither entirely inter vivos nor testamentary*”<sup>43</sup>. Conforme a la generalidad de la doctrina<sup>44</sup>, para su existencia, han de darse las circunstancias siguientes: en primer lugar, es preciso que la donación se haga en atención a la muerte, la cual el donante debe percibir no como una posibilidad vaga e incierta, sino como un riesgo seguro e inminente (*contemplation of impending death*<sup>45</sup>), sin que la defunción sobrevinida por otra causa pueda invalidar la liberalidad<sup>46</sup>; en

<sup>39</sup> El análisis de los intereses en presencia se basa sobre todo en la idea, sufragada por P. Heck, de que “*the element of sacrifice characterizes the gift and is lacking in the testamentary transfer*”; la cual entronca con el postulado romano de que “*a transfer is testamentary when the donor prefers to keep the property rather than transfer it to the donee, but at the same time prefers the donee to the donor’s heirs*” (R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, p. 176).

<sup>40</sup> Versión castellana en T. Kipp, *Derecho de sucesiones*, en L. Enneccerus, T. Kipp y M. Wolff, *Tratado de Derecho civil*, t. V, 11ª revisión de H. Coing, traducción de B. Pérez González y Alguer, actualizada por E. Valentí Fiol, estudios de comparación y adaptación de R.M. Roca Sastre, vol. I, 2ª ed., a cargo de L. Puig Ferriol y F. Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 710.

<sup>41</sup> Para una relación de las ocasiones en las que la jurisprudencia alemana estima efectuada o no efectuada una donación, *vid.* R. Kanzleiter, *loc. cit.*, en nota 20, pp. 328–331, n.ºs 27–37.

<sup>42</sup> T. Kipp, *op. cit.*, en nota 40, p. 711.

<sup>43</sup> Así fue conceptuada por el juez Buckley en el asunto *Re Beaumont* [1902] 1Ch. 889 (p. 892), citado por G. Miller, *International Aspects of Succession*, Aldershot, 2000, p. 229.

<sup>44</sup> Menciónese a D. Henrich, *loc. cit.*, en nota 21, pp. 112–113; G. Miller, *op. cit.* en nota precedente, pp. 229–230; R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, p. 456.

<sup>45</sup> R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, p. 456.

<sup>46</sup> R. Kerridge, *Parry & Clark The Law of Succession*, 11ª ed., colaboración de A.H.R. Brierley, London, 2002, p. 110, n.º 6–46.

segundo término, la *donatio mortis causa* tiene que realizarse bajo la condición de que sólo será plenamente eficaz a la muerte del donante, porque entretanto éste la puede revocar en cualquier momento y porque, si el *donor* escapa al peligro al que ha estado expuesto, la revocación se produce automáticamente<sup>47</sup>; en última instancia, se requiere que el objeto donado –tradicionalmente *personal property*, si bien recientemente parece haberse abierto la puerta a una *donatio mortis causa of land*<sup>48</sup>– se haya entregado al donatario o a un representante de éste<sup>49</sup>. Como en Alemania, esta última condición ha sido la que ha suscitado más polémica, y ha sido la jurisprudencia la que, caso por caso, ha ido perfilando su puesta en práctica, con resultados no siempre convincentes<sup>50</sup>.

Habida cuenta de que los restantes países comunitarios siguen, a veces con ligeros retoques, alguno de los modelos hasta aquí comentados, para finalizar este *tour d'horizon* haremos una breve incursión en el Derecho español, en concreto, en el Código civil (Cc) y en el Código civil catalán (CCCat), los cuales, en lo que atañe a la admisibilidad de las donaciones *mortis causa*, mantienen posiciones antagónicas. En el mal llamado Derecho común, se conviene por los autores<sup>51</sup>, con muy contadas excepciones<sup>52</sup>, que, cuando el art. 620 Cc estipula que “[l]as donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria”<sup>53</sup>, se propone, a imitación del art. 893 del *Code*<sup>54</sup>, “eliminar esta figura ... como negocio jurídico autónomo”<sup>55</sup>. Por su parte, el CCat, al igual que ya habían hecho sus predecesores, la Compilación de 1960 y el Código de Sucesiones de 1991, da entrada a las donaciones *mortis causa* en los arts. 432–1 a 432–5. El primero de ellos perfila varios de los rasgos esenciales de la institución: la *contemplatio mortis* (“[s]on donaciones por causa de muerte las disposiciones de bienes que el donante, en consi-

<sup>47</sup> G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, p. 230.

<sup>48</sup> R. Kerridge, *op. cit.*, en nota 46, p. 114, n° 6–54; R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, pp. 456–457.

<sup>49</sup> Son admitidas la entrega por parte del donante o un representante suyo al donatario o a una persona que lo represente legalmente, pero no vale la entrega del objeto que haga el donante a su propio representante para que lo haga llegar al beneficiario (R. Kerridge, *op. cit.*, en nota 46, p. 112, n° 6–50).

<sup>50</sup> *Vid.* los ejemplos que proporcionan R. Kerridge (*op. cit.*, en nota 46, pp. 112–114, n°s 6–51 y 6–52) y R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, pp. 457–459).

<sup>51</sup> *Vid.*, por todos, M. Albaladejo García, “Arts. 620 y 621”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. VIII, vol. 2º, *Arts. 618 a 656 del Código civil*, Madrid, 1986, pp. 53–57.

<sup>52</sup> El más señalado valedor de la subsistencia de las donaciones *mortis causa* en el Código civil español ha sido J. B. Vallet de Goytisolo, *loc. cit.*, en nota 17, pp. 111–121.

<sup>53</sup> J.C. Erdozain López (ed.) y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Código civil*, 30ª ed., Madrid, 2011, p. 271.

<sup>54</sup> M. Albaladejo García, *loc. cit.*, en nota 51, pp. 56–57.

<sup>55</sup> P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, vol. XLIX, 1997–1, p. 78.

deración a su muerte...<sup>56</sup>); la estructura negocial (“...otorga en forma de donación aceptada por el donatario en vida suya...<sup>57</sup>); la revocabilidad (“...sin que el donante quede vinculado personalmente por la donación<sup>58</sup>). A los mismos, cabe añadir, obviamente, la necesidad de que el donatario sobreviva al donante, porque, si no, la donación deviene ineficaz *ex lege*<sup>59</sup>. Por último, la legislación catalana, a semejanza de la alemana, posibilita que la transmisión de la propiedad de lo donado pueda hacerse de inmediato o se posponga hasta el momento de la muerte del donante<sup>60</sup>, pero, a diferencia del *BGB*, el CCCat no subordina las dos modalidades de donación a reglas distintas, sino que ambas se rigen por las mismas: las propias de las donaciones entre vivos, menos en lo que se refiere a aspectos muy concretos, a los que se aplican las normas de los legados<sup>61</sup>.

A lo largo de este periplo por las principales normativas europeas, hemos podido apreciar la enorme desigualdad con que en ellas son tratadas las donaciones por causa de muerte. Dejando aparte el Derecho inglés, en el que, pese a los rasgos compartidos con sus homónimas del *civil law*, la *donatio mortis causa* se revela como una forma particular de acto *inter vivos*; en la Europa continental, la institución que nos ocupa es concebida como un negocio de última voluntad, ora descartado –como en Francia, en Italia y en el Código civil español–, ora aprobado –como en Alemania o en Cataluña–. Por otro lado, tampoco las legislaciones que dan cabida a las donaciones *mortis causa* son del todo equiparables,

<sup>56</sup> Inicio del art. 432–1.1 CCCat (*Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones*, BOE, 7–VIII–08).

<sup>57</sup> Penúltimo inciso del art. 432–1.1 CCCat (*loc. cit.* en nota anterior). Como pone de manifiesto P. del Pozo Carrascosa (*loc. cit.*, en nota 16, p. 344), la donación *mortis causa* se acomoda perfectamente a la estructura de la donación entre vivos: “una declaración unilateral de donación por parte del donante, a la que sigue la aceptación del donatario”.

<sup>58</sup> Coma final del art. 432–1.1 CCCat (*loc. cit.* en nota 56). La libre revocabilidad de la donación implica que “*el negoci resta insensible a l’acceptació del donatari, de manera que malgrat aquesta acceptació, la donació atorgada no vincula en cap cas al donant, que pot canviar de voluntat fins al darrer moment*”, y que, como consecuencia de ello, la donación *mortis causa* “*no queda ‘definitivament ferma’ fins a la mort del donant*” (A. Casanovas i Mussons, *loc. cit.*, en nota 18, pp. 184 y 185).

<sup>59</sup> Art. 432–5 CCCat, que especifica que “[l]as donaciones por causa de muerte quedan sin efecto (...) d) Si el donatario premuere al donante” (*loc. cit.*, en nota 56).

<sup>60</sup> Distinción que recoge el art. 432–1.3 CCCat, al declarar que “[l]a transmisión de la propiedad de la cosa dada se supedita al hecho de que la donación sea definitivamente firme, salvo que la voluntad de las partes sea de transmisión inmediata...” (*loc. cit.*, en nota 56). Con todo, en este último supuesto, la titularidad así adquirida “es absolutamente inestable”, debido a la revocabilidad inherente a la donación *mortis causa* (P. del Pozo Carrascosa, *loc. cit.*, en nota 16, p. 352).

<sup>61</sup> De conformidad con el primer apartado del art. 432–2 CCCat, deben observarse las normas de los legados en lo que corresponde a “a) la inhabilidad y la indignidad sucesorias del donatario. b) el derecho de acrecer entre los donatarios. c) la posibilidad de sustitución vulgar del donatario. d) las condiciones, los modos, las sustituciones, los fideicomisos y demás cargas impuestos al donatario. e) la pérdida posterior de los bienes dados. f) el derecho preferente de los acreedores hereditarios para el cobro de sus créditos” (*loc. cit.*, en nota 56).

puesto que, si bien tanto el *Bürgerliches Gesetzbuch* como el *Codi civil* distinguen entre las donaciones de esta clase que comportan una transmisión actual de la propiedad y las que posponen esta transferencia de titularidad hasta la muerte del donante, en el Código alemán se aplican a las promesas de donación las normas sobre las disposiciones por causa de muerte, mientras que en el Código catalán las liberalidades equivalentes se someten a las reglas de las donaciones entre vivos.

### III. Las donaciones *mortis causa* en el Derecho conflictual europeo

La diversidad –y aun la disparidad– de las regulaciones examinadas evidencia las graves dificultades con las que topa la búsqueda de una reglamentación de DIPr para las donaciones *mortis causa*, incluso en los ordenamientos que conocen la figura. La escasa atención que nuestra ciencia les ha prestado ha sido siempre desde la óptica del Derecho aplicable, mas no parece que haya inconveniente en que los resultados obtenidos en este sector se extrapolen al Derecho procesal civil internacional<sup>62</sup>. Si el problema regulatorio es abordado desde la perspectiva de los conflictos de leyes, el punto de partida ha de ser indefectiblemente la calificación de la cuestión jurídica planteada a raíz de una donación de este tipo. En este contexto, la calificación basada en la *lex fori* aparece como la salida más natural<sup>63</sup>, por más que la misma puede brindar una respuesta insatisfactoria cuando la pretensión que dimana de una donación *mortis causa* está fundada en un Derecho que configura la institución de forma diferente de como lo hace la ley del foro<sup>64</sup>. Para sortear este obstáculo, los expertos que más han profundizado en el tema abogan por recurrir en estos casos a la calificación *ex lege causae*<sup>65</sup>; pero ésta, además de complicar el proceso en extremo, no deja de plantear los inconvenientes que la caracterizan, entre ellos, como

<sup>62</sup> A despecho de que J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo (*Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 553) usen este procedimiento interpretativo a propósito de las donaciones en general, nada se opone a emplearlo para con las donaciones *mortis causa*.

<sup>63</sup> En este sentido, D. Henrich, *loc. cit.* en nota 21, p. 118; A. Bonomi, *loc. cit.*, en nota 21, p. 284.

<sup>64</sup> Para D. Henrich (*loc. cit.*, en nota 21, pp. 119–120), un ejemplo de inadecuación de la calificación a partir de la *lex fori* sería el caso de una reclamación, entendemos que ante un tribunal continental, asentada en una *donatio mortis causa* inglesa.

<sup>65</sup> Analizaremos someramente las alambicadas tesis de G. Kegel y D. Henrich. El primero, siempre atento a los intereses en liza, resalta la naturaleza híbrida de la donación *mortis causa*, que puede hacerla encajar tanto dentro del estatuto de la donación como del de la sucesión (*loc. cit.*, en nota 21, pp. 331–332). Si entre ellos no cabe la adaptación, la finalidad última de la institución obliga, en opinión de G. Kegel (*loc. cit.*, en nota 21, p. 338), a dar primacía al *Erbstatut*. A su vez, D. Henrich (*loc. cit.*, en nota 21, pp. 119–120) avala soluciones distintas en función del momento en que se formulen las pretensiones –en vida del donante o a su muerte– y de la ejecución –o no– de la liberalidad. Según los circunstancias, D. Henrich propugna que la calificación se atenga a los parámetros de la *lex donationis*, de la *lex hereditatis* o incluso de la *lex situs*.

reconocen sus propios defensores<sup>66</sup>, el de dar lugar a calificaciones contradictorias<sup>67</sup>.

El atolladero en el que puede desembocar la operación calificatoria ha hecho que se hayan propuesto alternativas, que, aun cuando cuentan con precedentes en la doctrina extranjera especializada<sup>68</sup>, han alcanzado entre nosotros un notable desarrollo gracias a P. Jiménez Blanco, quien ha sugerido que las cuestiones concernientes a las donaciones por causa de muerte sean abordadas, más que como un problema de calificación, como uno de delimitación<sup>69</sup>; de ahí que para deslindar la categoría de las donaciones *inter vivos* de la de las donaciones *mortis causa* “lo importante es identificar en la relación que se presente si la muerte del donante previa a la del donatario actúa como requisito para que la misma produzca el efecto propio de la donación (empobrecimiento del donante/enriquecimiento del donatario) o ha sido simplemente el motivo o la condición para la realización de una donación que se pretende que tenga eficacia inmediata”<sup>70</sup>. Como concluye la autora, con este criterio –relativamente sencillo– se solventa la papeleta, sin tener que echar mano de otras soluciones que, por su artificiosidad y complejidad, son prácticamente inaplicables por los operadores jurídicos.

El debate en torno a la calificación ha estado asimismo presente en la regulación conflictual que de la *donatio mortis causa* han hecho los tribunales ingleses. La misma se ha erigido sobre dos sentencias –*Re Korvine's Trusts*, de 1921, y *Re Craven's Estate*, de 1937– a las que los tratadistas, unánimemente, no dan el mismo crédito<sup>71</sup>. En la primera, la que se estima bien resuelta, el juez Eve califi-

---

<sup>66</sup> Explica G. Kegel (*loc. cit.*, en nota 21, p. 332) que hay *Normenwiderspruch* cuando “*die Schenkung von Todes wegen, die materiellrechtlich entweder Rechtsgeschäft unter Lebenden (Schenkung) oder Verfügung von Todes wegen (Vermächtnis) sein muss, ist plötzlich beides zugleich (nach Schenkungsstatut Schenkung, nach Erbstatut Vermächtnis) oder keines von beiden (nach Schenkungsstatut Vermächtnis, nach Erbstatut Schenkung)*”. En estas hipótesis, G. Kegel es partidario de remediar la disfunción mediante la *Angleichung*.

<sup>67</sup> Respecto de éste defecto de la calificación según la *lex causae*, *vid.* S. Álvarez González, “Art. 12, apartado 1”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Arts. 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 862–863.

<sup>68</sup> En Alemania, ésta ha sido una vía explorada, entre otros, por J. Kropholler, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6ª ed., Tubinga, 2006, p. 447.

<sup>69</sup> P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, en nota 55, p. 77. Sobre las analogías y las divergencias entre la calificación y la delimitación, *vid.* S. Álvarez González, *loc. cit.*, en nota 67, pp. 853–855.

<sup>70</sup> P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, en nota 55, p. 77.

<sup>71</sup> *Vid.* L. Collins (ed.), *Dacey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, 14ª ed., vol. 2, Londres, 2006, p. 1169, nº 24–014, nota 37; J.J. Fawcett y J. M. Carruthers, *Cheshire, North and Fawcett Private International Law* (P. North, ed.), 14ª ed., Oxford–New York, 2008, p. 1222; G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, pp. 230–232.

có una *donatio mortis causa*<sup>72</sup> como una donación *inter vivos* y, por tanto, le aplicó la ley rectora de ésta<sup>73</sup>, es decir, la *lex situs*<sup>74</sup>. En la segunda decisión, por todos reputada errónea, el juez Farwell entendió que un caso similar<sup>75</sup> constituía un caso de administración de herencia, que debía ser gobernado por el Derecho inglés en calidad de *lex fori*<sup>76</sup>. A pesar de este desacuerdo, ya hemos señalado que nadie duda de que la doctrina *Re Korvine's Trusts* es la correcta y, en consecuencia a la que hay que atenerse en los conflictos de leyes en materia de *donatio mortis causa*.

Fuera de Inglaterra, el régimen internacional–privatístico de las donaciones *mortis causa* se ha dejado mayoritariamente en manos de la *lex successionis* en todos los países con independencia de si conocen, conocen parcialmente –como nosotros– o desconocen la institución. Entre los primeros, debemos mencionar a Alemania, donde la generalidad de los juristas preconiza la competencia de la *lex hereditatis*<sup>77</sup>, aduciendo, como hace H. Dörner, dos razones fundamentales: la

<sup>72</sup> En el litigio se cuestionaba la legislación que tenía que disciplinar una transferencia de una cantidad en metálico, hecha en Inglaterra por una persona domiciliada en Rusia, a un colega para que pagara sus deudas y gastos pendientes, entre éstos los del funeral, y remitiera el sobrante, junto con unos bonos, otras sumas de dinero y varios artículos contenidos en una caja custodiada por un tercero a una dama residente en Suiza (G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, p. 231).

<sup>73</sup> Argumenta el juez Eve en el fallo: “No doubt the gift is consummated by the death of the donor, but it is not a legacy or a testamentary act –it is I think a gift, though an incomplete gift, *inter vivos*– a gift subject to revocation by the act of the donor himself or by his recovery from his illness. (...) I think the law to be applied is that applicable to gifts *inter vivos* and not that applicable to testamentary dispositions...” (citado por G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, p. 230).

<sup>74</sup> La ley inglesa era, a la vez, la *lex fori* y la *lex situs* (G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, p. 231), pero es en este segundo concepto que interviene al tratarse de un supuesto de “*transfer of movables by gift inter vivos*”, J.J. Fawcett y J. M. Carruthers, *loc. cit.*, en nota 71, p. 1222].

<sup>75</sup> Versaba la *litis* sobre la validez de las operaciones realizadas en Mónaco por una persona que, siguiendo las instrucciones dictadas por su madre antes de una operación de la que no se recuperaría, hizo uso de un poder, otorgado a su favor por ella un tiempo atrás, para transferir valores y dinero propiedad de la difunta a una cuenta a su nombre en un banco radicado en el Principado (G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, p. 231).

<sup>76</sup> Para poder dar por bueno el acto, tenía que aplicarse el Derecho inglés, lo que era imposible si el pleito se calificaba como referente a una transmisión *inter vivos* del dominio sobre bienes muebles (regido por la ley de situación, o sea, la monegasca). La solución pasaba por juzgarlo como si fuera de *administration of estates* y hacerlo depender, así, de la *lex fori*, que fue lo que se hizo (G. Miller, *op. cit.*, en nota 43, pp. 231–232).

<sup>77</sup> Vid. D. Henrich, “Die Anknüpfung von Spar– und Depotverträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall”, en B. Pfister y M. R. Will (ed.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1991, p. 386; G. Kegel y K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., München, 2004, p. 1005; H. Dörner, “Art 25 EGBGB”, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Art 25, 26 EGBGB (Internationales Privatrecht)*, en J. v Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Neubearbeitung, 2007, p. 233, nº 375; B. von Hoffmann/K. Thorn, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9ª ed., München, 2007, p. 416, nº 51; R. Birk, “Art. 26”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 11, *Internationales Privatrecht. Internationales Wirtschafts-*

función que lleva a cabo la donación por causa de muerte es, al igual que las disposiciones testamentarias o contractuales, la ordenación de la transmisión de los bienes del donante para cuando ya no viva; y la aplicación de la ley sucesoria garantiza la sintonía de la liberalidad con las directrices esenciales del estatuto sucesorio sin necesidad de arduas tareas de adaptación<sup>78</sup>.

Entre los Derechos<sup>79</sup> que no han acogido a las donaciones *mortis causa*, el italiano es en el que más se ha discutido sobre encaje de la figura en su sistema de DIPr. La postura claramente dominante tanto antes<sup>80</sup> como particularmente después<sup>81</sup> de la promulgación de la Ley de Derecho internacional privado, de 1995, es la que cree que tales donaciones son comparables a una disposición de última voluntad y participan de su mismo régimen jurídico. No nos queda, por último, más que referirnos a España, país en el que la convivencia de legislaciones favorables y desfavorables a las donaciones por causa de muerte no ha tenido ninguna repercusión en nuestro Derecho conflictual, que, como los restantes ordenamientos europeos, carece de una regla de colisión privativa de la institución. Nuestra doctrina ha colmado este vacío normativo recurriendo a la catalogación sucesoria que de estas liberalidades proporciona el art. 620 Cc al asimilarlas a

---

*chaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25–248)*, 5ª ed., Múnich, 2010, p. 138, nº 154.

<sup>78</sup> H. Dörner, *loc. cit.*, en nota anterior, p. 233, nº 375.

<sup>79</sup> Reténgase también el caso de Bélgica, en donde las donaciones *mortis causa* sufren la misma situación de ostracismo que en Francia (R. Hyland, *op. cit.*, en nota 21, pp. 172–173), lo que no ha sido óbice para que conflictualmente se sostenga su sujeción a la ley sucesoria (P. Wautelet, “Les donations dans un contexte international”, en J.–P. Bours *et al.*, *Les donations. Aspects civils et fiscaux*, Anthemis, 2011, p. 236).

<sup>80</sup> Debido a E. Vitta, “Le donazioni nel diritto internazionale privato”, *Studi in onore di Manlio Udrina*, t. II, *Diritto internazionale privato e altre scienze giuridiche*, Milán, 1975, pp. 1308–1309; igualmente en *Diritto internazionale privato*, vol. III, *Diritti reali – Successioni e donazioni – Obbligazioni*, Turín, 1975, pp. 210–211.

<sup>81</sup> *Vid.* N. Boschiero, “Articolo 56 (Donazioni)”, en “Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218 – Commentario”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXXI, 1995, pp. 1171–1172; S. Bariatti, “Art. 56 (Donazioni)”, *Le nuove leggi civili commentate*, XIX (1996), pp. 1353 y 1358–1359; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., con la colaboración de A. Bonomi, Pádua, 1999, pp. 558–559; D. Damascelli, “Il patto di famiglia nel diritto internazionale privato”, en *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, *Diritto dell’Unione Europea / Diritto internazionale privato e processuale*, Nápoles, 2008, p. 1432; S. Tonolo, “Art. 56 (Donazioni)”, en G. Conetti, S. Tonolo y F. Vismara, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, 2ª ed., Turín, 2009, pp. 253–254; P. Franzina, “Donazione”, en R. Baratta (coord.), *Diritto internazionale privato*, en N. Irti (promotor), *Dizionari del diritto privato*, Milán, 2010, p. 170. No faltan, con todo, voces parcial o completamente discrepantes como la de T. Ballarino (*op. cit.*, p. 558), para quien la *lex successionis* sólo habría de regular la admisibilidad de la donación por causa de muerte, la cual en todos sus demás extremos estaría afectada a la *lex donationis*; ley que, para F. Mosconi y C. Campiglio (*Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, 3ª ed., Turín, 2011, pp. 323–324), debería pautar la totalidad de facetas de esta categoría de donación.

disposiciones testamentarias<sup>82</sup>. No obstante, como advierte P. Jiménez Blanco, esta solución no es la más acertada, porque parte de un precepto que no regula sino que *anula* la figura, y porque, para hallar la norma de conflicto aplicable, hay que tener en cuenta los parámetros interpretativos que ofrecen *todos* los Derechos territoriales españoles<sup>83</sup>. Por ello, en la línea de lo afirmado por H. Dörner en Alemania, la verdadera razón que encuentra P. Jiménez Blanco para colocar la donación *mortis causa* dentro del estatuto sucesorio es la función que la institución cumple: ordenar el destino de los bienes del disponente para después de su muerte<sup>84</sup>.

En suma, acabamos de comprobar que, dejando al margen el DIPr inglés, en el que la *donatio mortis causa* queda sometida a la *lex situs*, al primarse al carácter transmisorio *inter vivos* de la propiedad que la figura posee; en los sistemas conflictuales continentales, tanto si admiten como si rechazan esta modalidad de donación, la función dispositiva por causa de muerte que la misma despliega impone una calificación hereditaria de todas las pretensiones en ella basadas, cuya suerte decidirá, por consiguiente, la *lex successionis*.

#### IV. Las donaciones *mortis causa* y la iniciativa de reglamentación comunitaria

La iniciativa de reglamentación comunitaria en materia de sucesiones no alude en modo alguno a las donaciones por causa de muerte, lo que, dada la mínima atención que desde siempre el DIPr ha prestado a la institución estudiada, no puede sorprender a nadie. La falta de referencia plantea la cuestión de cuál va a ser la situación de estas donaciones tras la aprobación del nuevo instrumento europeo. Tres son las hipótesis imaginables.

La primera consistiría en la exclusión de tales donaciones del ámbito material de aplicación del futuro Reglamento sobre sucesiones, siguiendo la indicación del art. 1.3º.f) PPESUC, para remitir su regulación al RR I –y al RB I–, tal como,

---

<sup>82</sup> Es la explicación explícita o implícitamente argüida por, entre otros, A. Marín López, “Las donaciones en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. VI, 1953, p. 566; A. Remiro Brotons, “Art. 10, apartado 7º”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, *Arts. 1 a 41*, Jaén, 1978, p. 341; M.A. Amores Conradi, “Art. 10.7º”, en Ministerio de Justicia (ed.), *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, p. 124; A. Borrás, “Art. 10, apartado 7º”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, *Arts. 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 705; J. Carrascosa González y P. Blanco Morales-Limones, “Contratos internacionales II: algunos contratos”, en A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, 2011, p. 799; C. Esplugues Mota, “Obligaciones contractuales: algunos contratos en especial”, en C. Esplugues Mota y J.L. Iglesias Buhigues, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Valencia, 2011, p. 485; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, en nota 62, p. 555.

<sup>83</sup> P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, en nota 55, p. 78.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 79.



*expressis verbis*, reivindicaba el considerando 9 PRSUC. Uno de los problemas de esta solución es que choca con el tenor literal de los arts. 1.2º.c) RR I y 1.2º.a) RB I, que dejan fuera de su campo de actuación las obligaciones –así como las acciones y decisiones– derivadas de testamentos y sucesiones. Además, aplicar estos instrumentos entrañaría, entre otros desajustes, atribuir al donante una autonomía conflictual, la del art. 3 RR I<sup>85</sup>, ilimitada, poco acorde con la moderación con la que la voluntad localizadora de las partes es habitualmente reconocida en la esfera familiar y, todavía más, en la sucesoria<sup>86</sup>.

La segunda opción pasaría por entender que la donación *mortis causa* no está comprendida dentro de la PPESUC, pero tampoco, por las razones expuestas, en los RR I/RB I; por lo que su régimen habría que buscarlo en el DIPr autónomo. Esta fórmula no es menos insatisfactoria que la precedente, pues comporta la paradoja de que una figura –generalmente reputada como sucesoria– es mantenida fuera del Reglamento europeo sobre sucesiones para, luego de cerrarle las puertas del RR I –y del RB I–, dejarla en manos de la normativa de fuente estatal, la cual, con la salvedad del Derecho inglés, la supeditaría a las reglas de competencia y de conflicto que son propias de las sucesiones por causa de muerte. Aparte del contrasentido que ello supondría, con esta manera de proceder se perdería una oportunidad única de unificar el DIPr europeo en este terreno, que, en muchos casos, continuaría bajo el imperio de regulaciones clásicas, poco flexibles y nada proclives, *v.gr.*, a una intervención, siquiera incipiente, de la autonomía conflictual del causante<sup>87</sup>.

La tercera alternativa, que ya avanzamos que patrocinamos, se reduce a forzar la inclusión de las donaciones por causa de muerte dentro del ámbito material de aplicación del Proyecto comunitario relativo a las sucesiones. Los argumentos que, a nuestro juicio, sustentan este punto de vista se pueden hilvanar como sigue. En primer término, hay que tener en cuenta el perfil con el que aparece el problema de la calificación cuando estamos en presencia de un Convenio o Reglamento, ya que, en estos supuestos, suelen emplearse “técnicas de calificación uniforme”, como son el recurso a los conceptos autónomos o la enumeración detallada de los aspectos a los que tienen que aplicarse las disposiciones del instrumento<sup>88</sup>. Para lo que aquí nos interesa, el art. 1.1º PPESUC, como antes

<sup>85</sup> Para el contenido del art. 3 RR I, *vid.* A. Borrás *et al.* (ed.), *op. cit.*, en nota 12, p. 1300.

<sup>86</sup> Sobre las clases de autonomía conflictual y sus diversas características, *vid.* nuestro trabajo *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010, pp. 198–203.

<sup>87</sup> En cambio, de aplicar el futuro Reglamento a la donación por causa de muerte, el donante se beneficiaría de la elección limitada de ley que consagra el art. 17 PPESUC.

<sup>88</sup> Acerca de estas variantes calificatorias, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, en nota 62, p. 133; A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González: *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª ed., Granada, 2011, pp. 335–337.

había hecho el art. 1.1º PRSUC<sup>89</sup>, estatuye que el Reglamento “se aplicará a las sucesiones por causa de muerte”; y, para saber lo que es una sucesión, debe irse al art. 2.1º.a) PPESUC, cuando concreta que la sucesión por causa de muerte abarca “cualquier forma de transmisión de bienes, derechos y obligaciones mortis causa, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición mortis causa o de una transmisión abintestato”<sup>90</sup>. De entrada, nos parece perfectamente factible que, dentro de esta noción de sucesión, quepa incluir la donación *mortis causa*, puesto que ésta deriva de un “acto voluntario en virtud de una disposición por causa de muerte”<sup>91</sup>. Ahora bien, esta lectura se desvanece tan pronto como acudimos a la definición que, de disposición *mortis causa*, da la PPESUC en el nuevo art. 2.1º.d) *bis*, que entiende por tal “un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio”<sup>92</sup>. Resulta evidente que la donación por causa de muerte no consta en la relación anterior y es por ello que pueden surgir dudas razonables sobre una eventual exclusión de la figura del ámbito de aplicación material del futuro reglamento.

Para soslayar esta dificultad interpretativa, hay que considerar, a nuestro parecer, que la lista de disposiciones *mortis causa* que relaciona el art. 2.1º.d) *bis* no es exhaustiva, sino meramente indicativa, inventaría las principales modalidades de disposición *mortis causa* pero no todas ellas. Conviene fijarse en que, en el precepto, las dos últimas formas de disposición están unidas por la conjunción adversativa “o”, no por la copulativa “y”, que reforzaría la teoría del *numerus clausus*. Por otra parte, que dicha relación no es una lista cerrada lo deja bien claro la propia PPESUC, al incorporar, en su art. 17, un tipo de disposición por causa de muerte, la *professio iuris*, que no aparece en el art. 2.1º.d) *bis*. No vale replicar que la profesión de ley tiene que estar siempre integrada en una disposición *mortis causa*, porque, en los sistemas en los que la figura está reconocida, se acostumbra a admitir la posibilidad de que exista aisladamente<sup>93</sup>. Contraargumentar que, por mucho que sea una disposición de última voluntad, la *optio*

<sup>89</sup> COM(2009) 154 final, p. 15.

<sup>90</sup> Nótese que esta definición es diferente de la contenida en el art. 2.1º.a) PRSUC. Este último, hablaba de transmisión “de la propiedad” (no “de bienes, derechos y obligaciones”, como pasa ahora) por medio “de testamento o pacto sucesorio” (no “de una disposición mortis causa”, como hace la PPESUC), cuya dicción es más favorable, en este punto, al acogimiento de las donaciones por causa de muerte.

<sup>91</sup> Para la donación *mortis causa* como disposición por causa de muerte, cuando menos desde la óptica del DIPr, *vid.* H. Dörner, *loc. cit.*, en nota 77, p. 233, nº 375.

<sup>92</sup> Apartado, éste, que la Propuesta de Reglamento no contemplaba en su articulado.

<sup>93</sup> Para la eventualidad de una *professio iuris* desligada de otras disposiciones por causa de muerte, *vid.*, por todos, en el Derecho alemán, H. Dörner, *loc. cit.*, en nota 77, p. 277, nº 533; en el Derecho italiano, P. de Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Pádua, 2001, pp. 171–172 y 174. Después de la publicación de la PRSUC, H. Dörner [“Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme”, *ZEV*, 17 (2010), p. 226] ha defendido también la *isolierte Rechtswahl* en el contexto europeo.

*iuris* no tiene contenido patrimonial –pues directamente no transmite bienes, derechos u obligaciones–, tampoco es de recibo, porque la designación de ley, al determinar la *lex successionis*, acaba decidiendo la suerte de todo el patrimonio hereditario. En resumidas cuentas, hay disposiciones *mortis causa*, como la *pro-fessio iuris* o la donación *mortis causa*, que, pese a no estar mencionadas en el art. 2.1º.d) *bis* PPESUC, quedarán sujetas al Reglamento en ciernes.

En segundo lugar, otra razón muy poderosa para incluir las donaciones por causa de muerte en el Proyecto comunitario sobre sucesiones es la *función* que esta institución desempeña. Con anterioridad, ya hemos puesto de relieve, que, para significados autores alemanes<sup>94</sup> y españoles<sup>95</sup>, el elemento clave para abonar la adscripción de las donaciones *mortis causa* al estatuto sucesorio es la función que éstas llevan a cabo de ordenación de la transmisión del patrimonio de una persona para cuando fallezca, que las equipara a los negocios hereditarios por antonomasia: el testamento y el contrato sucesorio. Pues bien, parece razonable que a igual función corresponda una igual regulación; en este caso, las disposiciones del venidero instrumento europeo. Por lo demás, está función transmisora va ordinariamente aparejada a una voluntad previsor, de planificación sucesoria, que la donación *mortis causa* puede realizar tan bien como cualquiera de las otras modalidades de disposición por causa de muerte<sup>96</sup>.

En última instancia, queda el argumento de política legislativa. Aplicar el futuro Reglamento sobre sucesiones a las donaciones por causa de muerte implicará someterlas a una normativa única para todos los Estados de la Unión Europea, en la que cuestiones en ocasiones controvertidas, como su validez formal y sustancial, serán dejadas en manos de una regulación moderna y completa<sup>97</sup>.

## V. Consideraciones finales

Llegado el momento de las reflexiones conclusivas, nos parece relevante reiterar que la exclusión de las donaciones que, a reserva del art. 19.2º.j), hace la PPESUC de su ámbito material de aplicación, para reasignarlas al RR I –y al RB

<sup>94</sup> H. Dörner, *loc. cit.*, en nota 77, p. 233, nº 375.

<sup>95</sup> P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, en nota 55, p. 79.

<sup>96</sup> Sobre la donación *mortis causa* como herramienta de *estate planning*, vid. I. Ludwig, “Gestaltungsmittel zur Nachlassplanung im IPR außerhalb der Verfügung von Todes wegen”, Deutsches Notarinstitut (ed.), *Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut*, Würzburg, 2003, pp. 407–432, en especial, pp. 415–427. Reconforta pensar que cuando, en sus comentarios sobre la Propuesta de Reglamento, el *Max Planck Institut* defendía la inclusión en el futuro instrumento de los *testamentary trusts* y de los *statutory trusts upon intestacy*, lo hacía atendiendo a su función y a la idoneidad de los primeros como vehículo de planificación sucesoria (Max Planck Institute for Comparative and International Law, *loc. cit.*, en nota 9, pp. 557 y 559).

<sup>97</sup> En concreto, a estos aspectos se les aplicarían los arts. 19 *bis*, 19 *quater* y 19 *quinquies* PPESUC.

I— carece de sentido en cuanto a las liberalidades derivadas del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones, que quedan fuera del campo de actuación de estos dos instrumentos. Entre las donaciones atrapadas en lo que podríamos llamar tierra de nadie, sobresale la donación *mortis causa*, una institución de larga trayectoria —hunde sus raíces en el Derecho romano— que disfruta de un presente muy desigual, ya que, mientras en unos ordenamientos, como el inglés o el alemán, goza de reconocimiento, en otros países, como Francia e Italia, está prohibida. Caso aparte es el de España, en donde la figura, eliminada por el Código civil, está admitida en Cataluña. Cuando esta disparidad de regulaciones materiales ha de servir de base para los sistemas de DIPr, los problemas —especialmente de calificación— afloran enseguida. Sin embargo, con excepción del Derecho inglés, que las subordina a la ley de situación del objeto donado, las reglas conflictuales continentales, con independencia de la aceptación o del rechazo de la figura por parte de su derecho sustantivo, disciplinan la donación *mortis causa* con una sorprendente unidad, que la hace prácticamente siempre dependiente de la *lex successionis*. Con la inminente aprobación del Reglamento europeo en materia sucesoria, creemos que esta uniformidad de soluciones, ahora fortuita, debería encauzarse y consolidarse por medio de la inclusión de dichas donaciones —en particular aquéllas cuya función es totalmente equiparable a la de las disposiciones testamentarias, porque la transmisión de los bienes se difiere a la muerte del donante— dentro del ámbito material de aplicación del futuro instrumento. Para lograrlo, hará falta una interpretación generosa de la definición de disposición *mortis causa* que está recogida en el art. 2.1º.d) *bis* PPESUC, pero la recompensa valdrá la pena, dado que, en contraste con la situación actual, la donación *mortis causa* pasará a disponer de una regulación de DIPr moderna y completa, sobre la base de la cual las personas podrán, con plena seguridad jurídica, recurrir a ella a la hora de planificar la transmisión de su patrimonio por causa de muerte.