

¿PUEDE UN EXTRANJERO ESTAR SOMETIDO A UN DERECHO FORAL?

MAY A FOREIGNER BE SUBJECT TO A FORAL LAW?

Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL*

Palabras clave: sucesión internacional, extranjeros, Derechos forales.

Keywords: international succession, foreigners, foral law.

1. Ya adelanto que yo, humildemente y desde mi desconocimiento, creo que sí, como también lo creen la Audiencia Provincial de Baleares y su Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo y la mayor parte de los autores, aunque no todos, que han escrito sobre la cuestión. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹ no lo tiene claro, pero parece que no.

2. En primer lugar, haré un resumen de las posiciones, para, a continuación, desarrollar mi opinión, para lo que seguiré el hilo conductor de las sentencias de los Tribunales baleares.

3. Tanto el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares —Sentencia de 14 de mayo de 2021—² como la Audiencia Provincial —Sentencia de 30 de diciembre de 2020—³ coinciden, en contra de lo dicho inicialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Palma de Mallorca en Sentencia de 11 de mayo de 2020⁴, que un extranjero —en concreto, de nacionalidad francesa— residente en la mencionada comunidad puede otorgar un pacto de definición, por ser la ley mallorquina la de su residencia.

* Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 17 de enero de 2022.

¹ Notorio es que el organismo se llamaba históricamente y hasta tiempos recientes Dirección General de los Registros y del Notariado; en el presente trabajo me referiré a una u otra según la denominación que ostentaba en el momento de emitir las correspondientes resoluciones.

² ECLI:ES:TSJBAL:2021:460 (Ponente: A. J. Terrasa García).

³ ECLI:ES:APIB:2020:2608 (Ponente: C. A. Izquierdo Téllez).

⁴ No publicada en el CENDOJ.

4. Igualmente el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de febrero de 2021⁵, consideró sometida al Derecho catalán una pensión compensatoria derivada de un divorcio entre franceses en tanto la parte acreedora tenía su residencia en Cataluña en el momento de pedirla; para ello aplicaba la norma de conflicto contenida en los arts. 9.7 y 16 CC, que nos remiten al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

5. En cuanto a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, dos son sus opiniones; por un lado, las Resoluciones de 24 de mayo de 2019⁶ y 10 de agosto de 2020⁷ consideran que un extranjero domiciliado en Baleares no puede otorgar un pacto de definición por carecer de vecindad civil balear; y por el otro, la Resolución de 24 de julio de 2019⁸ —como vemos, intercalada temporalmente entre las anteriores— considera sujeta a normativa balear la sucesión de un alemán residente en Formentera.

6. La Resolución de 24 de mayo de 2019, que da lugar al procedimiento seguido ante los tribunales baleares, con referencia al Reglamento 650/2012⁹ determina en primer lugar que la sucesión —o mejor dicho, el pacto sucesorio— se regirá por la Ley española; para buscar la solución al conflicto interno, acude, como punto de partida, a la normativa interna por remisión del art. 36.1, concluyendo que, habida cuenta que los extranjeros carecen de vecindad civil —determinante de la ley personal en los conflictos internos—, debe acudir a la ley de la unidad territorial de residencia de la instituyente —art. 36.3 del Reglamento—, razonamiento que suscribimos.

7. Sin embargo, rechaza la aplicación de la normativa balear, en tanto considera que se trata de una cuestión no de conflicto, sino de normativa sustantiva balear, con el siguiente razonamiento:

«El análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín para su celebración. Esta consideración, como lo es, [...] actualizados —según interpretación constitucional del art. 149.1.8 de la Constitución— pero fundados en su tradición jurídica, nada tiene que ver con la conexión “vecindad civil” que es relevante, como se ha indicado, para la determinación de ciertos supuestos mixtos, en la confluencia del conflicto entre dos unidades territoriales en una sucesión internacional. [...] En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable, sino que será directamente el Derecho de la unidad te-

⁵ ECLI:ES:TS:2021:532 (Ponente: M. A. Parra Lucán).

⁶ BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019.

⁷ BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020.

⁸ BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019. Son especialmente interesantes los criterios que toma en consideración el Centro Directivo para considerar residente en la mencionada isla al ciudadano alemán fallecido.

⁹ Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201, de 27 de julio de 2012, al que nos referiremos como «el Reglamento».

territorial designada la que resuelva la cuestión. Es decir, no supone un problema jurídico de Derecho conflictual, sino de Derecho material balear. Y conforme a este, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante, no sea mallorquín».

Es decir, que, si bien el Reglamento nos lleva al Derecho balear, este no es aplicable porque solo aplica a los vecindados en esta comunidad autónoma, «conforme a la tradición y los antecedentes históricos».

8. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia confirmó la resolución de la Dirección.

9. Confirmación que fue revocada por la Audiencia Provincial; la sentencia de apelación parte de una premisa muy importante: «La norma interna —art. 16.1 CC— emplea una categoría o punto de conexión —vecindad civil— que no puede predicarse del ciudadano extranjero (salvo que adquiera la nacionalidad española, art. 15 CC, lo que no es el caso), por lo que no puede acudir a ella por la vía del art. 36.1 del Reglamento para resolver la cuestión planteada»; descarta que esto suponga la inaplicación de los derechos territoriales a un extranjero, acudiendo para resolver la cuestión al apartado 2 del art. 36 del Reglamento, que «conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50».

10. Finalizando su pronunciamiento con un párrafo de enorme importancia:

«Entendemos que esta interpretación de la norma [...] resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “se rija por una ley previsible” para este), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del reglamento, y no al revés».

Como dijo el Tribunal de Justicia en el asunto C-256/09¹⁰:

«99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate».

11. La anterior sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, desestimatoria del recurso de casación inter-

¹⁰ STJUE (Sala 2.^a) de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, en resolución de cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof*, ECLI:EU:C:2010:437.

puesto frente a la anterior. Tras una detenida exégesis del origen histórico del precepto y de la norma de conflicto anterior a la entrada en vigor del Reglamento realiza interesantes aportaciones: así, en primer lugar, nos recuerda que atribuir carácter material al requisito de vecindad civil del causante «supone atribuirle una impronta de naturaleza personal que pugna con el carácter territorial de las normas» conforme a la normativa vigente, de forma que «la mención sobre la vecindad civil mallorquina de los ascendientes, inserta en el art. 50 de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, trata de cumplir una función meramente aclaratoria, que si es entendida como norma de carácter conflictual resulta superflua e irrelevante». Posteriormente recoge los aspectos del Reglamento relativos a los conflictos internos para concluir que «la referencia a la residencia habitual en España debe ser entendida como referida a la unidad territorial donde residía habitualmente la interesada en el momento de otorgar el pacto de definición», lo que nos lleva a la normativa mallorquina, por aplicación directa del Derecho de la Unión.

12. Es decir, que los tribunales colegiados optan por considerar sujeto al Derecho balear a un causante extranjero con residencia en las Islas, acudiendo para ello a lo establecido en el art. 36.2 del Reglamento. Como ya hemos visto *supra*, esta opinión es la mayoritaria entre la doctrina académica, y la que, en mi opinión es más acertada.

13. Entre medias, la Resolución de 10 de agosto de 2020 reitera la doctrina establecida en la de 24 de mayo de 2019, incidiendo especialmente en el carácter formal de la posibilidad de otorgar pacto sucesorio, reconduciendo al art. 27 del Reglamento el punto de conexión¹¹ y sin tener en cuenta lo establecido por los arts. 25 y 75.

14. A partir de aquí, daré los motivos que sustentan mi opinión.

15. Para ello partiré de que han sido varios los autores del ámbito académico críticos con la resolución de la Dirección General, apuntando hacia la resolución adoptada por Audiencia y Tribunal Superior; para autores como J. C. Martín Romero¹², esta interpretación supondría que siempre se aplicaría el Derecho común a los extranjeros, lo que parece contradecir lo dicho en

¹¹ He tratado la cuestión —que escapa de la presente— en IRIARTE ÁNGEL, F. B., «Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, octubre de 2021, núm. 2, pp. 784-788.

También descarta que nos encontremos ante una cuestión sujeta al art. 27 del Reglamento, RODRÍGUEZ BENOT, A., «Una lectura europea de la aplicación del art. 50 de la compilación balear a los extranjeros. A propósito del caso *Crul* y su deriva judicial (SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 30 de diciembre de 2020)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2021, núm. 41, pp. 20-25.

¹² «Y es que, según la Dirección General, parece que para gozar de dicha especialidad foral sucesoria es precisa la nacionalidad española y la vecindad civil mallorquina. En realidad, el problema es que los extranjeros no gozan de vecindad civil y la Dirección General no está por aceptar los criterios dinámicos de equiparación o sustitución en cuanto a extranjeros de la vecindad civil por la residencia habitual» (MARTÍN ROMERO, J. C., «Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019», *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2019, núm. 86).

la STC de 8 de julio de 1993¹³, que sentó la igualdad de todos los derechos civiles españoles dentro de su ámbito competencial; como he dicho en otros foros, los órganos centrales deben asumir de una vez por todas que España es un Estado descentralizado en materia de Derecho civil, con igualdad entre todos los ordenamientos dentro de su margen competencial, y no un Estado que *tolera* ciertos *folclorismos locales* siempre que no pretendan salir de su *tiesto*. Otros, como S. Álvarez González¹⁴, consideran que en una sucesión internacional no cabe «resucitar en un segundo escalón» la vecindad civil cuando el Reglamento ha optado por otra solución; B. Bibiloni Guasp¹⁵ manifiesta que: «No tiene sentido que un extranjero, afincado en Mallorca, y al que la ley europea le concede la facultad de regir su sucesión por la ley del territorio más cercano, no pueda dar satisfacción, como si fuera un balear más, a su anhelo de adelantar su sucesión a favor de sus hijos o, en su caso, de otros familiares allegados, sin tener que esperar al momento de su fallecimiento», en tanto la norma que rige la sucesión no exige expresamente la vecindad civil del causante, dejando la determinación de su ámbito personal a la ley general reguladora de los conflictos; finalmente, I. Espiñeira Soto¹⁶ se pregunta si no «convendría interpretar el art. 50 Compilación en el sentido de que lo que el legislador quiere es que el pacto sucesorio se rija por la ley personal del disponente y esta tras el Reglamento, para los extranjeros con su centro de vida en cualesquiera de las comunidades de España con derecho civil propio no es la ley del Estado de su nacionalidad, salvo que hayan hecho uso de la *professio iuris*, sino la ley de la unidad territorial en la que este tiene su residencia habitual en el momento de la conclusión del pacto, arts. 21.1, 24.1, 25.1 y 36.2 letra a) del Reglamento».

16. Reforzaría una visión crítica con la resolución la caracterización del sistema del Reglamento como de remisión subsidiaria¹⁷, «*where priority is given to the domestic conflict-of-law rules*» de forma que «*only in the absence of such internal conflict-of-law rules does the [...] Regulation set forth subsidiary rules*»¹⁸; es decir, que la inexistencia de norma interna para resolver un conflicto interno ligado a uno internacional no da lugar a la aplicación de un Derecho indeterminado —a determinar por el intérprete del Derecho conflic-

¹³ Sentencia 226/1993, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1993).

¹⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019», *La Ley Unión Europea*, octubre de 2019, núm. 79, p. 15.

¹⁵ BIBILONI GUASP, B., «El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España», *www.notariosyregistradores.com*, 23 de mayo de 2020, p. 21.

¹⁶ ESPIÑEIRA SOTO, I., «Reglamento Europeo de Sucesiones y Derechos Civiles de España. Retirando capas de barniz», *www.notariosyregistradores.com*, 17 de septiembre de 2019, p. 12.

¹⁷ QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTIANDI, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», *InDret*, 3/2013, Barcelona, julio de 2013, p. 15. En la misma obra puede verse una introducción a los diferentes sistemas de remisión.

¹⁸ QUINZÁ REDONDO, P., «Regulation (EU) 650/2012 and Territorial Conflicts of Laws in Spain», en SCHERPE, J. y BARGELLI, E. (eds.), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change*, Intersentia, Cambridge, 2020, p. 215.

tual interno—, sino que deberá resolverse conforme a la normativa europea, y esta nos lleva, en nuestro caso, al Derecho balear, pues esa es el lugar de residencia del instituyente del pacto.

17. A todo lo anterior habría que añadir la eventual contravención del *Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*, como apunta J. J. Pérez Milla¹⁹, en tanto «cualquier normativa territorial civil que establezca la condición foral como requisito y por ello impida su ejercicio a otro ciudadano de la Unión, vulnera el Principio del DU y debe eliminarse salvo justificación».

18. Por el contrario, la postura de la Dirección General ha recibido el apoyo de autores como el Profesor Rodríguez Benot²⁰, para quien, entre otros motivos, destaca que el legislador español, al no hacer uso de la facultad contenida en el art. 38 del Reglamento, ha querido que los conflictos internos siguiesen siendo resueltos conforme a las reglas contenidas en los arts. 13 y ss. CC. Lo que significa —apunto yo— que en ningún caso aplicaría a los extranjeros —carentes, por definición, de vecindad civil— la posibilidad de sujetarse a otras normas que las contenidas en el Código Civil, con la salvedad —también entiendo yo— de los supuestos en los que el propio legislador ha incorporado como punto de conexión —directamente o por remisión— la residencia.

19. En conclusión, no me cabe sino considerar ajustadas a Derecho las sentencias antes citadas. Debemos asumir que nos encontramos ante un cambio de paradigma, ya no nos sirve el concepto nacionalidad —y, cuando proceda, su asociado, vecindad civil— para resolver la mayoría de los conflictos internacionales relativos al estatuto personal. El legislador español no se ha acogido expresamente al art. 38 del Reglamento, pero el art. 36.2 es parte de nuestro ordenamiento jurídico y dice lo que dice; si nuestro legislador quiere que los extranjeros deban estar sometidos invariablemente al Código Civil deberá decirlo expresamente. No me parece defendible acudir a la eventual voluntad del legislador de 1974 para excluir a los extranjeros de la aplicación de los derechos forales, por dos motivos: i) porque para aquel legislador la cuestión era inmaterial, y ni se planteaba —fuera de supuestos absolutamente marginales— que a un extranjero le aplicase otra ley que su ley nacional, habida cuenta del *mancinismo* puro y duro que por entonces regía nuestro sistema conflictual, y ii) adicionalmente, porque la normativa preconstitucional debe ser interpretada a la luz de la Constitución —para la que, como hemos visto, todos los Derechos civiles son iguales— y de los principios emanados de la normativa de la Unión Europea.

20. Además debemos tener en cuenta que si seguimos creyendo en la doctrina derivada de *Costa v. Enel*²¹, tal como dice la Audiencia Provincial

¹⁹ PÉREZ MILLA, J. J., «Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español», *La Ley Unión Europea*, enero de 2021, núm. 88, p. 12.

²⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A., *op. cit.*

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964 (asunto C-6/64), ECLI:EU:C:1964:66.

de Baleares, es el Derecho interno el que debe adaptarse y ser interpretado conforme a los preceptos que emanan de aquel, y no al revés; a pesar de que parezca estar de moda actuar en sentido inverso. No podemos hacer una supuesta *interpretación española* de lo que aparece claramente en la normativa europea.

21. Dicho lo anterior, no me he olvidado de la sentencia del Tribunal Supremo que citábamos al principio de este trabajo. En ella el Alto Tribunal resuelve la sujeción al derecho catalán de una pensión compensatoria en la que la parte acreedora es una ciudadana francesa residente en Cataluña, sin plantearse toda la discusión que he comentado en este escrito, ni si a un extranjero le puede aplicar o no un derecho distinto del común; puede, por tanto, que toda nuestra discusión sea bizantina y el tema esté resuelto conforme a aquel aforismo que dice que «Derecho es lo que, en Sala de cinco, dicen tres».

