

El *trust* en el Derecho Sucesorio español

por

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid (España)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. FUNCIÓN DEL *TRUST MORTIS CAUSA*.
- III. CLASIFICACIÓN.
- IV. ELEMENTOS.
- V. EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL:
 - A) DIFERENCIAS ENTRE EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL.
 - B) *TRUST* TESTAMENTARIO Y NEGOCIO FIDUCIARIO.
- VI. *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.
- VII. *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y NORMA DE CONFLICTO APLICABLE:
 - A) CALIFICACIÓN POR LA FUNCIÓN:
 - a) *Función sucesoria*.
 - b) *Cuestiones reguladas por la lex successionis*.
 - B) APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL: LEY NACIONAL DEL CAUSANTE:
 - a) *Ley material que sí regula el trust*.
 - b) *Ley material que no regula el trust*.
 - C) *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y REENVÍO.

D) *TRUST* EN EL DERECHO SUCESORIO Y TEORÍAS DE LA SEGUNDA CALIFICACIÓN Y TRANSPOSICIÓN.

E) VALIDEZ FORMAL DEL *TRUST* TESTAMENTARIO.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el Derecho angloamericano el *trust* es una institución característica que guarda una estrecha relación no sólo con el Derecho de Obligaciones y el de propiedad sino, incluso, con el Derecho de Familia y Sucesiones, que es el ámbito tradicional que le es propio. El *trust* es una institución que tiene su origen en los principios del *Common Law* y la *Equity* (1). Se trata de una figura desconocida en el ordenamiento jurídico español que puede definirse como la «relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra» (2).

(1) La *Equity* está formada por los principios extraídos de los precedentes judiciales del antiguo tribunal «Court of Chancery» (Tribunal de Cancillería). Vid. M. A. ASÍN CARRERA, «La Ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho Internacional Privado español», en *RGD*, 1990, pág. 2089; H. BATIFFOL, «Trusts. The trust problem as seen by a French Lawyer», en *Choix d'articles. Rassemblés par ses amis*, París, LGDJ, 1976, págs. 241-247; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 1-3.

(2) Sobre el concepto de *trust* anglosajón, vid., entre otros, AA.VV., «I Trusts», en *Manuale pratico delle successioni*, Padova, Cedam, 2005, págs. 553-676; J. B. AMES, «The origin of Uses and Trusts», en *Harvard Law Review*, 1908, págs. 261-274; I. ARROYO, «Trust y Ley Civil», en *RJC*, 1982, págs. 95-108; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, Giuffrè, 2001; H. BATIFFOL, «Trusts. The trust problem as seen by a French Lawyer», en *Choix d'articles. Rassemblés par ses amis*, París, LGDJ, 1976, págs. 239-247; J.-P. BERAUDO, «Les trusts anglosaxons et le droit français», en *LGDJ*, 1992; ÍD., «Trust», en *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1998; G. T. BOGERT, *Trusts*, St. Paul-Minneapolis, West Publishing, 1998, pág. 1; F. BOULANGER, *Droit international des successions*, París, Ed. Economica, 2004; A. BUSATO, «La figura del *trust* negli ordinamenti di *Common Law* e di diritto continentale», en *RDC*, 1992, págs. 309-357; E. CALÒ, *Dal probate al Family Trust*, Milán, Giuffrè, 1996; S. CÁMARA LAPUENTE, «El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en *Derecho Privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, págs. 1111-1114; ÍD., «Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español», en *RCDI*, núm. 654, 1999, págs. 1757-1858; ÍD., «Elementos para una regulación internacional del *trust*», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, 2005, págs. 241-273; J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre la Ley aplicable al *trust* de inversión», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, 2005, págs. 411-424; E. CASTELLANOS RUIZ, «Sucesión hereditaria», en *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Colex, 2005, págs. 257-311; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998; P. CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del trust. Estudio de Derecho Comparado*, Bosch, Barcelona, 1946; N. F. DACEY, *How to avoid Probate!*, New York, 1993; A. L. DIAMOND, «The *trust* in English Law», en *RDIPP*, 1981,

Un ejemplo de *trust* sería el siguiente: un inglés instituye un *trust testamentario* a favor de sus dos hijos para que en el momento de su muerte adquieran sus bienes. Ahora bien, el lugar de repartirles los bienes, un admi-

págs. 289-308; M. DOGLIOTTI/A. BRAUN, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 2003; D. A. DREYER, *Le Trust en droit suisse. Études suisses de Droit international*, vol. 21, Genève, 1980; R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Papua, Cedam, 1935; W. F. FRATCHER, «Trust», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, cap. 11, Tübingen, Mouton, The Hague, París, J. C. B. Mohr, 1973; A. GAMBARO, «Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law», en *RDC*, 1984, págs. 93-108; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts*, 2.ª ed., Oxford, University Press, 2003; J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, «Law and Trusts», en *AJCL*, págs. 25-35; ÍD., *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1981; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, París, Phantéon-Asas, 2004; G. CASSONI, «Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento», en *Giurisprudenza italiana*, 1985, págs. 753-760; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, París, Editions Panteón-Assas, 2004; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución anglo-americana y el Derecho Internacional Privado español*, Barcelona, Bosch, 1997; M. GRAZIADEI/U. MATTEI/L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, New York, Cambridge University Press, 2005; G. L. GRETTON, «Trusts without Equity», en *ICLQ*, 2000, págs. 599-620; M. GRIMALDI/F. BARRIÈRE, «Trust and Fiducie», en A. HARTKAMP/M. HESSELINK/E. HONDIUS/C. JOUSTRA/E. DU PERRON (dirs), *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., London-Boston, Kluwer Law International, 1998, págs. 567-582; D. J. HAYTON, «Developing the law of trusts for the twenty-first century», en *LQR*, 1990, págs. 87-104; ÍD., *The Law of Trusts*, Londres, Sweet and Maxwell, 1996; ÍD., *Hayton and Marshall Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 10.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1996; ÍD., *European Succession Laws*, 2.ª ed., United Kingdom, Jordans, 2002; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione del Aja, Diritto Italiano*, Milán, Giuffrè, 1994; ÍD., «Riflessioni comparatistiche si trusts», en *Europa e Diritto Privato*, 1998, págs. 425-440; ÍD., *Trusts laws of the world. A collection of original texts*, 2.ª ed., Roma, 1999; ÍD., *Trusts. A Comparative Study*, trad. SIMON DIX, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; M. C. MALAGUTTI, «El trust», en F. GALGANO, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, págs. 326-344; S. MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «Civil Law»*, Navarra, Aranzadi, 2006; R. PEARCE/J. STEVENS, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Londres, Butterworths, 1995; PH. H. PETTIT, *Equity and the law of trusts*, 6.ª ed., London, Butterworths, 1989; C. REYMOND, «Le Trust et le Droit suisse», en *ZSR*, vol. 73, II, 1954; K. G. C. REID, «National Report for Scotland», en D. J. HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Deventer, The Hague, Kluwer Law International, 1999, págs. 67-84; J. G. RIDALL, *The Law of Trusts*, 4.ª ed., London, Butterworths, 1992; V. SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, Cedam, 1996; L. A. SHERIDAN, «Public and Charitable Trusts», en *Trusts and Trust-Like Devices*, Chameleon, Londres, 1981, págs. 21-43; P. C. SOARES, *Non-resident trusts*, 4.ª ed., London, 1993; A. SYDENHAM, *Trusts*, 2.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1991; A. UNDERHILL/D. J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trastees*, 15.ª ed., London, Sweet and Maxwell, 1995; A. UNDERHILL/D. J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trastees*, 15.ª ed., London, Sweet and Maxwell, 1995; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, Navarra, Civitas (Cuadernos Civitas), 2006; G. WATT/J. HOOPER, *Law of Trusts (Learning texts)*, London, 1996; G. WITTUHN, *Das internationale Privatrecht des Trust*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987; C. DE WULF, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruselas, Bruylant, 1965.

nistrador nombrado por el inglés se encargará, en el momento de la muerte del constituyente del *trust*, de ir repartiendo los beneficios de la propiedad fiduciaria en los términos señalados en el testamento. De esta forma, el causante garantiza un futuro económico a sus dos hijos; pues los hijos no pueden acceder directamente a los bienes objeto del *trust* que forman parte de la propiedad fiduciaria.

Si este *trust* fuera objeto de litigio y se planteara ante un juez español habría que solucionar, desde un punto de vista de Derecho internacional privado, si los jueces españoles pueden declararse competentes y de serlo, qué norma de conflicto deben aplicar para solucionar el fondo del asunto, partiendo que la figura del *trust* no existe en España.

2. En los países del *Common Law* el *trust* es de tal importancia que se regula como un ámbito más del Derecho privado. Incluso existe un texto internacional como es el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento que pretende eliminar o, al menos, simplificar los problemas derivados del desconocimiento de esta institución en muchos ordenamientos jurídicos (3). Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1992, aunque la ratificación por los Estados ha sido muy escasa. En la actualidad son diez los miembros del Convenio de La Haya sobre el *trust*: Australia (en vigor desde el 1-1-1992), Canadá (en vigor desde el 1-1-1993), la República Popular de China (en vigor desde el 1-1-1992), Italia (en vigor desde el 1-1-1992), Países Bajos (en vigor desde el 1-2-1996), Liechtenstein (en vigor desde el 1-4-2006), Luxemburgo (en vigor desde el 1-1-2004), Malta (en vigor desde el 1-3-1996), Reino Unido (en vigor desde el 1-2-1996), y San Marino (en vigor desde el 1-8-2006).

Para evitar problemas de calificación, el artículo 2 de este Convenio utiliza un concepto propio de Derecho Internacional Privado en virtud del cual se definen los elementos que debe contener una institución para que pueda calificarse como un *trust* a los efectos de aplicación del Convenio (4):

«A los efectos del presente Convenio, el término “*trust*” se refiere a las relaciones jurídicas creadas —por actos *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El *trust* posee las características siguientes:

- a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;

(3) Vid. M. GRIMALDI/F. BARRIÈRE, «*Trust and Fiducie*», en A. HARTKAMP/M. HESSE-LINK/E. HONDIUS/C. JOUSTRA/E. DU PERRON (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2.^a ed., London-Boston, Kluwer Law International, 1998, págs. 574-576.

(4) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 3-6; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, Civitas (Cuadernos Civitas), 2006, págs. 14-25.

- b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*.

Igualmente, el artículo I.1 de los Principios de Derecho europeo de *trust*, de 1999 (5) también define los elementos del *trust* desde el punto de vista del *Civil Law*:

«En un *trust*, una persona llamada *trustee* es propietaria de unos bienes, que se mantienen separados de su patrimonio personal, y ha de aceptar dichos bienes (el «fondo» del *trust*) al beneficio de otra persona llamada «beneficiario» o a la promoción de una finalidad».

3. En resumen, para que pueda calificarse como un *trust*, la institución debe caracterizarse por las siguientes notas: a) separación entre el patrimonio del *trust* y el patrimonio del *trustee*; b) el dominio que el *trustee* tiene sobre la propiedad objeto del *trust*; c) los poderes y deberes de disposición y administración que corresponden al *trustee*; d) El *trust* es compatible con el hecho de que el constituyente (testador) conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario.

II. FUNCIÓN DEL *TRUST MORTIS CAUSA*

4. La función de esta figura puede ser diversa, pero una de las funciones más importantes y tradicionales la cumple en el Derecho Sucesorio, bien a través de los *trusts* testamentarios o *inter vivos* con disposiciones testamentarias, o bien a través de los *trusts for sale* específicos de las sucesiones intestadas (6).

(5) Estos Principios tienen su origen en el Derecho escocés y recoge la figura del *trust* de los «sistemas jurídicos mixtos», aquellos en los que hay elementos del sistema anglo-americano y el romano-germano, donde la jurisprudencia tiene un importante papel como fuente del Derecho. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1124-1131.

(6) Vid. E. CALÒ, *Dal probate al Family Trust*, Milán, Giuffrè, 1996, págs. 3-8; S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, pág. 1115; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 4-5; W. F. FRATCHER, «Trust», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, cap. 11, Tübingen, Mouton, The Hague, París, J. C. B. Mohr, 1973, págs. 3-5;

5. a) *Trust testamentario*. El *trust mortis causa* es el instituido mediante testamento. El *trust* testamentario tiene como finalidad permitir al fundador del mismo organizar su sucesión sobre la totalidad de sus bienes o parte de los mismos. El *trust* testamentario consiste en que el testador (*setlor*) otorga la propiedad de los bienes objeto de la sucesión a un *trustee* (fiduciario) para que los administre a favor del cónyuge supérstite, a favor de los hijos o de cualquier otra persona (beneficiarios o *cestius que trust*). En este supuesto, el *trust* es un acto *mortis causa* con una función similar a la que cumple el testamento. Incluso, el *trustee* puede ser uno de los beneficiarios, con tal de que no sea el único (7). Ahora bien, si el testamento incluye la designación de *trustee*, aunque este nombramiento está sujeto a un control judicial de autenticidad y validez formal en el momento del fallecimiento del causante, la distribución de los bienes entre los herederos deberá responder a los términos y plazos previstos en el documento constitutivo (8). En este tipo de *trust* el fundador organiza su sucesión mediante un «desdoblamiento de la propiedad»: la propiedad formal se le otorga al administrador del *trust* (*trustee*) y la propiedad material a los beneficiarios, una vez muerto el *setlor* o fundador. Los beneficiarios conservan ciertas facultades sobre los bienes objeto del *trust* como reclamar al *trustee* si ha infringido los términos del *trust* o si ha confundido sus bienes con los bienes objeto del *trust*.

Sin embargo, no siempre es necesario que existan tales beneficiarios directos, puede ser que el *trust* sólo tenga una finalidad caritativa. Este tipo de *trusts* suele requerir mayores requisitos para atraer capitales, como ocurre en algunos Estados norteamericanos, e incluso pueden considerarse nulos por falta de certeza de los beneficiarios con pequeñas excepciones (para sepulturas, cuidar animales), como ocurre en Inglaterra (9).

6. b) *Trust for sale* o *trust sucesorio*. De no mediar un *trust* testamentario, el Derecho anglosajón (*probate*) establece de todos modos la existencia de un *executor* nombrado judicialmente para que actúe en interés del cónyuge viudo y de los hijos menores, procediendo a liquidar las deudas de la masa hereditaria y distribuir los bienes entre los herederos conforme al orden de

K. G. C. REID, «National Report for Scotland», en D. J. HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Deventer, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pág. 78; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., 25-34, en concreto la pág. 31, donde se señala que la «planificación sucesoria» es junto a la «protección de un fondo patrimonial» la función tradicional del *trust*...

(7) Vid. A. UNDERHILL/D. J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trastees*, 15.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1995, pág. 3.

(8) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, págs. 1114-1115; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 4-6.

(9) Vid. M. LUPOI, *Trusts. A comparative Study*, trad. SIMON DIX, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 123-126. Vid. sobre el *charitable trust*, L. A. SHERRIDAM, «Public and Charitable Trusts», *Trusts and Trust-Like Devices*, Chameleon, Londres, 1981, págs. 21-43.

sucesión previsto por la ley (10). Es lo que se llama *trust for sale*. El *trust for sale* o *trust sucesorio* se constituye en los supuestos de sucesiones intestadas a efectos de liquidar el pasivo hereditario y distribuir el activo resultante entre los herederos (11). No tiene su origen en un negocio jurídico ni en una decisión judicial sino concretamente en una previsión normativa específica (12). Se forma por ministerio de la Ley.

En este caso, judicialmente se nombra un administrador o ejecutor judicial, el *executor trustee*, que debe conservar y liquidar el patrimonio del causante, como propietario fiduciario, para distribuir definitivamente los bienes hereditarios. Este procedimiento se denomina *probate*. Por tanto la herencia, no pasa directamente a los herederos como ocurre en los sistemas europeos continentales (13). Existe una gran similitud entre el *executor* y el *trustee*, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que «hay un *trust* cada vez que alguien muere» (14).

7. c) *Trust inter vivos* con disposiciones *mortis causa*. Junto al *trust* testamentario y sucesorio se puede hablar del *trust inter vivos* que contiene disposiciones *mortis causa*. El *trust inter vivos* se crea mediante un acto jurídico unilateral de transferencia de la propiedad al *trustee*, para que desempeñe sus funciones de acuerdo con lo establecido en el documento constitutivo del *trust*. Cuando contiene disposiciones por causa de muerte establece ciertas previsiones sobre la determinación de beneficiarios tras la muerte del constituyente del *trust* o, si la duración del *trust* supera la vida del constituyente (15). Se trata, normalmente, de administrar un patrimonio familiar durante un largo período de tiempo, al menos dos generaciones, de forma que produzca efectos en relación a los hijos del constituyente y, a la muerte de éstos, en relación a los nietos del constituyente. Es una auténtica alternativa al testamento desde un punto de vista funcional, escapando del *probate* que es un procedimiento mucho más costoso, lento y sin publicidad de sus disposiciones (16).

(10) Vid. E. CALÒ, *Dal probate al Family Trust*, Milán, Giuffrè, 1996, págs. 60-70.

(11) Vid. E. CALÒ, *Dal probate...*, cit., págs. 3-9; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 3-4.

(12) M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 16.

(13) Vid. E. CALÒ, *Dal probate...*, cit., págs. 9-16.

(14) Vid. K. G. C. REID, *National Report...*, cit., pág. 78.

(15) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 13-14.

(16) Vid. E. CALÒ, *Dal probate...*, cit., págs. 60-70; N. F. DACEY, *How to avoid Probate!*, New York, 1993, *passim*; A. GAMBARO, «Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law», en *RDC*, 1984, págs. 98-99.

III. CLASIFICACIÓN

8. Aunque nuestro estudio se basa en los *trusts* que tienen naturaleza sucesoria, con carácter general, por la forma de constitución, el *trust* puede clasificarse:

- a) *Trust express*: el *trust* expreso surge como consecuencia de un acto *inter vivos* o *mortis causa*. Este tipo de *trust* puede ser privado si queda claro quiénes son los beneficiarios o público (*charitable trust*) si el beneficiario no es una persona determinada sino un objetivo relativo al bien público: situaciones de pobreza, la asistencia a la educación, la religión y otros objetivos comunitarios (17). Tanto el *trust* testamentario como el *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias pertenecen a los *trusts* expresos porque ambos surgen como consecuencia de un acto o negocio jurídico. La única diferencia es que el acto jurídico sea *inter vivos* o *mortis causa*. Los *trusts* expresos pueden ser, a su vez, según su objeto privados o públicos: *charitable trusts* (18). Dentro de los privados se pueden distinguir los *fixed* y los *discretionary trusts* (19). En los *fixed trusts* el beneficiario tiene derecho a una parte fija y determinada de los rendimientos netos del fondo fiduciario. En los *discretionary trusts* los beneficiarios no están determinados sino que el constituyente le da poder al *trustee* de fijar a quién le corresponde la propiedad final de los bienes (20).
- b) *Resulting trust*: se trata de presumir la existencia de un *trust* cuando una persona entrega a otra una cantidad de dinero o de bienes, a título gratuito, salvo que se pruebe con claridad la existencia de una donación (21). En tal caso se acabaría con dicha presunción. Ahora bien si no se puede probar la donación, el *trustee* debe conservar el dinero o los bienes hasta que el constituyente se los reclame (STJCE de 17 de mayo de 1994, *Webb vs. Webb*) (22). Son ejemplos de este

(17) Vid. R. PEARCE/J. STEVENS, *The Law of Trusts*, págs. 345-386; L. A. SHERIDAN, *Public and Charitable...*, cit., págs. 21-43; M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione del Aja, Diritto Italiano*, Milán, Giuffrè, 1994, págs. 50-52.

(18) Los *charitable trusts* se caracterizan porque el beneficiario del *trust* no es una persona determinada sino un objeto con fines caritativos no lucrativos, L. A. SHERIDAN, *Public and Charitable...*, cit., págs. 21-43.

(19) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1118.

(20) *Ibidem*.

(21) Vid. AA.VV., «I Trusts», en *Manuale pratico delle successioni*, Padova, Cedam, 2005, págs. 587-588; G. T. BOGERT, *Trusts*, 3.^a reimpr., St. Paul-Minneapolis, West Publishing, 1998, págs. 261-285; A. SYDENHAM, *Trusts*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1991, págs. 33-39.

(22) STJCE de 17 de mayo de 1994, as. C-294/92, *Webb vs. Webb*, *Recop. Jurispr.*, 1994-5, págs. 1733-1740.

tipo de *trust* los siguientes: cuando termina un *trust* expreso y los bienes siguen en poder del fiduciario hasta que los bienes se transmiten a sus beneficiarios; cuando se transfiere una cantidad para un fin concreto a favor de un tercero; o cuando se adquieren bienes en común pero sólo a nombre de uno de los adquirentes.

- c) *Constructive trust*: se trata de un *trust* judicial que la *Equity* impone para evitar casos de enriquecimiento injusto o fraude, como, *ad ex*, para exigir la entrega de un bien propio en poder ajeno (es la situación del vendedor de la propiedad de un inmueble entre el momento de la celebración del contrato y la transferencia efectiva del dominio sobre el bien: el vendedor es el *trustee* del comprador) (23).
- d) *Statutory trust*: el *trust* legal no tiene su origen en la *Equity* o en la jurisprudencia sino en una disposición legal específica. El caso más importante de este tipo de *trust* surge en las sucesiones intestadas sobre el patrimonio hereditario: *trust for sale*. En este caso, el *trustee*, nombrado judicialmente, procede a la liquidación del pasivo hereditario y a la partición del remanente de la herencia entre los herederos legítimos, tras la liquidación de las deudas que afectan a la masa hereditaria (24).

IV. ELEMENTOS

9. Con carácter general para que exista válidamente un *trust*, sea o no *mortis causa*, es necesario que concurren tres elementos que pueden traducirse en los siguientes cuando el *trust* es *mortis causa*:

- a) que el testador (constituyente o *setlor*) tuviese voluntad expresa de crear el *trust*;
- b) que queden muy claros los beneficiarios, que son los únicos que pueden exigir el control del *trust*, salvo que se trate de un *charitable trust* (*trust* caritativo);
- c) que los bienes objetos del *trust* testamentario sean exactamente identificados y constituyan un patrimonio separado dentro del patrimonio del *trustee*. Debe existir, por tanto, una clara distinción entre las dos titularidades (propiedades) que ostentan, a la vez, el *trustee* y el beneficiario, sin que haga falta observar ninguna formalidad especial pues el *trust* carece de personalidad jurídica. Este es el elemento más característico del *trust* anglosajón. En el *trust* la propiedad se desglosa en una propiedad formal, que pertenece al *trustee*, y una propie-

(23) Vid. AA.VV., *I Trusts...*, cit., págs. 585- 587; G. T. BOGERT, *Trusts...*, cit., págs. 286-316; A. SYDENHAM, *Trusts...*, cit., págs. 39-46.

(24) Vid. M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts...*, cit., págs. 50-52.

dad material, que pertenece al beneficiario (25). Los bienes del *trust* deben estar formados siempre por un patrimonio separado dentro del patrimonio del *trustee*. Sin embargo, esta afirmación tiene que ser matizada, pues en el Derecho anglosajón no existe un concepto de «propiedad» como en los países del *Civil Law*, sino un título mejor sobre unos bienes. De este modo el *trustee* adquiere la propiedad plena en los países del *Common Law*, la *legal ownership*, mientras que el beneficiario ostenta una posición jurídica protegida como un segundo tipo de propiedad que, en definitiva, es lo que en los países del *Civil Law* denominan propiedad formal y material (26).

V. EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL

10. En el ordenamiento jurídico español el *trust* es una institución «desconocida», por ello surgen muchos problemas a la hora de determinar tanto el tribunal competente como la norma de conflicto aplicable. Aunque, en sentido estricto, todas las instituciones reguladas por un Derecho extranjero son «desconocidas» para el ordenamiento jurídico español, no todas las instituciones extranjeras presentan el mismo grado de «desconocimiento».

De este modo, no es igual que la institución extranjera cumpla una *función similar* a una institución recogida por el ordenamiento jurídico español a que se trate de una institución extranjera que despliega una función que ninguna institución jurídica española persigue. Este es el caso de la mayoría de tipos de *trusts*. La figura del *trust* anglosajón, por tanto, no puede considerarse equivalente a un negocio fiduciario, que es la única institución española a la que podría asemejarse por el principio de «confianza» en el que se basan ambas instituciones.

A) DIFERENCIAS ENTRE EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL

11. Las diferencias más importantes entre el *trust* y el negocio fiduciario puro u «originario» son las siguientes (27):

a) Inexistencia de una división del derecho de propiedad entre el fiduciante y el fiduciario, pues el fiduciario tiene un derecho real pleno y el

(25) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1113; K. G. C. REID, *National Report...*, cit., págs. 68-74.

(26) *Ibidem*, pág. 1132.

(27) Vid. M. GRIMALDI/F. BARRIÈRE, *Trust...*, cit., págs. 567-582.

fiduciante (constituyente) sólo tiene a su disposición acciones personales de responsabilidad frente al fiduciario, que en ningún caso se asemejan a las acciones que el Derecho angloamericano pone a disposición del beneficiario del *trust* (*tracing* sirve para reivindicar, rastrear o seguir los bienes indebidamente transferidos o apropiados por el *trustee* y recuperar el beneficio económico que procuraban a través de la constitución de un *constructive trust*) (28) tanto frente al *trustee* o fiduciario como en relación con los terceros en caso de incumplimiento de los deberes del *trustee* (29). Se suele entender que el beneficiario del *trust*, que es el que posee la propiedad material, ostenta auténticos derechos reales en relación con el patrimonio fiduciario. Así, aunque la STJCE de 17 de mayo de 1994, *Webb vs. Webb* considera que la «acción que tiene por objeto que se declare que una persona posee un bien inmueble en calidad de “trustee” y que se le ordene otorgar los documentos necesarios para que el demandante adquiera la “legal ownership” no es una acción real», no significa que la acción que tiene el beneficiario frente al «trustee» en relación con el patrimonio fiduciario tampoco sea una acción real; pues el TJCE no se pronunció sobre este asunto (30).

En este sentido, en la fiducia «pura» el fiduciante no puede recobrar sus bienes puesto que se ha despojado de su derecho real sobre ellos. Incluso, los acreedores del fiduciario pueden ir también contra esos bienes, con lo cual en caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante no puede separar los bienes transferidos de la masa de la quiebra, quedando el fiduciante como un simple acreedor más (31).

Sin embargo, en el *trust* anglosajón los bienes objeto del *trust* no se integran en el patrimonio del *trustee*, con lo cual en caso de separación matrimonial, quiebra o muerte del *trustee* esos bienes no entran a formar parte ni de los bienes afectados por el régimen económico del matrimonio, ni de la masa patrimonial a ser distribuida entre sus acreedores ni de la masa hereditaria del *trustee* (32).

(28) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 10-12.

(29) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 23; J. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, «Law and Trusts», en *AJCL*, 1953, pág. 33; Id., *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 23-24.

(30) A favor de que el beneficiario ostenta derechos reales en relación con el patrimonio fiduciario, vid., S. CÁMARA LAPUENTE, «Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español», en *RCDI*, núm. 654, 1999, págs. 1776-1780; V. SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, Cedam, 1996, págs. 88-89. En contra de esta opinión, y, por tanto a favor de que los derechos del beneficiario son de naturaleza personal, vid., M. LUPOI, *Trusts...*, cit., págs. 193-195; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 50-52.

(31) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1147-1148.

(32) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1127; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 9.

En la actualidad la fiducia «pura» subsiste en Bélgica, Italia, Francia, Países Bajos y Suiza.

Sin embargo, Alemania o España se han desmarcado de la fiducia pura basada en el «doble efecto» (real/obligacional) a favor de la «titularidad fiduciaria», de forma que en la fiducia no se produce la transmisión de la propiedad al fiduciario, sino que la retiene el fiduciante [a partir de las sentencias del TS de 19 de mayo de 1982 (33) y 2 junio 1982 (34)], por lo que el fiduciante sigue teniendo el poder decisional. En este sentido, con la fiducia «corregida» existe un derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario (art. 908 del Código de Comercio) (35).

Ahora bien, ni siquiera la fiducia «corregida» es asimilable al *trust* anglosajón; puesto que en España se niega que haya traspaso de la propiedad fiduciaria al fiduciario (36).

Así, la STS de 23 de junio de 2006 (37) define con carácter general al negocio fiduciario como el negocio en virtud del cual se pacta la atribución patrimonial por parte de uno de los contratantes, el fiduciante, a favor de otro, llamado fiduciario, para que utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista (igualmente STS de 5 de marzo de 2001) (38). En definitiva, el fiduciario no adquiere en ningún caso la propiedad de los bienes del fiduciante.

Incluso aunque se pudiera diferenciar esa doble titularidad, la titularidad formal le correspondería al fiduciario y la propiedad real al fiduciante (STS de 5 de diciembre de 2005) (39).

b) El negocio fiduciario surge por contrato, y el *trust* por acto unilateral, por imposición judicial o por ley. En este sentido, en el *trust* anglosajón existen normalmente tres personas implicadas: constituyente, fiduciario y beneficiario; y en las relaciones fiduciarias continentales normalmente existen dos personas: fiduciante y fiduciario. En el caso del *trust* anglosajón el *trustee* no adquiere ninguna obligación frente al constituyente, sino sólo frente al beneficiario. De tal forma que el constituyente desaparece del *trust* a partir de la entrega de la propiedad objeto del *trust* al *trustee* (fiduciario), salvo que él mismo sea también beneficiario (40). Por tanto, el constituyente no tiene

(33) RJ 1982/2580.

(34) RJ 1982/3402.

(35) S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1135, 1149, 1151.

(36) *Ibidem*, págs. 1152-1153.

(37) RJ 2006/4610.

(38) RJ 2001/3972.

(39) RJ 2005/10185.

(40) *Vid.* M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts...*, cit., pág. 57.

ningún derecho frente al *trustee*, el beneficiario o terceros. Tampoco existe ninguna relación entre el constituyente y los beneficiarios del *trust*. Una vez constituido el *trust*, el *trustee* ostenta todo el poder para tomar las decisiones sobre el patrimonio transferido, como auténtico propietario que es sin posibilidad de que el constituyente pueda darle nuevas instrucciones, salvo si el constituyente se designa como beneficiario (41). En el caso de la fiducia pura, el fiduciante solo puede accionar frente al fiduciario, en caso de incumplimiento, para obtener una indemnización por daños y perjuicios derivado de ese incumplimiento de obligaciones de carácter personal. Aunque con la fiducia actual, tras las sentencias del TS de 1982, el fiduciante sigue teniendo la propiedad material por lo que sigue teniendo el poder decisorial. En la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en la fiducia el fiduciante retiene la propiedad material y el fiduciario no es más que un propietario aparente o mandatario que retiene la propiedad fiduciaria o formal (42). La teoría del doble efecto real/contractual, en virtud de la cual el negocio fiduciario se descompone en dos contratos, uno de naturaleza real y otro de naturaleza obligacional, en virtud del cual el fiduciario se obliga a restituir el dominio cuando el fiduciante lo reclame, infringe la jurisprudencia del TS [STS de 5 de diciembre de 2005 (43), STS de 16 de mayo de 1983 (44), STS de 22 de noviembre de 1965 (45), STS de 22 de mayo de 1964 (46)].

c) El negocio fiduciario se extingue con la muerte del fiduciario. Sin embargo, el *trust* puede continuar pese al fallecimiento del *trustee* (47).

12. En el Código Civil español no se encuentra expresamente recogido el negocio fiduciario, aunque el TS ha apreciado su validez sobre la base del principio de contratación *ex* artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil. No hay que olvidar, como señala el TS, que la calificación de la figura del «negocio fiduciario», aunque admitida sin dificultades por la jurisprudencia del TS, es de creación doctrinal (STS de 9 de marzo de 2006) (48) (49).

(41) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1135; K. G. C. REID, *National Report...*, cit., págs. 31-32.

(42) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1147 y 1151; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 23.

(43) RJ 2005/10185.

(44) RJ 1983/2825.

(45) RJ 1965/5410.

(46) RJ 1964/2765.

(47) *Ibidem*, pág. 1135.

(48) RJ 2006/5709.

(49) Vid. I. ARROYO, «Trust y Ley Civil», en *RJC*, 1982, pág. 104.

B) *TRUST* TESTAMENTARIO Y NEGOCIO FIDUCIARIO

13. En relación al *trust* testamentario, podría compararse bien con la fiducia testamentaria (donde se establece un legatario fiduciario encargado de administrar los bienes legados en interés del beneficiario de los mismos) o con el fideicomiso testamentario (donde el heredero debe transmitir los bienes recibidos en herencia a un tercero en un momento posterior), ambas instituciones en desuso en nuestro ordenamiento jurídico (50).

En relación a la fiducia testamentaria, el artículo 785.4 del Código Civil prohíbe expresamente dicha institución. Sin embargo, el Código Civil español, *ex* artículo 781, es más favorable a las sustituciones fideicomisarias, en virtud de las cuales, se encarga al heredero (fiduciario) que conserve y transmita a un tercero (fideicomisario) una parte o la totalidad de la herencia, pero limita la validez de las sustituciones a las que no pasan del segundo grado o se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (51). Además, dichas sustituciones no podrán gravar nunca las legítimas, según el artículo 782.

El albacea testamentario, en virtud de los artículos 892 a 911 del Código Civil, aunque puede administrar y enajenar los bienes de la masa hereditaria, si así lo prevé el testamento, en ningún momento asume la propiedad de los bienes del patrimonio hereditario, como hace el *trustee*, por lo que es totalmente distinto al *trust mortis causa*.

VI. *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

14. Si se parte de que el *trust mortis causa* no es más que una forma anglosajona de organizar la sucesión, para determinar la competencia judicial internacional del *trust* hay que acudir a los foros establecidos en materia sucesoria. Si bien es verdad que el Reglamento comunitario 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor para España desde el 1 de marzo de 2002 (52) en sus artículos 5.6, 23.4 y 60.3 establece una regulación específica para el *trust*, este régimen no puede aplicarse a la determinación del tribunal competente cuando el objeto del *trust* sea Derecho de familia o sucesorio, puesto que son materias excluidas del Reglamento 44/2001

(50) *Vid.* M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 24.

(51) Sobre este tema, *vid.*, M. ALBALADEJO, «Las sustituciones fideicomisarias puras a término y condicionales», en *RDP*, 1979, págs. 519-545 y 641-666.

(52) Publicado en el *DOCE*, L 12 de 16 de enero de 2001.

(art. 1.2). Igual sucede en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 (53) y de Lugano de 1988 (54), ambos del mismo nombre. Al no existir al respecto, por tanto, instrumento internacional aplicable para determinar la competencia judicial internacional en materia de *trust*, hay que acudir al artículo 22 LOPJ, precepto que precisa las reglas de competencia judicial internacional para el orden jurisdiccional civil. Según la LOPJ, dicha competencia puede provenir de varios foros:

- 1.º) Foros exclusivos. Los litigios sobre sucesión *mortis causa* y, por tanto, sobre el *trust* sucesorio, no pueden encuadrarse en ninguna de las materias que son objeto de una competencia exclusiva *ex* artículo 22.1 LOPJ (55).
- 2.º) Sumisión expresa. Según el artículo 22.2 LOPJ caben los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de los tribunales españoles para conocer de un litigio internacional en materia sucesoria y, por tanto, en materia de *trust* sucesorio, siempre que se cumplan los siguientes requisitos de validez: a) una *clara y terminante* renuncia a su foro propio; b) la designación con toda *precisión* del juez al que se someten las partes (art. 55 LEC 2000); y, c) la *bilateralidad* de la cláusula sumisoria (56).
- 3.º) Sumisión tácita. Las partes pueden hacer extensible a los litigios en materia sucesoria el foro de la sumisión tácita, pues así lo dispone el artículo 22.2 LOPJ (57).
- 4.º) Foro general del domicilio del demandado en España, *ex* artículo 22.2 LOPJ (58).
- 5.º) Foro especial del último domicilio del causante en territorio español, *ex* artículo 22.3 LOPJ. Según este foro «en materia de sucesiones» el tribunal competente es el español si el constituyente (fundador o *setlor*) ha tenido su último domicilio en territorio español. Dado que el precepto se refiere a la «materia de sucesiones» queda

(53) Publicado en el *BOE* de 28 de enero de 1991.

(54) Publicado en el *BOE*, núm. 251 de 20 de octubre de 1994.

(55) *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, «Sucesión internacional», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8.ª ed., Granada, Comares, 2007, págs. 297-349.

(56) *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, págs. 78-102.

(57) *Vid.* SAP de Badajoz de 11 de julio de 1995, *REDI*, núm. 2, vol. XLVIII-1996, págs. 312-312, con nota de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, esp. págs. 316-317 donde se hace referencia a los foros de competencia judicial internacional en materia sucesoria; 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?», en *RGD*, núms. 613-614; 1995, págs. 11343-11344.

(58) *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2003, págs. 30-31.

mucho más claro que es un foro que puede aplicarse para determinar la competencia judicial de nuestros tribunales en materia de *trust* sucesorio, puesto que puede incluirse sin dificultad en este supuesto de hecho tan amplio. El artículo 22.3 LOPJ emplea un concepto que engloba perfectamente todo tipo de «forma jurídica de organizar la sucesión *mortis causa*», ya sea una forma jurídica contemplada o no en el Derecho español (59).

- 6.º) Foro especial del lugar de situación de los bienes inmuebles en territorio español, *ex* artículo 22.3 LOPJ. El *forum rei sitae* atribuye competencia a nuestros tribunales sobre la totalidad del *trust* sucesorio, tanto si todos los bienes objeto del *trust* se encuentran en territorio español como si alguno de los bienes se encuentra en el extranjero. Igualmente como es un foro aplicable a la «materia de sucesiones» es fácilmente aplicable al *trust* sucesorio (60).

15. Así, *ad ex*, un juez español puede conocer de un litigio derivado de la apertura de una herencia de un inglés en España en relación con la validez de la autorización a un *trustee* extranjero para enajenar bienes inmuebles situados en el territorio español (SAP de Madrid, de 23 de noviembre de 2000) (61). Otro litigio que puede plantearse en España es la reclamación de los herederos sobre los bienes objeto del *trust*, cuando el *trustee* tiene su domicilio en España. Se trataría de resolver la validez de un *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias. Al tratarse de un *trust inter vivos*, la naturaleza sucesoria no está tan clara. Hay que distinguir dos supuestos distintos: si el litigio se plantea una vez que se ha muerto el *setlor* y los herederos no beneficiarios del *trust* se sienten afectados por la distribución de la herencia parece que hay que otorgarle naturaleza sucesoria. Sin embargo, si el litigio se puede plantear antes de que se muera el *setlor*, la naturaleza sucesoria no quedaría tan clara.

VII. TRUST EN DERECHO SUCESORIO Y NORMA DE CONFLICTO APLICABLE

16. Aunque con carácter general y en un sentido amplio el *trust* anglosajón no se adecuaba a ninguna institución española, la cuestión cambia en relación a los *trusts* derivados de una sucesión testamentaria o intestada; pues su naturaleza sucesoria queda bastante clara.

(59) *Ibidem*, págs. 31-34.

(60) *Ibidem*, págs. 34-36.

(61) AC 2002/136.

17. Para determinar la Ley aplicable al *trust* testamentario hay que distinguir las cuestiones relativas a la validez del testamento y las cuestiones relativas a la validez de las disposiciones contenidas en el *trust* testamentario, tal y como establece el Derecho anglosajón. Sin embargo, esta división de materias es ignorada por los jueces de los Estados, como España, donde el *trust* es una institución desconocida. De esta forma los problemas de la validez del *trust* y de la validez del testamento se unifican en uno solo, considerándose las disposiciones del *trust* como una forma de organizar la sucesión y, por tanto, una cuestión sucesoria más (62).

La SAP de Madrid, de 23 de noviembre de 2000 (63), tuvo una gran oportunidad de plantearse la Ley aplicable a un testamento contenido en un *trust* donde además se establecían cuatro *trusts* más de diferente naturaleza. Sin embargo, la AP desaprovechó esta oportunidad con la absurda conclusión de que al no haberse probado el Derecho extranjero, que debía regular el testamento, debía aplicarse Derecho español. Se trataba de determinar la validez de un testamento realizado por un nacional norteamericano, conforme al Derecho de Arizona, en virtud del cual se le dejaban a su mujer la mitad de los bienes que le correspondían, en relación con la propiedad común de su esposa, además de todos sus bienes inmuebles usados por el testador como lugares de residencia que le pertenecieran al tiempo de su muerte, si su esposa le sobrevivía por un período de cuatro meses. El resto de sus propiedades se los legaba a sus dos hijos, nacidos en el matrimonio, a los que se les declaró *trustees* de un *trust* que había sido firmado por los dos esposos unos años antes del testamento, para la efectiva administración de su caudal hereditario. En dicho *trust* se establecían además disposiciones para la formación, administración y destino de los bienes de cuatro *trusts* más: a) del esposo sobreviviente: en este *trust* se acordaba que ambos esposos serían los *trustees* y en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos el superviviente continuaría siéndolo; b) del difunto, en que se contiene la indicación de que los bienes inmuebles situados en España se deben atribuir al *trust* del que es beneficiaria la hija; c) *trusts* separados para cada hijo; y d) *trusts* separados para la descendencia de los hijos fallecidos. El caso se planteó porque uno de los bienes objeto del *trust* de la hija, un chalet situado en España (Colmenarejo) fue vendido por su viuda a un tercero sin tener en cuenta el *trust* a favor de la hija en virtud del cual los bienes situados en España estaban afectados por el *trust* a favor de ésta.

De este conjunto de *trusts* existen algunos que tienen una naturaleza sucesoria clara, otros naturaleza de donaciones *mortis causa* y otros naturaleza de *marriage settlement*. De hecho la AP alude al artículo 9 del Código

(62) Vid. M. A. ASÍN CABRERA, *La Ley aplicable al trust...*, cit., págs. 2101 y 2103.

(63) AC 2002/136.

Civil, de forma muy genérica sin especificar el número concreto del artículo 9 para referirse a la Ley nacional del causante y a la Ley nacional del matrimonio. No se entiende muy bien el porqué de esta ambigüedad, pero a lo que se refiere la AP es a la aplicación del artículo 9.8 del Código Civil, la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento y a la aplicación de los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, la Ley nacional común de los cónyuges, es decir, en ambos casos la Ley norteamericana. De hecho es algo que no se descarta en el fundamento jurídico tercero. La AP no aplicó el Derecho de Arizona simplemente por una falta de prueba del Derecho extranjero. Sin embargo, no hay que olvidar que la sentencia de la AP lo que deja claro, sin que se dé cuenta, es que el testamento es una figura independiente al *trust* donde está incluido, por lo que habría que buscar no sólo la Ley aplicable al testamento sino a los *trusts* que condicionaban el testamento.

Con este ejemplo se comprueba cómo la AP ignora tal separación, aunque durante el juicio fuera advertido el tribunal de ello, y pasa a considerar la institución del *trust* como si fuera el testamento propio.

18. ¿Cómo se determina entonces, desde el punto de vista del Derecho español, la norma de conflicto aplicable a un *trust* testamentario o sucesorio constituido conforme a un ordenamiento jurídico extranjero?

En el ordenamiento jurídico español no existe ninguna norma de conflicto que, de manera expresa, contemple como supuesto de hecho la figura del *trust*; por lo que surge un problema de determinación de la norma de conflicto aplicable al caso. España no es parte del Convenio de La Haya de 1985, de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. Dado que el *trust* sucesorio no se puede calificar conforme al Derecho español no se puede aplicar el artículo 12.1 del Código Civil para resolver este problema de calificación. El mecanismo contemplado en el artículo 12.1 del Código Civil está diseñado para resolver problemas de calificación de instituciones de naturaleza jurídica controvertida pero, en todo caso, conocidas en el Derecho español. Como el *trust* es una institución desconocida, el artículo 12.1 del Código Civil presenta una *laguna legal* que hay que integrar.

19. Existen varios mecanismos para integrar esta laguna: a) *Tesis de la inexistencia de la institución desconocida*; b) *Creación de normas de conflicto ad hoc* para determinar la Ley aplicable a la institución desconocida; c) *Creación jurisprudencial de la norma de conflicto ad hoc*; d) Recurso a *conceptos amplios* de Derecho Internacional Privado, en relación al supuesto de hecho de la norma de conflicto; e) *Tesis de la calificación por la función*.

- a) La tesis de la inexistencia de la institución desconocida considera nula una institución que la *lex fori* no conoce ni regula. Sin embargo, esta tesis no exenta de críticas, no se admite en el ordenamiento jurídico español, pues el artículo 1.7 del Código Civil exige al juez, por el principio de *non liquet*, dar respuesta a cualquier pretensión.

- b) En cuanto a la creación de una norma *ad hoc* para regular el *trust*, el legislador español desgraciadamente no ha acogido la solución de copiar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento o de ratificar dicho Convenio para evitar los problemas de la determinación de la ley aplicable al *trust* en el ordenamiento español.
- c) La creación jurisprudencial de una norma específica que determine la Ley aplicable al *trust* tampoco ha sido acogida por los tribunales y jueces españoles.
- d) En el ordenamiento jurídico español tampoco existe una norma de conflicto que utilice un «concepto amplio de Derecho Internacional Privado» como supuesto de hecho donde pueda ser subsumida la institución del *trust* testamentario.
- e) Por ello, sólo se puede acudir a la tesis de la «calificación por la función» para determinar la norma de conflicto aplicable a un *trust* testamentario instituido conforme a un Derecho extranjero.

A) CALIFICACIÓN POR LA FUNCIÓN

a) *Función sucesoria*

20. Básicamente se trata, en una primera fase, de descubrir la función que el *trust* testamentario cumple conforme al ordenamiento jurídico en virtud del cual se ha instituido, para en una segunda fase, buscar una institución del Derecho español que desarrolle la función que el *trust* testamentario despliega en el ordenamiento extranjero conforme al que se ha constituido o, al menos, una función similar: *funcionalmente equivalente*.

21. En este sentido, tanto el *trust* testamentario como el *trust* sucesorio, en el caso de las sucesiones intestadas, pueden calificarse como de instituciones sucesorias, por lo que pueden subsumirse en la norma de conflicto española reguladora de la sucesión internacional: artículo 9.8 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho del artículo 9.8 del Código Civil es extraordinariamente amplio, por ello puede incluirse tanto el *trust* testamentario como el *trust* sucesorio de las sucesiones intestadas. Por tanto, la Ley aplicable a este tipo de *trust* es Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento: *lex successionis* (64).

(64) Sobre la *lex successionis*, vid. L. BARNICH, «Les successions immobilières ab intestat et testamentaires», en M. VERWILGHEN/R. DE VALKENEER (eds.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, págs. 319-343; A. BONOMI, «La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse», en *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäische*

Realmente no existe una equivalencia absoluta, pero la equivalencia de la función desarrollada no debe ser absoluta, sino *suficiente*; de tal forma que se pueda decir que la figura del testamento desarrolla una función similar a la que despliega el *trust* testamentario en el ordenamiento jurídico del que procede. Igualmente la administración y distribución de los bienes en los casos en los que no hay testamento cumple una función parecida al *trust for sale*, en el que se nombra judicialmente un *executor* para liquidar y repartir los bienes de la masa hereditaria entre los herederos del causante. Sin embargo, la distribución de los bienes a través de este control judicial (*probate*) es radicalmente distinto a la distribución de los bienes en los países europeos continentales desconocedores de la figura del *trust*, donde son los herederos los que directamente se hacen cargo de la herencia (65).

La Ley aplicable a la sucesión testamentaria es la *lex successionis* designada por el artículo 9.8 del Código Civil: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos suce-

Recht, 1996, págs. 479-504; F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, París, 1981; D. VAN DEN BULCKE, «Les successions mobilières face aux techniques bancaires», en M. VERWILGHEN/R. DE VALKENEER (eds.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, págs. 345-382; T. BUSCHOR, *Nachlassplanung* («estate planning») *nach schweizerischem internationalen Erbrecht*, Zurich, 1994; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001; B. VON DAUMILLER, *Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; K. DREHER, *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht - Unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, 1998; A. GRAHL MADSON, «Conflict between the Principle of Unitary Succession and the System of Scission», en *ICLQ*, 1979, págs. 598-643; B. HAUSER, «International Estate Planning», *International Lawyer*, 1997, págs. 355-359; C. HERWEG, *Die Vereinheitlichung des internationalen Erbrechts im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 2004; J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, París, 1986; Y. LEQUETTE, «Ensembles législatifs et droit international privé des successions», en *TCFDIP*, 1983-1984, París, 1986, págs. 163-192; H. LI, «Some Recent Development in the Conflict of Laws Succession», en *RCADI*, 1990-V, t. 224, págs. 9-122; G. MILLER, *International Aspects of Succession*, Dartmouth, 2000; M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé. Étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, París, 2002; A. RODRIGUEZ BENOT, «Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», en A. L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 675-704; H-P. SCHÖMMER/D. GEBEL, *Internationales Erbrecht Spanien*, München, Beck, 2003; V. L. SIMÓ SANTOJA, *Derecho Sucesorio Comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968; C. THOMS, *Einzelstatut bricht Gesamtstatut. Zur Auslegung der «besonderen Vorschriften» in Art. 3 Abs. 3 EGBGB*, Tübingen, 1996; A. TIEDEMANN, *Internationales Erbrecht in Deutschland und Lateinamerika: kollisionsrechtliche Regelungen zwischen Nachlassseinheit und Nachlassspaltung*, Tübingen, 1993.

(65) M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág.141.

sorios 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».

Es por tanto la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento la reguladora del *trust* testamentario. Sin embargo, este mismo precepto señala que las disposiciones hechas en testamento conforme a la ley nacional del testador conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas deben ajustarse siempre a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento. Dicho de otro modo, podría afirmarse que la Ley aplicable a la sucesión testamentaria es la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento, con independencia de que en el momento de su muerte posea otra nacionalidad distinta, salvo para las legítimas que quedarán siempre reguladas por la Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, si dicha Ley contempla el respeto a las legítimas. En realidad, con esta precisión no sólo se soluciona cualquier problema de conflicto móvil que pudiera plantearse por el cambio de nacionalidad del testador (fundador del *trust*), sino que se corrige la aplicación de la *lex successionis* en aras del *favor testamenti* (a favor de la validez del *trust*) (66).

Ahora bien, dado que la finalidad última es el reparto de los bienes hereditarios, también puede calificarse por la función el *trust for sale* como una institución sucesoria y, por tanto, encuadrable en el artículo 9.8 del Código Civil para determinar la Ley aplicable a los *trusts* legales que se

(66) La causa del conflicto móvil en material sucesoria se produce por un posible cambio en el tiempo de la nacionalidad, circunstancia empleada como punto de conexión mutable por la norma de conflicto reguladora del fondo de la sucesión. *Vid.*, sobre el denominado *conflicto móvil* o sobre el *cambio de/en el estatuto (Statutenwechsel)*, expresión con la que los países germánicos se refieren a este problema del conflicto móvil (E. ZITTELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig, 1898, pág. 151), *vid.* E. BARTIN, *Principes du droit international privé*, vol. I, París, Domat-Montchrestein, 1935, págs. 139-149 y 193; H. BATIFFOL, «Conflits mobiles et droit transitoire», en *Mélanges P. Roubier*, París, Dalloz & Sirey, 1961, págs. 39-52; CHR. BÖHMER, «Heilung formfehlerhafter Ehen durch Statutenwechsel?», en *Festschrift K. Firsching*, München, 1985, págs. 41-51; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8.ª ed., Granada, Comares, págs. 239-240; S. CIGOI, «Les droits acquis, les conflits mobiles et la retroactivité a la lumière des Conventions de la Haye», en *RCDIP*, 1978, págs. 1-30; P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, París, 1981; H. D. HIRSCHFELD, *Der Einfluss des Statutenwechsels auf die vorher erfolgte Eheschliessung*, Diss, Bonn, 1972; F. RIGAU, «Le conflit mobile en droit international privé», en *RCADI*, vol. 117, 1966, págs. 329-444; P. ROUBIER, «Les conflits de lois dans le temps en droit international privé», en *RCDIP*, 1931, págs. 38-86; *Id.*, «De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours», en *Mélanges J. Maury*, vol. II, París, Dalloz & Sirey, 1960, págs. 513-537; K. SIEHR, «Spezielle Kollisionsnormen für die Heilung einer unwirksamen Eheschliessung dur 'Statutenwechsel'», en *IPrax*, 1987, págs. 19-21; W. WENGLER, «Skizzen zur Lehre vom Statutenwechseln», en *RabelsZ*, 1958, págs. 435-572.

constituyen cuando el causante se muere intestado. La razón, a mi entender, más importante para incluir el *trust for sale*, que se abre en toda sucesión intestada en los países angloamericanos, en el supuesto de hecho del artículo 9.8 del Código Civil es que el ámbito de aplicación de la *lex successionis* en el Derecho Internacional Privado español es muy amplio. El artículo 9.8 del Código Civil regula con carácter general cualquier problema sucesorio que se plantee ante los jueces y tribunales españoles, ya que el supuesto de hecho habla de «sucesión por causa de muerte», con independencia de que se trate de una sucesión testada, intestada o contractual. Su ventaja práctica es evidente: la formulación amplia del supuesto permite, en principio, resolver conforme a la ley designada por el artículo 9.8 del Código Civil, *cualquier problema sucesorio* que se suscite ante nuestros tribunales, al margen de la clase de sucesión (contractual, testamentaria, legítima) de que se trate.

22. Mayor problema existe para calificar como una institución sucesoria los *trusts inter vivos* con disposiciones *mortis causa*. Se trata de instituir un *trust inter vivos* acompañado de unas disposiciones que designan los beneficiarios para el momento de la muerte del fundador del *trust*.

Así ocurre, *ad ex*, en los denominados *marriage settlements* (67). Se trata de un supuesto de *trust* específico que se instituye para organizar las relaciones patrimoniales de los cónyuges en los que se incluyen, además, disposiciones que designan a los beneficiarios del *trust* tras el fallecimiento de ambos cónyuges, normalmente los hijos fruto de su matrimonio que adquieren los bienes hereditarios de sus padres una vez que alcanzan la mayoría de edad. Momento en el cual finaliza el *trust*. Está claro que se trata de un *trust inter vivos* pero con disposiciones que sólo tienen efectos bien tras la muerte de uno de los cónyuges o bien tras la muerte de ambos cónyuges. En el litigio ya mencionado que dio lugar a la decisión de la AP de 23 de noviembre de 2000 (68), se planteó la validez de un *trust* otorgado por dos nacionales norteamericanos conforme al Derecho de Arizona en virtud del cual no sólo el esposo le dejaba a su mujer determinados bienes en herencia si le sobrevivía cuatro meses, sino que se establecía una serie de *trusts* que regulaban las relaciones entre los cónyuges dependiendo de cuál de los dos moría antes, además de las relaciones con sus hijos y sus nietos en caso del fallecimiento de sus hijos. Se trataba, en definitiva, de un *trust inter vivos* con disposiciones que sólo tenían efectos tras la muerte de uno de los cónyuges. En este mismo caso también se planteó la validez de un testamento del esposo norteamericano a favor de su mujer y sus dos hijos que se había instituido a través de un *trust*. Claramente a este último *trust* hay que otorgarle naturaleza sucesoria.

(67) Vid. C. REYMOND, «Le Trust et le Droit suisse», en ZSR, vol. 73, II, 1954, pág. 142. a.

(68) AC 2002/136.

El problema estriba en determinar la naturaleza jurídica de los *marriage settlements*. En este sentido, son tres las posibles soluciones propuestas: que se trate de una donación, que se trate de un contrato o que se trate de una cuestión sucesoria. Dependiendo de la naturaleza jurídica que se le otorgue al *trust inter vivos* con disposiciones *mortis causa*, la norma de conflicto aplicable será la contenida en el artículo 10.7 del Código Civil, reguladora de la Ley aplicable a la donación internacional —Ley nacional del donante—; los artículos 10.5 y 10.10 del Código Civil, reguladores de la Ley aplicable a los contratos internacionales —Ley elegida por las partes—, puesto que el Convenio de Roma de 1980, sobre Ley aplicable a obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (69), en vigor para España desde el 1 de septiembre de 1993, excluye expresamente de su ámbito de aplicación «la constitución de *trusts*, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los *trustees* y los beneficiarios (art. 1.2 g); o la contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, reguladora de la sucesión internacional —Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento—.

Ahora bien, aunque sean tres las posibles calificaciones que se le puede dar a este tipo de *trust*, la calificación contractual debe rechazarse ya que para el Derecho anglosajón esta institución no es un contrato (70). Es un acto unilateral, sobre todo en lo que se refiere a las disposiciones incluidas en el *trust inter vivos* que sólo surten efecto después de la muerte del constituyente del *trust*. Existen ordenamientos jurídicos, como el Derecho suizo, que consideran estos *trusts* como una relación contractual con elementos tanto del mandato, el negocio fiduciario, el contrato a favor de terceros y la donación (71). Sin embargo, los Tribunales suizos, para llegar a otorgarles esa calificación, lo que se preguntan en primer lugar es si el *trust inter vivos* podría haberse calificado como una disposición *mortis causa*. De forma que si existe una reclamación de herederos, como *ad ex* los hijos del difunto, se califica como una cuestión sucesoria, pero si no existe tal reclamación, entonces se califica como un contrato mixto (72). En este sentido, la calificación contractual es por defecto, y no el resultado de adaptar la institución y el supuesto de hecho de la norma de conflicto española (73). Incluso aunque

(69) BOE núm. 171 de 19 de julio de 1993; corrección de errores en BOE núm. 189 de 9 de agosto de 1993.

(70) Vid. M. S. ASÍN CABRERA, *La Ley aplicable al trust...*, cit., pág. 2101.

(71) Vid. D. A. DREYER, *Le Trust en droit suisse. Études suisses de Droit international*, vol. 21, Genève, 1980, pág. 118.

(72) Vid. los comentarios de P. M. GUTZWILLER, «Der Trust in der Schweizerischen Rechtspraxis», en *Annuaire Suisse de Droit International*, 1985, págs. 53-56; P. LALIVE, «Note», en *JDI*, vol. 103, 1976, págs. 695-700; C. REYMOND, «Le Trust et l'ordre juridique suisse», en *Journal des Tribunaux*, 1971, I, pág. 329; F. VISCHER en *Annuaire Suisse de Droit International*, 1971, págs. 223-246.

(73) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 125.

se parte de la calificación «contractual» del *trust*, no se hace porque se piense que es un verdadero contrato sino porque las normas de conflicto más adecuadas para determinar la Ley aplicable al *trust* son las relativas a las obligaciones contractuales (74). Desde este punto de vista habría que distinguir la Ley aplicable a los aspectos obligacionales y la Ley aplicable a los aspectos reales del *trust*.

Partiendo de esta calificación contractual, las relaciones entre el constituyente del *trust* y el *trustee* se regularían por la Ley a la que remite el artículo 10.5 del Código Civil, esto es, la Ley elegida por las partes siempre que tenga alguna conexión con el contrato. En su defecto, por la Ley nacional común de las partes; y a falta de ella la de la residencia habitual común, y en último término, la Ley del lugar de celebración del contrato. Los efectos reales del contrato, según esta calificación contractual, se regirían por la Ley de situación de los bienes, *ex* artículo 10.1 del Código Civil. Las relaciones entre el *trustee* y el beneficiario se regularían por las mismas Leyes. Y, por último, las relaciones entre el constituyente y los beneficiarios, aún calificándose de naturaleza contractual, se regirían por la Ley aplicable a la donación: artículo 10.7 del Código Civil (75).

23. Descartada la calificación contractual es necesario preguntarse si este tipo de *trust* puede calificarse como una donación o se asemeja más a una cuestión sucesoria. A mi entender, dado que se trata de disposiciones que sólo tienen efecto después de la muerte del fundador del *trust*, hay que considerar dichas disposiciones como sucesorias, desde el momento en que organizan la sucesión del *setlor*. De este modo, aunque desde el punto de vista del *trust* éste implique una donación, entendida como un «acto de liberalidad» por el cual una persona (*setlor*) dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta (los beneficiarios del *trust*) (art. 618 del Código Civil), no hay que olvidar que en el ordenamiento jurídico español las donaciones que producen efectos sólo tras la muerte del donante se les da naturaleza jurídica sucesoria y, por tanto, deben regirse por las normas relativas a la sucesión testamentaria (art. 620 del Código Civil) (76). Ahora bien, para que haya donación *mortis causa* es imprescindible que se haga la donación sin intención de perder, en este caso el donante-constituyente del *trust*, la libre disposición de la cosa o derecho que se dona mientras viva [STS de 29 de junio de 1956 (77), STS de 29 de octubre de 1956 (78), STS de 27

(74) *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., pág. 102.

(75) Sobre la naturaleza contractual del *trust* y la Ley aplicable a las relaciones entre las partes intervinientes en el mismo, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 100-114.

(76) *Vid.* M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 129-130.

(77) *RJ* 1956/2712.

(78) *RJ* 1956/3421.

de marzo de 1957, STS de 13 de junio de 1994 (79), SAP de La Rioja de 7 de febrero de 2006 (80)].

En consecuencia, si volvemos a la *calificación por la función* para determinar la norma de conflicto aplicable al *trust inter vivos* con disposiciones que sólo tienen efectos *mortis causa* hay que buscar la función que cumple dicha institución en el Derecho anglosajón. Parece claro que si no se le puede dar naturaleza sucesoria sí al menos naturaleza de donación *mortis causa*. Como resulta que en el ordenamiento español la institución que cumple una función parecida o similar es la donación con efectos *mortis causa*, habría que aplicar la norma de conflicto aplicable a la donación internacional, *ex* artículo 10.7. Ahora bien, como en España este tipo de donación se asimila a la sucesión testamentaria, habría que aplicar la norma de conflicto reguladora de la sucesión, *ex* artículo 9.8 del Código Civil. De forma que la norma de conflicto en materia sucesoria prima sobre la norma de conflicto en materia de donaciones, cuando es *mortis causa* (81).

24. En definitiva, la norma de conflicto contemplada en el artículo 9.8 del Código Civil, reguladora de la «sucesión por causa de muerte», es la que determinará la ley aplicable al *trust* testamentario, al *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias y al *trust* sucesorio o *trust for sale* en los casos en lo que el causante muere sin testamento.

b) *Cuestiones reguladas por la lex successionis*

25. Dentro de las cuestiones reguladas por la *lex successionis* se encuentran todos los aspectos relacionados con la apertura, aceptación, administración y partición de la herencia, que son los aspectos a los que se refiere el *probate* angloamericano. Dentro de las cuestiones que quedan reguladas por la *lex successionis*, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, pueden citarse las siguientes: la apertura de la sucesión, la delación hereditaria, las presunciones de premoriencia o conmoriencia, la aceptación de la herencia, la administración de la herencia, la partición de la herencia y la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios. Entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de la ley reguladora de la sucesión internacional, conforme al artículo 9.8 del Código Civil, hay que mencionar los problemas de capacidad activa —para testar— o pasiva —para heredar—, efectos registrales de los derechos hereditarios, las ventajas parasucesorias y los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

(79) RJ 1994/6507.

(80) JUR 2006/89385.

(81) En este sentido, *vid.*, M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 120-121.

26. *Apertura de la sucesión.* La apertura de la sucesión se rige, en principio, por la *lex successionis*. Ahora bien, aunque sobre las causas por las que se abre la sucesión no suele haber muchas discrepancias entre los distintos ordenamientos jurídicos, la *muerte* o *declaración de fallecimiento* son los únicos hechos que, en España, pueden provocar la apertura de la sucesión de un causante extranjero, al considerarse que la aplicación de los artículos 9.8 y 657 del Código Civil —en relación con la *muerte*— y el artículo 196 —donde se equipara la *declaración de fallecimiento* con la muerte, a efectos sucesorios— es de orden público internacional. Por tanto, en España no se admitirá ninguna otra causa por la que se pueda abrir la sucesión de un extranjero (82).

27. *Delación hereditaria.* La *delación* de la herencia se rige por la ley sucesoria, que deberá determinar la cuantía de los derechos hereditarios —legítimas, reservas—, las personas llamadas a suceder, el orden de la sucesión, la extensión del llamamiento, la validez intrínseca de las disposiciones, etc...

No se puede oponer la excepción del orden público internacional español ni a los llamamientos a suceder de los hijos ilegítimos ni al exceso del número de llamamientos permitidos por el Derecho del foro, como ocurrió en el pasado. Por tanto, el *trust* testamentario no se ve limitado por las normas imperativas sobre legítimas y reservas contempladas en el Código Civil español salvo que la *lex successionis* sea la Ley española.

28. *Conmoriencia y premoriencia.* En Derecho Internacional Privado, en relación con la delación hereditaria, la muerte plantea fundamentalmente los problemas de *premoriencia* o *conmoriencia*, que se producen cuando varias personas llamadas a suceder entre sí mueren en una misma circunstancia o situación sin que pueda determinarse quién ha muerto antes o si han muerto simultáneamente (83). Esta situación se regula de diferente manera en los distintos ordenamientos, pero siempre a nivel interno. Desde un punto de vista de Derecho Internacional Privado, con relación a la ley aplicable a los problemas de *premoriencia* o *conmoriencia*, aunque se trata de cuestiones muy relacionadas con la apertura de la sucesión, no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna norma de Derecho Internacional Privado ni decisión jurisprudencial que hayan resuelto este problema, pues el artículo 33 del Código Civil —que parte de la pura presunción de *conmoriencia*— es una

(82) Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal...*, cit., pág. 145.

(83) Vid. J. L. IRIARTE ÁNGEL, «La persona física», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2.^a ed., págs. 28-30; R. DE NOVA, «La *conmoriencia* in diritto internazionale privato», en *Festschrift H. Lewald*, Basilea, 1953, págs. 339-347. Sobre el problema de la *premoriencia* o *conmoriencia*, vid. el caso *In re Cohn*, resuelto por la *High Court, Chancery Division*, de Inglaterra en 1945, cuyo texto puede verse en J. H. C. MORRIS/P. M. NORTH, *Cases and Materials on Private International Law*, London, 1984, págs. 668-669.

norma de tráfico interno que no puede considerarse de orden público (84). Por ello, son tres las posibilidades que se barajan, como posibles leyes aplicables, para solucionar estos problemas: la ley sucesoria, la ley personal de los causantes o la *lex fori*. La mejor solución es aplicar la *lex successionis* a este problema sobre la base de que las presunciones de premoriencia o conmoriencia son auténticas reglas de delación sucesoria a las que debe aplicárseles la ley rectora de la sucesión.

Hay que tener en cuenta que este tipo de problemas sólo se va a producir en el *trust* sucesorio o en el testamentario cuando los beneficiarios no estén determinados.

29. *Aceptación de la herencia*. La ley sucesoria también determina si la adquisición de los derechos sucesorios se produce automáticamente por la apertura de la sucesión y la delación hereditaria, o si es preciso un acto especial de *aceptación*, así como la posibilidad de que la aceptación se produzca a beneficio de inventario.

Ahora bien, la aceptación o la repudiación son negocios jurídicos unilaterales por los que se manifiesta la libre voluntad de ser o no heredero (art. 988 del Código Civil). Por consiguiente, junto a la ley sucesoria podrán aplicarse otras leyes, que serán, en su caso, la ley personal del heredero o legatario, para los requisitos de capacidad o las formas habilitantes necesarias para la aceptación de la herencia, la ley del lugar de aceptación, para las formalidades de la aceptación, con carácter alternativo a la ley personal del aceptante o a la ley sucesoria, y la ley del lugar de situación de los bienes, que podrá influir en los plazos y en las cuestiones sucesorias que se susciten hasta que la herencia sea adquirida (85).

30. *Administración de la herencia*. En relación con la *administración* de la herencia, en el sistema de Derecho Internacional Privado español y, en general, en los países latinos, una vez aceptada la herencia se produce una transmisión directa del patrimonio del causante a los herederos, quienes de pleno derecho pueden proceder a la administración de los bienes hereditarios, salvo que el causante haya nombrado *ex professo* un albacea o contador-partidor o el juez, a petición de un interesado, nombre a un administrador. En estos países el control judicial de la administración de la herencia o no existe o es mínimo. Por ello, todos los problemas relativos a la administración de la herencia se regulan, en nuestro ordenamiento jurídico, por la *lex successionis*, ex artículo 9.8 del Código Civil (86). En los países anglosajones existe, sin embargo,

(84) Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La conmoriencia en Derecho Internacional Privado», en *BIMJ*, núm. 1713, 1994, págs. 3935-3956.

(85) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado español», en *RDG*, núms. 502-503, 1986, pág. 3124.

(86) Vid. M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», en *RCADI*, vol. 142, 1974, págs. 159-163.

un administrador o ejecutor judicial que se interpone entre el causante y los herederos, con amplias atribuciones, sometidas a un riguroso control judicial para conservar y liquidar el patrimonio del causante a fin de proceder a la ejecución hereditaria y a la atribución definitiva de los bienes hereditarios. En este sentido, los países anglosajones separan y distinguen los problemas estrictamente sucesorios de los de la administración de la herencia, sometiendo esta última a la *lex fori* —la ley del país donde tiene lugar la administración y que es la ley del Estado de donde deriva la «autoridad» del administrador— o a la ley del lugar de situación de los bienes, que si son inmuebles coincidirá con la *lex successionis*. Así como los países poco organizados acogen, sin dificultad, los sistemas organizados de la administración de la herencia, lo contrario es más complicado de admitir —*ad ex*, un juez inglés no comprenderá la pretensión de un heredero español desprovisto de autorización judicial de que se le entreguen los bienes situados en Inglaterra—.

En nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, la administración de la herencia, aunque sea a través de un *trust*, debe encuadrarse dentro del ámbito de aplicación de la *lex successionis*, ex artículo 9.8 del Código Civil.

Sin embargo, junto a la ley sucesoria no pueden pasarse por alto la aplicación de otras leyes como, *ad ex*, la ley del lugar de situación de los bienes —para adoptar medidas provisionales de administración del patrimonio hereditario, tanto si se trata de sucesiones de extranjeros en España, como de españoles en el extranjero—, o la ley del Estado receptor del cónsul, en relación a la administración interina de la herencia de los españoles fallecidos en el extranjero por nuestros cónsules, con el fin de asegurar que el patrimonio hereditario pase a sus herederos.

31. *Partición de la herencia.* Es la ley sucesoria la que, en principio, rige la *partición* de la herencia por la que, normalmente, se extingue la comunidad hereditaria, otorgando a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1.068 del Código Civil). Las personas legitimadas a pedir la partición de la herencia también están sujetas a la *lex successionis* (87). De este modo, la ley sucesoria va a regular cuantos problemas se susciten en esta fase —*ad ex*, la formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones inoficiosas, las clases de partición, el orden de los legados, la atribución definitiva de los bienes, la acción personal en garantía de evicción o las acciones de rescisión por lesión o invalidez (88)—, incluso las tareas particionales, pues así se ha dejado claro por nuestra jurisprudencia (89). La cuestión de la prohibición de la indivisión

(87) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, pág. 3126.

(88) Vid. V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho Sucesorio Comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1968, pág. 241.

(89) Vid., sobre la aplicación de la ley sucesoria a las tareas particionales, la STS, Sala 1.ª, de 10 de febrero de 1926; STS, Sala 1.ª, de 11 de febrero de 1952, RJ 1952/284;

de la herencia regulada en el artículo 1.051 del Código Civil no puede ser considerada como una cuestión de orden público, puesto que en el mismo Código Civil se prevé, como excepción, que la partición no pueda ser pedida en el caso de que el testador la haya prohibido o de que la indivisión haya sido acordada unánimemente por los coherederos, siempre que no exceda de diez años (prorrogables por nuevo acuerdo) dicha situación (arts. 1.051 y 400) (90).

De este modo, la ley sucesoria va a regular cuantos problemas se susciten en esta fase como la formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones inoficiosas, las clases de partición, el orden de los legados, la atribución definitiva de bienes, la acción personal en garantía de evicción, así como las acciones de rescisión por lesión e invalidez y, en general, cuantos problemas se susciten en esta fase, incluyendo las tareas particionales, punto este que, si bien fue polémico en el pasado, ha sido resuelto en sentido favorable a la ley sucesoria [así, para la sucesión testamentaria, por la RDGRN de 30 de junio de 1956 (91) y la STS de 27 de abril de 1978 (92) y, en contra, la STS de 11 de febrero de 1952 (93) —*Poch Segnier vs. Poch Casola y otros*— y, para la sucesión legítima, por la STS de 10 de febrero de 1926 —*Schott y Larios y otros vs. Larios Sánchez de Piña*—] (94).

32. *Transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios.* El problema de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios no ha sido abordado por nuestra jurisprudencia reciente, por lo que en principio son dos las posibles leyes aplicables a este tema: la *ley personal* rectora de la sucesión, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, o la *ley real* vigente en el lugar donde se encuentren los bienes integrantes de la masa hereditaria, *ex* artículo 10.1 del Código Civil. Desde la perspectiva de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, la ley sucesoria excluye cualquier posibilidad de aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, puesto que nuestro ordenamiento jurídico parte de la aplicación de una ley única a la sucesión internacional, considerando la sucesión *mortis causa* como una transmisión a título *universal* de un patrimonio sometido a reglas propias y únicas (95).

Resolución de la DGRN, de 30 de junio de 1956, Anuario de la DGRN, 1956, págs. 40-48; STS, Sala 1.ª, de 27 de abril de 1978, RJ 1978/1458.

(90) *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, pág. 3126.

(91) *RJ* 1956/2582.

(92) *RJ* 1978/1458.

(93) *RJ* 1952/284.

(94) RGLJ/JC, tomo 169, Madrid, págs. 466-509.

(95) *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., pág. 146. *Vid.*, a favor de la aplicación de la ley sucesoria a la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios, A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, págs. 3127-3128; A. EGGER, *Le transfert de la propriété dans les successions internationales. Étude comparative de droit interne et de droit*

B) APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL: LEY NACIONAL DEL CAUSANTE

33. Una vez que se soluciona la determinación de la norma de conflicto aplicable a un *trust* testamentario o *inter vivos* que contienen disposiciones *mortis causa*, o al *trust for sale* cuando el causante muere sin testamento pueden producirse dos situaciones distintas en lo que a la validez de estos *trusts* se refieren: a) que la norma de conflicto española remita a un ordenamiento jurídico extranjero que admita el *trust*; b) que la norma de conflicto española remita a un ordenamiento jurídico extranjero que no admita la validez del *trust* o, lo que es lo mismo en la práctica, que la norma de conflicto española remita al ordenamiento jurídico español, bien mecánicamente por el punto de conexión, bien por el reenvío de primer grado o bien porque la aplicación del Derecho extranjero va en contra del orden público internacional español.

a) *Ley material que sí regula el trust*

34. Si la norma de conflicto española remite a un ordenamiento jurídico extranjero que contempla y regula la figura del *trust* derivado de una sucesión internacional, normalmente el Derecho inglés o el Derecho norteamericano, aunque se trate de una figura desconocida en el ordenamiento español (*lex fori*) no existe ningún problema para otorgarle validez a dicho *trust*. La *lex successionis*, la Ley nacional del causante al tiempo de fallecimiento, conforme a la cual se ha constituido el *trust*, no puede verse limitada por las disposiciones imperativas establecidas en el del Código Civil español en cuanto a la regulación material del Derecho de Sucesiones se refiere. No son normas que deban aplicarse con independencia de la Ley aplicable a la sucesión internacional, pues no pueden considerarse como normas que formen parte del orden público internacional español.

35. En este sentido, no puede imponerse nunca como límite al *trust* las legítimas previstas por la *lex fori*, pues las legítimas no son consideradas como de orden público internacional español como ha dejado claro el TS en

international, Génova, 1982. En contra de esta opinión y a favor de la aplicación de la *lex rei sitae* a los aspectos reales de la transmisión sucesoria, *vid.* M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit internationale privé», en *RCADI*, vol. 142, 1974-II, págs. 85-202. *Vid.*, sin embargo, a favor de la aplicación de la *lex rei sitae*, ex artículo 10.1 del Código Civil, a los problemas relativos a la transmisión de la propiedad, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», en M. PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia comentada. Código Civil*, Granada, Comares, 2000, pág. 201, en consonancia con dos sentencias del TS: *STS de 6 de julio de 1873* y *STS de 14 de diciembre de 1901* que, aunque antiguas, confirman la aplicación de la ley del país de situación de los bienes.

la STS de 15 de noviembre de 1996 (96): «*La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno*» (donde el TS dice «orden público interno» hay que entender «orden público internacional»). Se trata de ordenamientos jurídicos, los angloamericanos, cuyo Derecho sucesorio se basa en el principio de libertad de testar, con lo cual la figura del *trust* no encuentra limitados sus efectos en unas legítimas inexistentes en esos ordenamientos jurídicos.

Si un nacional inglés otorga un *trust mortis causa* conforme al Derecho anglosajón dicho *trust* es perfectamente válido conforme a la *lex successionis* (art. 9.8 del Código Civil): ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. Es indiferente para otorgarle validez al *trust testamentario* que respete o no las legítimas del Código Civil español o que distribuya su herencia a través de una figura que no tiene parangón alguno en nuestro ordenamiento. Por tanto, si este señor tuviera dos hijos con mujer española y los dejara desheredados a través del *trust* testamentario, seguiría siendo igual de válido.

36. Una previsión sucesoria que podría considerarse como parte del orden público internacional español es la del artículo 781 del Código Civil donde se admiten las sustituciones fideicomisarias pero sólo hasta segundo grado (97). Sin embargo, esta afirmación es bastante discutible si se tiene en cuenta que la Ley de la Compilación Navarra admite hasta cuatro llamamientos fideicomisarios y, sin embargo, no se considera que vaya en contra del orden público internacional español (98). Las sustituciones fideicomisarias se regulan en el artículo 781 del Código Civil y permite ejercer cierto control sobre la conservación de un patrimonio a través del correcto nombramiento del sustituto o heredero fiduciario, también llamado «fideicomiso testamentario» porque el heredero tiene la carga de transferir el patrimonio recibido a un tercero en un momento ulterior. Sólo son admitidas las sustituciones fideicomisarias hasta el segundo grado o si se hacen a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador. Las legítimas (arts. 806 a 822 del Código Civil) nunca pueden verse afectadas por las sustituciones fideicomisarias (art. 782 del Código Civil). La pregunta es si la prohibición de sustituciones fideicomisarias, tal y como se regula en nuestro Código Civil, puede considerarse como una cuestión de orden público internacional español, y por tanto, aplicables aunque sea una Ley extranjera la reguladora del *trust*. A mi entender, la regulación de las sustituciones fideicomisarias, ex artículo 781 del Código Civil, no puede considerarse como parte del orden público internacional español si se tiene en cuenta que en algunos Derechos forales, como la Ley 224 de la Compilación Navarra, admite hasta cuatro

(96) RJ 1996/8212.

(97) M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 135.

(98) A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, pág. 376.

llamamientos fideicomisarios y las legítimas son casi inexistentes. Cuando la regulación material es tan distinta en los distintos Derechos Civiles que coexisten en España —en el del Código Civil y en los distintos Derechos Forales—, como ocurre en el ámbito del Derecho Sucesorio, es muy difícil considerar una disposición sucesoria de un ordenamiento jurídico extranjero como contraria al orden público internacional español, dada la escasa uniformidad dentro del propio ordenamiento jurídico español.

37. Igualmente habría que preguntarse si las incapacidades absolutas (arts. 744 y 745), las causas de desheredación (arts. 852 a 855) y las causas de indignidad (arts. 756 y 757) por las que no se puede heredar por testamento son de orden público internacional y, por tanto, aplicables para determinar la validez del *trust*, aunque se trate de causas desconocidas por la Ley aplicable al *trust*.

Las *incapacidades absolutas* regulan supuestos en los que, conforme al ordenamiento jurídico, no resulta posible heredar por testamento ni abintestato de persona alguna. Según el artículo 745 del Código Civil son incapaces para suceder las criaturas abortivas (art. 30 del Código Civil) y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.

Las *causas de desheredación* son los motivos legalmente previstos por el ordenamiento jurídico para permitirle al causante privar, a través de una disposición testamentaria, a un heredero forzoso o legitimario de su derecho de legítima. Son causas de desheredación además de las causas de incapacidad para suceder por indignidad (art. 756.1, 2, 3, 5 y 6 en relación con los arts. 852 a 855 del Código Civil): *a*) respecto del hijo: haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre que le deshereda o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra; *b*) respecto de los ascendientes: haber perdido la patria potestad o haber negado los alimentos a sus hijos; *c*) respecto al cónyuge: haber incumplido gravemente los deberes conyugales o haber atentado contra la vida del cónyuge testador.

Las *causas de indignidad* se pueden definir como sanciones legales por la realización de conductas reprobables tipificadas por la Ley, cuya eficacia se deja a la voluntad del testador, puesto que puede remitir la indignidad (art. 757 del Código Civil) o de los interesados en la herencia, que tienen acción para excluir de ella al indigno, durante un plazo fijado legalmente. Así, *ad ex*, son causas de indignidad (arts. 756 y 757 del Código Civil): el que los padres abandonen, prostituyan o corrompan a sus hijos; el que el heredero fuera condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador; o el que una persona con amenaza, fraude o violencia obligue al testador a hacer testamento o a cambiarlo. A diferencia de las incapacidades absolutas las causas de indignidad pueden ser remitidas por el causante y, a diferencia de las causas de desheredación, operan «automáticamente por el hecho de que la persona se encuentre en alguna de las situaciones fijadas por la ley».

Tanto las incapacidades absolutas, como las causas de desheredación o las de indignidad, al estar muy conectadas con la sucesión, deben quedar reguladas por la ley sucesoria *ex* artículo 9.8 del Código Civil (99); pero, sólo las *incapacidades absolutas* recogidas en los artículos 744 y 745 del Código Civil pueden considerarse como de orden público, pues no dependen de la voluntad del causante, a diferencia de las *causas de desheredación* —arts. 848 a 857 del Código Civil— y *de indignidad* —arts. 756 y 757 del Código Civil— que pueden dejar de surtir efecto por voluntad del *de cuius* (100). En este sentido, la AP de Alicante, en una sentencia dictada el 13 de marzo de 2002, ha dejado muy claro que las «causas de desheredación» deben regirse por la Ley sucesoria, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, sin que quepa el «*injusto sometimiento de nacionales extranjeros a causas de desheredación previstas en el Derecho español*». Según la AP de Alicante, ello iría en contra de la voluntad del causante y, consecuentemente, generaría «*situaciones no procuradas por el causante o directamente decididas evitar*».

b) *Ley material que no regula el trust*

38. Si la norma de conflicto española remite a un ordenamiento jurídico que no admita el *trust*, como el ordenamiento jurídico español, hay que buscar en el marco del Derecho que resulte aplicable, una institución que desarrolle una «función equivalente» a la desplegada por el *trust* sucesorio.

39. Dado que se ha partido de que la institución equivalente es la sucesión testada o intestada, habrá que aplicar el régimen jurídico regulador de la sucesión al *trust* sucesorio. Es lo que se denomina como la *tesis de la «transposición»*. Normalmente los ordenamientos que no contemplan la figura del *trust* en el Derecho Sucesorio son ordenamientos jurídicos en los que no existen unos herederos forzosos, sino que, por el contrario, se basan en el principio de libertad de testar. El *trust*, sin embargo, no debe considerarse nulo, sino que debe limitarse a la cuota disponible por el causante, pero no puede afectar a las legítimas impuestas por la *lex causae*.

La validez del *trust*, sin embargo, se ve muy limitada si, aplicando el artículo 9.8 del Código Civil, la *lex successionis* es la Ley española.

Si la *lex successionis* es la Ley española, hay que aplicar las normas imperativas en materia de sucesiones que imponen limitaciones a las donaciones. De esta forma, el artículo 636 del Código Civil establece que la donación será «inoficiosa» si por donación se da más a los beneficiarios de

(99) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, pág. 3123.

(100) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil...», pág. 377; A. FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», en *ADC*, enero-marzo de 2000, págs. 75-76.

lo que se puede recibir por testamento. Por tanto, si la donación es inoficiosa, según establece el artículo 819 del Código Civil, se debe reducir según las reglas establecidas en los artículos 820 a 822 del Código Civil (101). De este modo se aplican a las donaciones las limitaciones derivadas de Ley sucesoria española (102). Así, lo había ya dejado claro el TS en una *STS de 4 de octubre de 1982* (103), en relación a una sucesión contractual y a una donación *mortis causa*, donde se proclamó que ambos supuestos de hecho quedaban comprendidos en el ámbito de la *lex successionis*; o la *Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1997* (104), donde se dejó muy claro que a las donaciones *mortis causa*, como «exteriorización jurídica» de las determinaciones patrimoniales *mortis causa* del donante, debe aplicárseles íntegramente el régimen de la sucesión testamentaria.

Igualmente los derechos del cónyuge supérstite actuarán como límite al *trust* testamentario o *inter vivos* con disposiciones *mortis causa* en aquellos casos en los que el cónyuge tenga derechos sucesorios forzosos. Esto ocurre en los sistemas en los que el principio general en el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, como sucede en el Derecho anglosajón. Ahora bien, en los sistemas como el ordenamiento español donde el principio general es el sistema de gananciales, la liquidación de este régimen también actuará como límite a la validez del *trust* testamentario o *inter vivos* con disposiciones *mortis causa* (105).

En este sentido, el artículo 9.8 del Código Civil *in fine* señala que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite, se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes». De este modo se soluciona el problema de la adaptación o ajuste entre la disolución del régimen económico-matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge viudo cuando estas dos situaciones jurídicas, directamente relacionadas, quedan sometidas a ordenamientos jurídicos distintos e inspirados en principios contrapuestos. La ley reguladora de los efectos del matrimonio designada por la norma de conflicto recogida en el artículo 9 apartado 2 —aplicable a las *relaciones* personales entre los cónyuges y al *régimen económico-matrimonial*, siempre que no existan «pactos o capitulaciones»— y apartado 3 —aplicable a los «pactos o capitulaciones matrimoniales»—, también reformada por la Ley 11/1990, de 5 de octubre, regulará la sucesión *abintestato* del cónyuge viudo, desapareciendo, por tanto, el posible desajuste entre la ley aplicable a la disolución

(101) Vid. SAP de Alicante, de 13 de marzo de 2002, AC 2002/1021.

(102) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil...», pág. 376.

(103) Vid. *STS de 4 de octubre de 1982*, RJ 1982/5537; *REDI*, vol. XXXV, 1983, págs. 529-535 con nota de A. L. CALVO CARAVACA.

(104) RJ 1997/2033.

(105) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 34.

del régimen económico-matrimonial y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Ahora bien, la aplicación de la ley sucesoria, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, subsiste para regular, por un lado, las legítimas de los descendientes que quedarán reguladas por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento —lo que constituye un límite para los derechos sucesorios del cónyuge supérstite— y, por otro lado, la sucesión testamentaria o contractual del cónyuge viudo, que quedarán reguladas por la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento (106). Esta solución aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad recogidos en el artículo 9.8 del Código Civil al regular la ley aplicable al fondo de la sucesión internacional. Se trata, una vez más —junto con las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios— de una simple excepción a la regla general de la *lex successionis*, con la única intención de evitar los problemas de adaptación o ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo y la ley aplicable a la disolución del régimen económico matrimonial. En definitiva, los derechos del cónyuge supérstite van a limitar la validez del *trust* si esta Ley es la española.

La validez del *trust* también debe apreciarse teniendo en cuenta las normas imperativas en materia sucesoria española relativas a la determinación de las legítimas (arts. 806 y sigs. del Código Civil). Legítimas que son inexistentes en el Derecho anglosajón, por lo que puede ocurrir que el *trust* testamentario sea perfectamente válido en el país donde se ha instituido y, sin embargo, por la aplicación de la Ley española, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, el *trust* sea nulo o parcialmente nulo por no respetar las cuotas de las legítimas españolas (107). Si esto ocurre, los herederos forzosos podrán accionar en contra de la validez del *trust* en su totalidad o parcialmente para que el *trust* se limite a la cuota disponible por el causante.

40. Se pueden dar tres situaciones distintas si la *lex successionis* aplicable al *trust* es la Ley española:

- a) Si el *trust* sólo afecta a la parte disponible por el causante y la disposición de los bienes en el *trust* no afecta a la parte de legítima de los herederos forzosos, el *trust* es perfectamente válido, aunque como tal la institución no se contemple por el Derecho español (*lex causae*), pues la existencia del *trust* no perjudica a los legitimarios.

(106) Vid. E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pág. 133. Antes de que nuestro legislador solucionara este problema de adaptación entre la ley aplicable a los efectos del matrimonio y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, *vid.*, N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en el Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 19-35.

(107) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, *cit.*, págs. 32 y 136-139.

- b) Si el *trust* afecta a la parte de la legítima de los herederos forzosos contemplados por la *lex causae*, el *trust* tampoco pierde su validez, sino que habrá que reducir el patrimonio del *trust* en lo referente a la parte de los herederos forzosos.
- c) Si el *trust* contempla como beneficiarios a los herederos forzosos y la disposición de los bienes en el *trust* no afectan a su parte de legítima, también habrá que reducir el patrimonio del *trust* en lo referente a la parte de los herederos forzosos, pues en el ordenamiento jurídico español el artículo 813 del Código Civil establece que el testador no podrá imponer sobre la legítima «gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie», y las limitaciones temporales que suele comportar el *trust* sobre la inmediata disponibilidad de los bienes constituiría un gravamen incompatible con el ordenamiento jurídico español (108). Si el *trust* testamentario no impone ningún gravamen en la parte correspondiente a las legítimas es perfectamente válido que contemple a los legitimarios como beneficiarios, siempre que su legítima no se vea reducida en el *trust* a favor de otros herederos no forzosos (109).

En cualquier caso, si el *trust* afecta a las legítimas será válido pero se limitan sus efectos: se reduciría el patrimonio objeto de *trust* que mengüe la legítima de los herederos forzosos, para pasar a ser integrados en la masa hereditaria y repartidos entre los legitimarios. De esta forma, adaptando el patrimonio del *trust* al patrimonio hereditario de los legitimarios se salva la validez de la figura del *trust* cuando la norma de conflicto remite a una *lex causae* que no contempla la figura del *trust*.

Un nacional español casado con mujer inglesa y con dos hijos en común constituye un *trust* testamentario conforme al Derecho angloamericano, en virtud del cual deja a un íntimo amigo suyo todos los bienes situados en España y en Inglaterra, donde residía. Muerto el nacional español, los hijos del causante presentan demanda ante los jueces españoles para impugnar la validez del *trust*, puesto que según el artículo 9.8 del Código Civil, que regula la Ley aplicable a las sucesiones internacionales en España, la sucesión del nacional español se rige por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Dado que el causante es español, es el Derecho sucesorio del Código Civil español el aplicable a la repartición de la herencia. Y, en concreto, nuestro Código Civil señala unas disposiciones imperativas muy claras en lo que a los herederos legitimarios se refiere (arts. 806 a 822 del Código Civil) y en lo que a la imposibilidad del testador se refiere

(108) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 134 y 138.

(109) Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust...*, cit., pág. 151.

de privar a los herederos de su legítima, salvo en los casos expresamente determinados por la ley (art. 813 del Código Civil en relación a los arts. 848 a 857 del Código Civil en lo que a las causas de desheredación). Por tanto, el *trust* sería nulo en relación a la parte correspondiente a las legítimas de los hijos (arts. 808, párrafos primero y segundo del Código Civil en relación al art. 817 del Código Civil, donde se establece la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos), aunque válido en relación a la parte de libre disposición del causante (en concreto, la tercera parte del haber hereditario del causante: art. 808, párrafo tercero del Código Civil).

41. Igualmente si la *Lex successionis* es la Ley española son aplicables al *trust* todas las limitaciones ya estudiadas en lo que se refiere a las incapacidades absolutas (arts. 744 y 145 del Código Civil), las causas de desheredación (arts. 852 a 855 del Código Civil) y las causas de indignidad (arts. 756 y 757).

C) TRUST EN DERECHO SUCESORIO Y REENVÍO

42. Podría existir la posibilidad de que un juez o tribunal español conozca de la validez de un *trust* testamentario constituido por un nacional de un país angloamericano sobre bienes inmuebles, bien todos ellos situados en España o, bien situados una parte en España y otros en cualquier país angloamericano, que admita la validez del *trust*, como *ad ex*, Inglaterra. O incluso, la validez de un *trust* de un nacional inglés con domicilio en España y con bienes objeto del *trust* testamentario situados en varios países: *ad ex* en España y en Inglaterra.

En estos casos, con la aplicación del artículo 9.8 del Código Civil, habría que preguntarse por la posibilidad del reenvío de primer grado a favor del Derecho español, *ex* artículo 12.2 del Código Civil, teniendo en cuenta que el ordenamiento español no regula el *trust* como tal institución (110).

(110) *Vid.* sobre el reenvío en materia sucesoria en Derecho español, entre otros, 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? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 de julio, de la AP de Badajoz (S. 1.ª)», en *RGD*, 1995, págs. 11341-11347; A. BORRÁS RODRÍGUEZ/J. GONZÁLEZ CAMPOS, «Sucesión hereditaria (DIPrivado)», en *EJB*, IV, 1995, págs. 6405-6409; A.-L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 350-391; ÍD., «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *DIPr. parte especial*, 1995, págs. 393-422; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Nota a SAP de Badajoz de 11 de julio de 1995», en *REDI*, 1996, págs. 316-321; E. CASTELLANOS RUÍZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ÍD., «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Legislación de Derecho Internacional Privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, págs. 57-69; ÍD., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía

43. La admisión del reenvío de primer grado admitido por el artículo 12.2 del Código Civil en materia de sucesión por causa de muerte, no debe aceptarse sin más en todos los casos posibles. Dicho de otro modo, el reenvío de primer grado en general y, en concreto, en materia sucesoria, no es obligatorio sino que para aceptar o negar el reenvío, los tribunales españoles deben tener en cuenta dos variables (111):

- a) De un lado, el reenvío encuentra sus límites en los *principios de unidad y universalidad* de la sucesión del Derecho Internacional Privado español; es decir, el reenvío no debe aceptarse si con ello se vulneran los *principios inspiradores* —la *ratio*— de la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 del Código Civil. Fruto de la concepción *personalista y familiar* de la sucesión son los principios de *unidad y universalidad* que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestro sistema de Derecho Internacional Privado en materia sucesoria. Si la admisión del reenvío lleva a un *fraccionamiento de la sucesión*, el reenvío debe rechazarse. De este modo se acaba con una ardua discusión sobre si el reenvío era «facultativo» u «obligatorio» para el juez español, *ex* artículo 12.2 del Código Civil, entre otras razones porque el TS no había aplicado nunca este precepto. El TS, por fin lo ha dejado claro en tres sentencias de extraordinaria importancia: STS de 15 de noviembre de 1996 (112), que resolvió definitivamente en casación el caso *Lowenthal*; STS de 21 de mayo de 1999 (113), que resolvió el caso *Denney*, y STS de 23 de septiembre de 2002 (114), que conoció del caso *François Marie James W* (115).

internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», en *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre de 2003, págs. 211-259; ÍD., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho Sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», en *RGD*, 1989, págs. 3561-3582.

(111) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», págs. 195-296; ÍD., «Artículo 12.2 del Código Civil», en *Jurisprudencia comentada. Código Civil*, Granada, Comares, págs. 348-349.

(112) *RJ* 1996/8212.

(113) *RJ* 1999/4580.

(114) *RJ* 2002/8029.

(115) Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal...*, cit., págs. 81-88; ÍD., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269.

- b) De otro lado, sólo puede admitirse el reenvío si con ello se produce una *armonía internacional de soluciones* (116). Hay que tener en cuenta que nuestro TS tiene una peculiar concepción de entender la *armonía internacional de soluciones*, de tal modo que el reenvío sólo es admisible si, aplicando la Ley española, se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado la Ley extranjera; es decir, si la Ley española se basa en los mismos «principios materiales» que los que inspiran la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española *ex* artículo 9.8 del Código Civil, siempre que la sucesión internacional presente un «contacto suficiente» con nuestro país. Lo contrario sería una excusa para ignorar el mandato de aplicación de la ley extranjera que lleva a cabo la norma de conflicto española, así como un menosprecio o «falta de respeto» al Derecho extranjero. Dicho de otro modo, el TS plantea la posibilidad del reenvío en el marco de la «armonía internacional de soluciones» como si se produjera un «falso conflicto de leyes» (*False Conflict*). Es decir, que para el TS el reenvío sólo es admisible si, aplicando la Ley española se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado la Ley extranjera. De esta forma no es admisible la aplicación del Derecho español a través del reenvío de primer grado, cuando el Derecho extranjero desconozca el sistema de legítimas español —como el Derecho inglés cuyo Derecho sucesorio se basa en el principio de «libertad de testar»— o contemple un sistema de legítimas distinto —como el Derecho francés que establece unas legítimas más pequeñas—. En definitiva, con la nueva interpretación del TS sobre la «armonía internacional de soluciones», el reenvío queda marginado en unos estrechos límites difíciles de salvar, aunque no imposibles. Así lo ha dejado claro el TS en dos sentencias: STS de 18 de noviembre de 1996 (117) y STS de 21 de mayo de 1999 (118). Paradójicamente en la última sentencia dictada por el TS, en relación con la admisión del reenvío en materia sucesoria, de 23 de septiembre de 2002 (119), éste se olvida de que el reenvío sólo puede entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados. No bastaba, por

(116) Vid. F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, París, Ed. Economica, 1981, págs. 81-86; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Traité de droit international*, vol. I, 8.ª ed., París, LGDJ, 1976, págs. 497-498; Y. LEQUETTE, «Renvoi», *Encyclopédie Dalloz*, Tome III, avril 1999, núm. 23; D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, París, 1987, pág. 246; Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL, *Droit international privé*, 4.ª ed., París, Dalloz, 1993, págs. 214-215.

(117) *RJ* 1996/8212.

(118) *RJ* 1999/4580.

(119) *RJ* 2002/8029.

tanto, con preguntarse si la admisión del reenvío provocaba un fraccionamiento de la sucesión, como hizo el TS, sino si además se lograba una armonización internacional de soluciones (120).

44. Hechas estas dos precisiones hay que preguntarse si cabe la admisión del reenvío de primer grado, *ex* artículo 12.2 del Código Civil, para determinar la validez de un *trust* testamentario otorgado por un inglés distinguiendo tres supuestos distintos: *a)* que todos los bienes inmuebles se encuentren en España y el último domicilio del constituyente del *trust* haya estado en Inglaterra, si el *trust* afecta tanto a la sucesión de los bienes muebles como inmuebles del fundador del *trust*; *b)* que los bienes del nacional inglés se encuentren dispersos en varios países, uno de ellos España, teniendo en cuenta si el último domicilio del fundador del *trust* se encuentra en España o en Inglaterra:

- a)* Si todos los bienes se encuentran en España, por la Ley nacional del causante (art. 9.8 del Código Civil), puede ocurrir que el Derecho extranjero designado contemple una norma de conflicto que fracciona la ley aplicable, en virtud de la cual la sucesión de los bienes muebles se regula por la ley del último domicilio del causante y la de los bienes inmuebles por la ley del lugar de situación de los mismos. Aunque no se produce un fraccionamiento legal de la sucesión por la situación de todos los bienes en España y el último domicilio del fundador en España, no cabe la admisión del reenvío porque va en contra de la armonización internacional de sistemas tal y como se define por el TS español. Dicho de otro modo, con la admisión del reenvío de retorno se violaría el principio de libertad de testar en el que se basan los sistemas del *Common Law* que admiten la figura del *trust* sucesorio y, por tanto, la posibilidad de desheredación sin límites, salvo eventuales cuotas del cónyuge supérstite. Si el *trust* sólo afectara a los bienes inmuebles, sería indiferente dónde se hubiera encontrado el último domicilio del fundador del *trust*. E igualmente, si el *trust* sólo afectara a los bienes muebles, sólo sería importante para determinar la admisión del reenvío el último domicilio del fundador en España.
- b)* Si los bienes afectados por el *trust* son bienes inmuebles dispersos en varios países, *ad ex* España e Inglaterra, en este caso además de la violación del principio de la armonización internacional de solucio-

(120) Sobre la STS de 23 de septiembre de 2002, *vid.* «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho Sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269.

nes se produce un fraccionamiento legal de la sucesión, totalmente prohibido en el ordenamiento jurídico español, que parte de los principios de unidad y universalidad de la sucesión. En este sentido, frente al sistema de Derecho Internacional Privado español que en materia sucesoria se basa en la aplicación de una sola ley a todos los aspectos sucesorios de un sujeto con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de situación de los mismos, los sistemas angloamericanos y del *Common Law* basados en los principios de *territorialidad* y *fraccionamiento* de la sucesión internacional, distinguen entre los bienes muebles e inmuebles a la hora de fijar la ley aplicable al fondo de la sucesión (*sistema escisionista*). La sucesión de los bienes inmuebles queda sometida a la ley del lugar de situación de los mismos y la sucesión de los bienes muebles, considerados como unidos a la persona del difunto, quedan sometidos a una ley única, normalmente la ley del último domicilio del causante —así sucede, *ad ex*, en Francia, Bélgica, Estados Unidos, América Latina— (121).

Ahora bien, si los bienes afectados por el *trust* son sólo bienes muebles, sólo se quebrarían los principios de unidad y universalidad si el fundador tuviera su domicilio en Inglaterra.

D) *TRUST* EN EL DERECHO SUCESORIO Y TEORÍAS DE LA SEGUNDA CALIFICACIÓN Y TRANSPOSICIÓN

45. Ahora bien, dicho esto, cabe otra posibilidad. Si el juez español aplica el artículo 9.8 del Código Civil para determinar la Ley aplicable a un *trust* testamentario otorgado por una nacional de los países del *Common Law*, independientemente de dónde estén situados los bienes, podría solucionarse el problema de la Ley aplicable al *trust*, en lugar de con la posible admisión del reenvío de retorno a favor del Derecho español, a través de la *teoría de la segunda calificación* o de la *teoría de la transposición* dependiendo de que la *lex causae* conozca y regule la institución del *trust* o que la *lex causae* desconozca igual que la Ley española la figura del *trust*.

46. a) *Teoría de la segunda calificación* o *teoría de la presunción*. En virtud de esta teoría, una vez calificado el supuesto de hecho controvertido por la Ley española y, por tanto, determinada la norma de conflicto aplicable, hay que volver a calificar la institución conforme al Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española. La calificación otorgada por el

(121) Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal...*, cit., *passim*; Íd., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», en *Internacional Law*, diciembre de 2003, págs. 211-259.

Derecho español a la institución del *trust* sólo es presunta, por lo que es la *lex causae* la que indicará la naturaleza jurídica al *trust* de cara a su regulación material. De tal modo, que si la *lex causae* es la de un ordenamiento jurídico donde se contempla y regula el *trust* testamentario, como el Derecho inglés o el Derecho de Estados Unidos, el juez español tendría que aplicar el Derecho material perteneciente a la regulación del *trust* en ese país, y no el Derecho material sucesorio. Esto es lo que va a ocurrir en la mayoría de los casos, pues normalmente el litigio que se va a plantear en España es sobre la validez de un *trust* testamentario otorgado por nacionales ingleses o norteamericanos en sus propios países de nacimiento donde esta figura se utiliza con carácter general para organizar la sucesión de un sujeto.

47. b) *Teoría de la transposición*. Diferente sería si un nacional español o alemán residente en Inglaterra o en Estados Unidos decide otorgar un *trust* testamentario cuya validez se plantea ante los jueces y tribunales españoles, pues en este caso la *teoría de la segunda calificación* no nos resolvería el problema. La cuestión volvería a ser problemática porque la norma de conflicto española remitiría a un ordenamiento jurídico que no regula el *trust*, como Alemania. En este caso, con la segunda calificación no se resolvería el problema de la determinación del Derecho aplicable al *trust* con lo que habría que traducir las disposiciones del *trust* a las concepciones de la *lex causae*. Es lo que se llama la *teoría de la transposición*. En virtud de esta teoría hay que encontrar en el Derecho material aplicable una institución que desarrolle una «función equivalente» al *trust*. El régimen jurídico sucesorio sería, por tanto, aplicable al *trust* otorgado por un alemán en Inglaterra, si es que en Alemania se le otorga también esta misma naturaleza a la figura del *trust* testamentario.

En definitiva, se puede aplicar bien directamente el Derecho material sucesorio alemán o la norma de conflicto alemana para ver la posibilidad de admisión del reenvío de primer grado, puesto que la norma de conflicto alemana en materia de sucesiones divide la sucesión, dependiendo que la sucesión sea inmobiliaria o mobiliaria, como hemos visto anteriormente. En ambos casos las consecuencias son negativas en lo que a los efectos del *trust* se refiere; bien porque el Derecho material sucesorio alemán contemple unas legítimas no respetadas por el constituyente del *trust*, bien porque la norma de conflicto alemana remita al ordenamiento jurídico español —por el reenvío de primer grado—, cuyo Derecho sucesorio también establece un sistema rígido de legítimas. No hay que olvidar que esta segunda posibilidad es más difícil tras las sentencias del TS en la materia [STS de 18 de noviembre de 1996 (122); STS de 21 de mayo de 1999 (123)], que exigen para la admisión

(122) RJ 1996/8212.

(123) RJ 1999/4580.

del reenvío de primer grado que no se produzca un fraccionamiento legal de la sucesión y que no se viole el principio de armonía internacional de soluciones [principio del que se olvida la última sentencia del TS en la materia: STS de 23 de septiembre de 2002 (124)]; lo que, en la práctica, no se va a producir nunca por las diferencias existentes tan abismales en la regulación material del Derecho de sucesiones en los distintos países; no sólo entre los europeos continentales y los países del *Common Law*, sino incluso entre los propios países europeos continentales.

La solución más radical, en estos supuestos, donde la *lex causae* tampoco conoce el *trust*, es partir del desconocimiento de esta figura y, por tanto, no reconocerles efectos a los *trusts*. Esta solución, desde mi punto de vista, muy criticable, es la que ha seguido la SAP de Madrid, de 23 de noviembre de 2000 (125), en relación a la constitución de varios *trusts*, que afectaban bienes inmuebles situados en España, y que se consideraron como inexistentes. Bien es verdad que no se utilizó esta teoría, sino la falta de prueba del Derecho extranjero (Derecho de los Estados Unidos, en concreto el Derecho de Arizona), Ley nacional del otorgante; pero, en definitiva, la consecuencia práctica fue la misma, como se ha podido comprobar con anterioridad.

E) VALIDEZ FORMAL DEL *TRUST* TESTAMENTARIO

48. Aunque habría que distinguir entre la validez formal del testamento y la validez formal de la institución del *trust*, dado que la jurisprudencia de los países donde la figura del *trust* es una institución desconocida, como en el ordenamiento jurídico español, unifica las dos instituciones desde el punto de vista de la Ley aplicable a la validez material del *trust* igualmente se hará respecto a la validez formal del *trust*. Sin embargo, no hay que olvidar que en el Derecho anglosajón no existen requisitos formales para la constitución del *trust* (126).

49. España es parte del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, en vigor para España desde el 10 de junio de 1988 (127). Este Convenio fue elaborado por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a iniciativa británica, precisamente con objeto de evitar la existencia de *testamentos claudicantes* por razones de forma, válidos en unos Estados y nulos en otros. Esta normativa convencional constituye la regulación fundamental en cuestiones de forma de las dis-

(124) *RJ* 2002/8029.

(125) *AC* 2002/136.

(126) *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1135.

(127) *BOE* núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

posiciones testamentarias, aplicable a todos los casos en que el testador haya fallecido después de su entrada en vigor (art. 8), y no el artículo 11 del Código Civil, ya que las normas de conflicto que establece poseen eficacia *erga omnes*: deben aplicarse con independencia de toda condición de reciprocidad y aunque la nacionalidad de los interesados o la ley declarada competente no sean las de un Estado contratante (art. 6) (128).

El carácter *erga omnes* del Convenio de La Haya de 1961 lo confirma la RDGRN de 6 de marzo de 1997 (129): «otra cuestión será la de determinar si, así considerada, la voluntad del disponente reúne las exigencias de forma previstas para la validez de los testamentos, lo que habrá de valorarse conforme a las prescripciones del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, que constituye hoy el Derecho Internacional Privado español en el punto considerado». La DGRN reconoce que el único cuadro normativo para determinar la Ley aplicable a la forma de los testamentos es el citado Convenio de La Haya.

50. Pensado para los conflictos de leyes sobre forma de las disposiciones testamentarias, el Convenio no define, con carácter general, qué se entiende por cuestiones de forma, pero resuelve algunos problemas de calificación típicos de esta materia, cuando indica explícitamente su aplicabilidad al testamento mancomunado (art. 4) o a las prescripciones que limiten las formas

(128) Sobre el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *vid.*, A. BORRÁS, «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», *E Pluribus Unum. Liber amicorum G.A.L.Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, págs. 7-23; C. S. BRUCH, «The Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the Estate of Deceased Persons: Do Quasi-Community Property and Mandatory Survivorship Laws Need Protection?», *Law and Contemporary Problems*, t. 56, 1993, págs. 309-328; D. HAYTON, «The Significance of the Hague Conventions on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective», *E Pluribus Unum. Liber amicorum G.A.L.Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, págs. 121-134; P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *RCDIP*, 1989, págs. 249-275; A. E. Von Overbeck, «La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», en *Annuaire suisse*, 1989, pág. 138 y sigs.; E. F. SCOLES, «The Hague Convention on Succession», en *AJCL*, 1994, págs. 85-123.

Sobre la autonomía de la voluntad y DIPr. sucesorio, *vid.*, P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001; H. HANISCH, «Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil», en *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, págs. 473-489; ÍD., «Der Grundsatz der Nachlassseinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz», en *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern, 1986, págs. 187-195; A. HEINI, «Der Grundsatz der Nachlassseinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz», en *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern, 1986, págs. 187-195; K. SIEHR, «Das internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuordnung des IPR», en *IPRax*, 1987, págs. 4-8; F. STURM, «Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht», en *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, Bonn, München, 1985, págs. 637-658.

(129) *RJ* 1997/2033.

admitidas de disposiciones testamentarias referidas a la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, así como a las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria (art. 5).

51. Este Convenio está inspirado en dos principios: a) El *principio del favor testamenti*; b) El *principio del tratamiento uniforme de la sucesión*.

52. a) *Principio del favor testamenti*. Se busca favorecer la validez formal del testamento mediante el recurso a un amplio catálogo de conexiones alternativas, que cubren el supuesto de conflicto móvil, en caso de que el testador cambie de nacionalidad, domicilio o residencia habitual después de haberlo otorgado. De tal manera que el testamento será válido si es otorgado conforme a cualquiera de las leyes *internas* —es decir, con exclusión del reenvío—, siguientes: Ley del *lugar de otorgamiento, nacionalidad, domicilio o residencia habitual* del testador *en el momento del otorgamiento o en el momento del fallecimiento* y, tratándose de bienes inmuebles, ley del *lugar de situación* de los mismos (art. 1). Cualquiera de esas leyes será aplicable también a las disposiciones por las que se revoque una disposición testamentaria anterior (art. 2).

Conforme al Derecho Internacional Privado vigente en España antes del Convenio de La Haya de 1961, las conexiones posibles se reducían al lugar de celebración (arts. 11.1, párrafo primero, y 732 del Código Civil), a la nacionalidad del testador (art. 11.1, párrafo primero, 732, apartado tercero, y 733 del Código Civil) y a la de la autoridad diplomática o consular que autoriza el testamento (arts. 11.3, 734 a 736 del Código Civil, Anexo II del RN de 1944 y art. 5, letra *f* del Convenio de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares). Comparándolas con la normativa convencional, se observa que coinciden en la adopción del criterio *locus regit actum* [STS de 6 de noviembre de 1867, STS de 24 de mayo de 1886, STS de 12 de julio de 1889, STS de 27 de mayo de 1913, STS de 13 de febrero de 1920, STS de 27 de abril de 1978 (130), SAT de Zaragoza, Sala Civil, de 10 de abril de 1987, y, en el ámbito del Derecho interregional, STS de 8 de junio de 1904, STS de 13 de febrero de 1920, STS de 21 de diciembre de 1921, STS de 23 de febrero de 1922, STS de 22 de junio de 1948, STS de 14 de febrero de 1969], y de la ley personal del testador —la nacional (STS de 6 de junio de 1873) y, excepcionalmente, la de la residencia habitual (STS de 29 de marzo de 1962), no la del domicilio—. El criterio *auctor regit actum*, aun no contemplado directamente en el Convenio de La Haya de 1961, subsiste, puesto que, según su artículo 3, el Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en él (en nuestro

(130) RJ 1978/1458.

ordenamiento, arts. 11.3, y 734 a 736 del Código Civil). Dicho con otras palabras: ha sido elaborado para favorecer, no para restringir la validez de las disposiciones testamentarias. De hecho, en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado se admitió la protocolización de testamentos ológrafos ante autoridades extranjeras, conforme a la ley de éstas, antes de la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1961 (ATS de 7 de febrero de 1955, STS de 15 de marzo de 1955, SAT de Palma de Mallorca, de 21 de mayo de 1985) y, con posterioridad, no consta que haya surgido contencioso alguno referente a esta cuestión. En cambio, era discutido que pudiera testarse conforme a la ley del lugar de situación de los inmuebles. La doctrina estaba dividida, inclinándose la opinión dominante por la respuesta negativa, y la jurisprudencia no sólo era escasa, sino también poco concluyente (STS de 4 de octubre de 1982) (131).

El mismo empleo por el Convenio de La Haya de 1961 de la expresión «disposiciones testamentarias», en lugar de «testamentos», puede favorecer la validez formal de los *trusts* que pueden ser calificados de naturaleza testamentaria.

En el caso contemplado por la STS de 22 de marzo de 1983, —caso que se suscitó con anterioridad a la incorporación del mencionado Convenio a nuestro ordenamiento jurídico—, la calificación *lege fori* (art. 12.1 del Código Civil), llevó a considerar a nuestro TS que, conforme a nuestro Derecho, no se hallaba en presencia de un verdadero testamento, «*al carecer de “institución de heredero”*», pese a que el documento que así calificaba comprendía disposiciones *mortis causa*. Esto es lo que sucede realmente en los casos de los *trusts inter vivos* en los que se contienen disposiciones que sólo tienen efecto *mortis causa*. Su calificación, según el concepto amplio utilizado por el Convenio de La Haya de 1961, hubiera supuesto *a priori* la ventaja del régimen jurídico más favorable para las cuestiones de forma que se expone a continuación.

53. El testamento —incluso si es otorgado antes de la entrada en vigor del Convenio, ya que España no formuló la reserva prevista en su art. 13—, sólo será nulo si incumple las exigencias de forma de *todas* las leyes eventualmente competentes en virtud de su artículo 1. En este caso, debería preferirse aquella ley que, en conjunto, estableciese un régimen más favorable al testamento —plazos de impugnación, personas legitimadas, posibilidad de subsanación, consecuencias...—. En el *trust* testamentario está claro que la Ley aplicable que más favorece su validez es la Ley del lugar donde se ha otorgado, donde se regula y se conoce dicha institución con la finalidad de organizar la sucesión de una persona.

(131) RJ 1982/5537.

Erróneamente, la STS de 17 de diciembre de 1991 (132), que no aplicó el Convenio de La Haya de 1961, considera nulo, por razones de fondo y de forma, un testamento no ajustado a la ley personal del causante. Por lo que respecta a las cuestiones de forma, no es posible colegir la nulidad del testamento de la eventual aplicabilidad de una sola ley: el Convenio obliga a verificar el resultado a la luz de una relación de leyes potencialmente competentes.

54. No obstante, los Estados partes pueden descartar la aplicación de una ley declarada competente, si es manifiestamente incompatible con su *orden público* (art. 7) y pueden no reconocer la validez de un testamento otorgado en el extranjero, cuando concurren cumulativamente estas circunstancias: *a)* Que la disposición testamentaria sólo sea válida conforme a la ley del lugar donde el testador hizo la disposición; *b)* Que el testador tenga la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual en el Estado que presente la reserva; y *c)* Que el testador haya fallecido en un Estado distinto a aquel en que dispuso (art. 11). Desaparecen así, no sólo por la escasa probabilidad de que concurren *todas* las circunstancias anteriores, sino también porque España no ha hecho uso de esta reserva, dos de las cuestiones sucesorias más problemáticas del Derecho Internacional Privado español:

- 1.º) La posibilidad de que se reconociese como válido, al amparo del artículo 688, apartado cuarto del Código Civil, el testamento ológrafo otorgado en España por extranjero en contra de su ley nacional —cuestión esta que ha sido considerada por alguna decisión de la denominada *jurisprudencia menor* como perteneciente a la «forma del testamento», y no una cuestión de «capacidad» (SAT de Palma de Mallorca, de 21 de mayo de 1985), decisión que tuvo que enfrentarse con un testamento ológrafo otorgado en el extranjero-.
- 2.º) La prohibición del artículo 733 del Código Civil de que los españoles otorgasen en el extranjero testamento mancomunado de acuerdo con la ley local (vid. RDGRN de 28 de octubre de 1894 y STS de 28 de mayo de 1912, que admiten, como válido, el testamento mancomunado otorgado en España conforme a la ley nacional de los disponentes). Además, por lo que a este último supuesto se refiere, debe observarse que el artículo 4 del Convenio señala expresamente su aplicabilidad a «la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas». Como ya se ha dicho, el carácter *erga omnes* del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, ha sido remarcado con todo acierto por la citada RDGRN de 6 de marzo de 1997 (133).

(132) *RJ* 1991/9717.

(133) *RJ* 1997/2033.

55. 2.º) *Principio del tratamiento uniforme de la sucesión*. El testamento será formalmente válido o nulo en todos los países, cualquiera que sea el tribunal que conozca del mismo. Hay aquí una aplicación del principio de la *armonía internacional de soluciones*, que, desde el punto de vista práctico es interesante, puesto que permite al testador disponer de todo su patrimonio en un solo acto.

56. Esta normativa convencional sobre la Ley aplicable a la forma del testamento es igualmente aplicable a la constitución del *trust inter vivos* cuando contienen disposiciones *mortis causa*, si partimos de que se trata de una donación *mortis causa* y, por tanto, con naturaleza sucesoria. De esta forma, las donaciones dirigidas a producir efectos *post mortem* devienen ineficaces si no se justifican por los medios que regulan el otorgamiento de las sucesiones testamentarias, pues es necesario guardar las formas del testamento [aunque referidas a supuestos internos pueden citarse las siguientes decisiones que son válidamente aplicables desde el punto de vista de la calificación española de las donaciones *mortis causa*: STS de 29 de junio de 1956 (134), STS de 29 de octubre de 1956 (135), STS de 27 de marzo de 1957, STS de 13 de junio de 1994 (136), SAP de La Rioja, de 7 de febrero de 2006 (137)].

57. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 12 del Convenio de La Haya, sobre la forma de las disposiciones testamentarias, permite a los Estados contratantes excluir la aplicación del Convenio a las cláusulas testamentarias que, según su Derecho, no tengan carácter sucesorio, como puede ocurrir en relación con las disposiciones *mortis causa* que se contienen en los *trusts inter vivos*. De esta forma, el Convenio parte de una calificación *lege fori* para determinar qué disposiciones tienen carácter testamentario. En este caso, para determinar la Ley aplicable a otras formas de organizar la sucesión distintas al testamento, como el *trust* sucesorio o cualesquiera otras disposiciones testamentarias que no tengan carácter sucesorio, *ex* artículo 12 del Convenio de La Haya, será de aplicación el artículo 11 del Código Civil, que también parte del principio de *favor negotii* (138). En virtud del artículo 11 del Código Civil, el *trust* puede declararse válido por la Ley del lugar de celebración del mismo, por la Ley aplicable a su contenido, por la ley personal del constituyente, o por la Ley común de los otorgantes; y en el caso de los contratos relativos a bienes inmuebles por la Ley del lugar de situación. La aplicación de estas Leyes de forma alternativa se ve limitada por el párrafo 2 del artículo 11, que señala que si la *lex causae* exige para su validez una determinada forma, será siempre aplicada aunque el acto o contrato se

(134) RJ 1956/2712.

(135) RJ 1956/3421.

(136) RJ 1994/6507.

(137) JUR 2006/89385.

(138) Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 142 y 164.

haya celebrado en el extranjero (139). Esta solución también es aplicable si se considera el *trust inter vivos* con disposiciones *mortis causa* como una institución con naturaleza contractual.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

58. *De lege ferenda*, para evitar los problemas que plantea la validez formal y material del *trust* en el contexto sucesorio, sería bueno que el legislador español optara por la *professio iuris* para determinar la ley aplicable a la sucesión. De ese modo desaparecerían las desavenencias jurídicas entre los países que parten de la unidad de la sucesión, que son los, que por lo general, no conocen la figura del *trust*, y los países que parten del fraccionamiento de la sucesión, que son los que regulan y admiten la figura del *trust*. Así se evitarían tanto problemas de calificación como de posibles reenvíos a favor de un ordenamiento jurídico que no conozca el *trust* —pues cuando existe autonomía de la voluntad no cabe el reenvío—. Esta es la solución propuesta por el Convenio de La Haya de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. Así, el artículo 6 del Convenio de La Haya dispone:

«El *trust* se regirá por la Ley elegida por el constituyente. La elección tendrá que ser expresa o resultar de las disposiciones del instrumento por el que se crea el *trust* o se prueba su existencia, interpretadas, cuando sea necesario, a la luz de las circunstancias del caso.

Cuando en la Ley elegida en aplicación del párrafo anterior no se conozca la institución del *trust* o la categoría de *trust* de que se trate, esa elección no surtirá efecto y se aplicará la ley a la que se refiere el artículo 7».

59. El artículo 7, que se utiliza para determinar la Ley aplicable al *trust*, bien cuando el constituyente no ha elegido Ley o bien cuando habiendo elegido Ley ésta no reconozca la institución del *trust*, dispone:

«Cuando no se haya elegido la Ley aplicable, el *trust* se regirá por la ley con la que esté más estrechamente vinculado.

Para determinar la ley con la que el *trust* se encuentra más estrechamente vinculado se tendrá en cuenta, en particular:

- a) el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente;
- b) el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*;

(139) Sobre el alcance de este límite impuesto en el artículo 11.2 del Código Civil, *vid.*, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Forma de los actos jurídicos», en A. L. CALVO CARRAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8.^a ed., Granada, Comares, 2007, págs. 11-12.

- c) el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*;
- d) los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

60. Para terminar mencionar que el «Libro Verde sobre Sucesiones y testamentos» de la Comisión de las Comunidades Europeas (140) no se refiere en modo alguno a la figura del *trust*, con lo que se desaprovecha una oportunidad de oro para relacionar las sucesiones y testamentos con la figura del *trust*, muy conocida al menos en un país miembro de la Unión Europea, Reino Unido. Sin embargo, en las contestaciones al «Libro Verde» presentado por la Comisión, relativo a sucesiones y testamentos, sí se menciona varias veces la necesidad de adoptar reglas particulares de conflictos de leyes en materia de *trust*. En este sentido, se menciona su identidad con las instituciones fiduciarias y se reconoce el *trust* si está válidamente constituido conforme a la Ley sucesoria. En realidad es como no decir nada.

61. Por ello, lo mejor sería que España firmara el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre el *trust*, aunque con ello no se resolverían todos los problemas, pues este Convenio excluye de su aplicación los problemas de validez formal de la constitución del *trust*. Habría que acudir, por tanto, al Convenio de La Haya de 1961, sobre la forma de las disposiciones testamentarias con todos los problemas que hemos visto que ello puede acarrear. Básicamente por dos razones: a) primero, porque no hay uniformidad a la hora de señalar como verdaderas disposiciones testamentarias las incluidas en un *trust inter vivos*; b) segundo, porque los *trusts* testamentarios también pueden ser excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre la forma de las disposiciones testamentarias dependiendo de la calificación *lege fori* de los Estados contratantes (art. 12). Por tanto, la solución más viable es aplicar los dos Convenios, pero ni siquiera eso es posible, pues sólo Australia, la República Popular China, Países Bajos y Luxemburgo son parte tanto del Convenio de La Haya, sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de octubre, como del Convenio de La Haya sobre Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985 (141).

(140) Bruselas, 1-3-1005, COM (2005) 65 final. SEC 2005 270.

(141) La situación de estos Convenios y las informaciones relativas a los mismos puede verse en <http://www.hcch.net>.

RESUMEN

TRUST MORTIS CAUSA

La noción de trust tiene su origen en los países del Common Law y es una figura muy utilizada. Sin embargo, en España el trust es una figura desconocida y no está regulada ni por el Derecho Internacional Privado español ni por el Derecho material español. Existen varias modalidades de trust: trust mortis causa y trust inter vivos. Es el trust mortis causa en el que se centra el objeto de este trabajo. La pregunta que surge es qué norma de conflicto española y qué normas materiales deben ser aplicadas por un Juez español si conoce de un caso relativo a la validez de un trust constituido en el extranjero.

ABSTRACT

MORTIS CAUSA TRUST

The concept of trust has been put into practice in the Common Law countries and more and more this type of instrument is being utilized. However, in Spain trusts are not regulated in the Spanish conflict of laws. There is a wide variety of trusts: inter vivos trusts and mortis causa trusts. This work refers to mortis causa trusts. The question is which Spanish conflict rule and material rules are applicable by Spanish judge to resolve a case law about a foreign trust.

(Trabajo recibido el 03-07-07 y aceptado para su publicación el 19-10-07)