

Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos

por

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Granada*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LOS PUNTOS DE PARTIDA:
 - 2.1. PRIMER POSTULADO: EL REGISTRADOR DEBE APLICAR DE OFICIO LA NORMA DE CONFLICTO DEL SISTEMA ESPAÑOL.
 - 2.2. SEGUNDO POSTULADO: LAS NORMAS DE CONFLICTO ESPAÑOLAS, AL REMITIR A LA LEY NACIONAL, REMITEN A LA LEY DE UN ESTADO (EL REINO UNIDO). NO EXISTE MÁS NACIONALIDAD QUE LA BRITÁNICA, Y NO EXISTE PUES «NACIONALIDAD INGLESA» NI «NACIONALIDAD ESCOCESA».
 - 2.3. TERCER POSTULADO: EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE ES UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO, Y SUS NORMAS DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA DETERMINAR QUÉ DERECHO LOCAL (ESCOCÉS O INGLÉS) DEBE SER APLICADO, SIN QUE SEA POSIBLE UNA REMISIÓN DIRECTA DEL DERECHO INGLÉS O AL DERECHO ESCOCÉS.
3. LOS CRITERIOS DETERMINANTES DEL DERECHO APLICABLE (INGLÉS O ESCOCÉS) EN EL SISTEMA BRITÁNICO, EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL: LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE*:
 - 3.1. DOMICILIO DE ORIGEN.
 - 3.2. DOMICILIO DE ELECCIÓN:
 - 3.2.1. *Concepto.*
 - 3.2.2. *Carga y medios de prueba.*
 - 3.2.3. *Renuncia al domicilio por elección o dependencia.*
 - 3.3. DOMICILIO DE DEPENDENCIA:
 - 3.3.1. *Mujeres casadas.*

- 3.3.2. *Menores.*
- 3.3.3. *Incapacitados.*
- 3.4. CRÍTICA A LA LEY DEL DOMICILIO.
- 4. LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE* EN UN TERCER ESTADO Y EL PROBLEMA DEL REENVÍO:
 - 4.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.
 - 4.2. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN LOS SISTEMAS INGLÉS Y ESCOCÉS:
 - 4.2.1. *Régimen económico del matrimonio.*
 - 4.2.2. *Sucesiones.*
 - 4.3. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA:
 - 4.3.1. *Régimen económico del matrimonio.*
 - 4.3.2. *Sucesiones.*
 - 4.4. EFECTOS DEL REENVÍO A UN TERCER ESTADO Y DE LA INADMISIÓN DEL REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA.
- 5. DIFICULTADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL INGLÉS O ESCOCÉS:
 - 5.1. EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.
 - 5.2. MATERIA SUCESORIA.

BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Cada vez con más frecuencia se suscitan cuestiones registrales que giran en torno a la propiedad inmobiliaria de ciudadanos de nacionalidad británica, que de manera creciente adquieren propiedades en territorio español con la finalidad principal, bien de disfrutar de una segunda residencia vacacional, bien de trasladar su residencia permanente a España una vez obtenida la jubilación. Se trata de un fenómeno común a ciudadanos de otros países, fundamentalmente miembros de la Unión Europea, pero que en el caso de los ciudadanos de nacionalidad británica es fuente de singulares problemas, y muy a menudo de graves errores de apreciación jurídica.

Por una parte, la adquisición de bienes inmuebles por parte de ambos cónyuges y, especialmente, su venta, aboca a la necesaria comprobación de un régimen económico-matrimonial que muy a menudo se asocia o asimila erróneamente a la separación de bienes, cuando el tratamiento de la propiedad matrimonial —particularmente en el Derecho inglés— no admite semejante simplificación. En el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el peculiar alcance de la libertad de testar, propia de los sistemas anglo-americanos, en perjuicio de cualquier eventual derecho legitimario, provoca asimismo serias dudas sobre la eficacia en España de la aceptación de la herencia por parte del cónyuge supérstite, designado heredero en perjuicio de

ascendientes o descendientes, y de la eventual enajenación posterior del bien inmueble.

Antes de abordar los problemas que se suscitan a la hora de aplicar fundamentalmente el Derecho material inglés o escocés (e irlandés) —aspectos que se abordarán al final de este informe—, surge una cuestión previa, a saber, sobre qué base jurídica debe el Registrador, o en su caso el Notario, fundar la aplicación del Derecho británico. Se trata de una cuestión que suele omitir el aplicador del Derecho, y que, sin embargo, exige un cuidadoso análisis antes de determinar si procede aplicar o tener en cuenta el Derecho escocés, el inglés, o, en no pocos casos, el propio Derecho español, que puede resultar perfectamente aplicable, como luego se detallará.

2. LOS PUNTOS DE PARTIDA

2.1. PRIMER POSTULADO: EL REGISTRADOR DEBE APLICAR DE OFICIO LA NORMA DE CONFLICTO DEL SISTEMA ESPAÑOL

El Registrador, como el Notario, está designado implícitamente por el artículo 12.6.º del Código Civil, cuando estipula que «los Tribunales y *autoridades* aplicarán de oficio las normas de conflicto del sistema español». A diferencia de los procedimientos judiciales de naturaleza contenciosa, en que la acreditación del contenido del Derecho extranjero sigue el principio de alegación por las partes, sólo corregido por la participación activa del juez, la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, especialmente en el ámbito registral, en la medida en que afecta directamente a la seguridad jurídica, los derechos de terceros y el principio de veracidad de los hechos inscritos, requiere un mayor control por parte del Registrador, que debe no sólo determinar de oficio la aplicabilidad del Derecho extranjero, sino exigir la acreditación de los hechos que justifican la aplicación de un determinado Derecho (nacional o extranjero), así como, en su caso, tomar las medidas pertinentes para «conocer» el contenido de un Derecho extranjero que resulte a su juicio aplicable. Una interpretación extensiva del artículo 36 del Reglamento Hipotecario ampara en este último punto una mayor flexibilidad en la prueba del Derecho extranjero, por cuanto habilita al Registrador para hacer valer su conocimiento privado. Sin embargo, la complejidad que suscita el conocimiento del Derecho extranjero aconseja que el Registrador pueda acceder a información actualizada, puntual y acreditada en el país de origen, y que, en defecto de su propio conocimiento personal, califique el título inscribible sobre elementos documentales que acrediten de forma fehaciente el contenido del Derecho extranjero, como sugiere la *Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2005 (BOE de 6 de abril de 2005)*.

- 2.2. SEGUNDO POSTULADO: LAS NORMAS DE CONFLICTO ESPAÑOLAS, AL REMITIR A LA LEY NACIONAL, REMITEN A LA LEY DE UN ESTADO (EL REINO UNIDO). NO EXISTE MÁS NACIONALIDAD QUE LA BRITÁNICA, Y NO EXISTE PUES «NACIONALIDAD INGLESA» NI «NACIONALIDAD ESCOCESA»

Cuando el Registrador debe determinar la capacidad jurídica de una de las partes, establecer el régimen económico-matrimonial de dos adquirentes o disponentes de un bien inmueble, o bien valorar la validez de una disposición testamentaria que da lugar a un acto de disposición, es usual que las normas de conflicto le lleven a un Derecho extranjero a través de la referencia al régimen legal de la «nacionalidad». Así se prevé para la capacidad en el artículo 9.1.º del Código Civil, para el régimen económico del matrimonio en el artículo 9.2.º, o para la sucesión *mortis causa* en el artículo 9.8.º Si los sujetos ostentan la nacionalidad británica, el Derecho aplicable resulta ser el británico.

En efecto, no existen ni la nacionalidad inglesa ni la nacionalidad escocesa, sino, exclusivamente la británica, de la misma forma que no existe la nacionalidad catalana ni la nacionalidad gallega, sino la española. Y la norma de conflicto, por definición, remite a la ley de un Estado (España o el Reino Unido), máxime cuando el criterio utilizado es la «nacionalidad». Por esta razón, resulta chocante, además de erróneo, que algunos jueces, notarios o registradores puedan establecer que un individuo tiene «nacionalidad inglesa», «escocesa», extrayendo de este hecho (imposible) la consecuencia de la aplicabilidad directa de la ley inglesa o escocesa como «ley nacional».

Pero también resulta erróneo que, constatando la nacionalidad británica de ambos cónyuges, se deduzca de inmediato un presunto régimen legal del matrimonio conforme a la «ley británica» o a la «ley inglesa» (*ad. ex. sendos errores en las Resoluciones de la DGRN, de 4 y 12 de febrero de 2004*). En materia matrimonial o sucesoria no existe un específico «Derecho británico», esto es, algo así como el Derecho común o régimen supletorio del Código Civil español. Dentro del Reino Unido hay, sencillamente, Derecho inglés o Derecho escocés (además de nortirlandés, e incluso galés), y la relevancia de aplicar uno u otro puede ser enorme, porque su contenido difiere a veces notablemente (el primero tributario del *common law* y el segundo más próximo a los modelos romanistas).

- 2.3. TERCER POSTULADO: EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE ES UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO, Y SUS NORMAS DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA DETERMINAR QUÉ DERECHO LOCAL (ESCOCÉS O INGLÉS) DEBE SER APLICADO, SIN QUE SEA POSIBLE UNA REMISIÓN DIRECTA AL DERECHO INGLÉS O AL DERECHO ESCOCÉS

En consecuencia, constatada la nacionalidad británica de las partes y, a resultas, estimada la necesidad de aplicar o considerar la sucesión o el régimen económico del matrimonio a la luz de ese Derecho, ¿en qué criterios debe fundarse el Registrador para decidir si resulta aplicable el Derecho inglés, el escocés o acaso algún Derecho diferente? A pesar de que la solución es omitida de forma reiterada, tanto en la aplicación judicial como en la extrajudicial, la respuesta es meridianamente clara a la luz del artículo 12.5.º del Código Civil:

«Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexisten diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado».

En consecuencia, corresponde al Derecho británico suministrar los criterios para decidir la aplicación de los diferentes sistemas jurídicos que coexisten en su Estado, al igual que corresponde al legislador español proporcionar dichos criterios cuando el Derecho aplicable sea el español. Y si el sistema español de Derecho interregional utiliza a tal efecto el criterio de la «vecindad civil», el Derecho británico se ampara en un criterio que está mucho más próximo de la vecindad civil que de la residencia habitual, aunque su denominación pudiera sugerir lo contrario. Hablamos del *domicile*.

3. LOS CRITERIOS DETERMINANTES DEL DERECHO APLICABLE (INGLÉS O ESCOCÉS) EN EL SISTEMA BRITÁNICO, EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL: LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE*

Cuando el Derecho británico resulta aplicable en virtud de la conexión «nacionalidad», la opción entre el Derecho inglés o escocés depende de la determinación del *domicile* en territorio inglés o escocés. El *domicile* no puede traducirse por «domicilio», en el concepto administrativo o civil del Derecho español, pues no coincide ni con la vecindad administrativa ni con la residencia habitual. Si admitiera alguna analogía sería lo más parecido a la vecindad civil. El *domicile* constituye un vínculo jurídico con un territorio o espacio legislativo (no necesariamente un Estado). Se trata de un vínculo legal que, a diferencia de la nacionalidad, es único e inevitable.

Según el Derecho británico, todas las personas tienen un domicilio, y no pueden tener más que un domicilio, por lo que no cabe situaciones similares a la apatridia o a la doble nacionalidad.

Aunque en muchos casos el *domicile* pueda coincidir con la residencia habitual o permanente, se trata de una coincidencia circunstancial y admite múltiples excepciones. Para determinar el *domicile*, especialmente a los efectos de designar la aplicación del Derecho inglés o escocés, conviene partir de tres posibilidades diferenciadas: el domicilio de origen (*domicil of origin*), el domicilio de elección (*domicile of choice*), y el domicilio de dependencia (*domicile of dependence*).

3.1. DOMICILIO DE ORIGEN

El domicilio de origen de una persona depende del domicilio de uno de sus padres en el momento de su nacimiento, no del lugar donde haya nacido, ni del lugar donde residan sus padres.

En el precedente *Undy v. Undy* (1869), por ejemplo, el Coronel Undy había nacido en Livorno, y luego vivido en la Toscana, donde su padre residía como cónsul británico. Pero su padre estaba domiciliado en Escocia, así que el domicilio de origen del Coronel era también Escocia.

Las reglas para la adscripción del domicilio de origen son: *a)* los hijos matrimoniales tendrán el domicilio de su padre en el momento de su nacimiento; si el matrimonio es putativo, seguirá el domicilio del contrayente inocente; *b)* los no matrimoniales y los póstumos ostentarán el domicilio de su madre al momento del nacimiento, salvo si media matrimonio ulterior, a partir de cuya fecha siguen el domicilio del padre; *c)* si a sus padres no se les conoce domicilio o son huérfanos, estarán domiciliados en el lugar donde hubieren nacido o sido encontrados, respectivamente; *d)* sólo hay un caso en que el domicilio de origen puede ser cambiado después del nacimiento: los hijos adoptivos siguen el domicilio de sus padres adoptivos de conformidad con lo dispuesto en la sección 39 de la *Adoption Act de 1976*.

En los demás casos, el domicilio de un menor puede cambiar después de su nacimiento, pero ya no será domicilio de origen, sino de dependencia. Y la fijación del domicilio de origen es tan importante como su diferenciación del domicilio de dependencia. Si un individuo, tras su mayoría de edad, adquiere un domicilio de elección que luego abandona sin adquirir otro, recuperará su domicilio de origen y no el domicilio de dependencia (*Henderson v. Henderson*, 1967). Se afirma, en consecuencia, que el domicilio de origen presenta una «*tenacious quality*» (*North v. Skipton Building Society*, 2002).

3.2. DOMICILIO DE ELECCIÓN

3.2.1. *Concepto*

El domicilio de origen puede perderse en virtud de un domicilio de elección, que se adquiere por el hecho de vivir en un país con la intención de residir en él de forma permanente. El domicilio de elección se pierde por el mero hecho de abandonar el país de residencia permanente sin intención de regresar, en cuyo caso se recupera el domicilio de origen hasta que no se fije un nuevo domicilio de elección.

En el caso *Udny v. Udny* antes citado, el coronel Udny adquirió por elección un domicilio en Inglaterra, pero huyó de sus acreedores trasladándose a Francia. Abandonó su domicilio inglés, pero no se estimó que hubiese adquirido uno nuevo en Francia, por lo que se consideró que había recuperado su domicilio de origen escocés sin necesidad de que hubiese vivido en Escocia.

La determinación de un *domicile of choice* requiere un elemento fáctico (residencia) y otro volitivo (*animus manendi*), que deben coincidir en el mismo momento [*Bell v. Kennedy*, (1868); y *Plummer v. I.R.C.* (1988)]. El elemento volitivo es, lógicamente, el que suscita mayores problemas probatorios, pues no basta la intención de residir por un período determinado e indefinido, sino que tiene que existir una voluntad de permanecer bastante rigurosa y siempre de difícil apreciación, a la luz de la jurisprudencia. Pero una vez que dicha voluntad se considera probada, lo cierto es que pueden bastar unas horas de permanencia para que se considere la existencia de un nuevo domicilio de elección.

En el caso *I. R. C. v. Bullock* (1976), el Capitán Bullock, canadiense, había vivido en Inglaterra cuarenta y cuatro años. Se había casado con una mujer inglesa y por deseo de ella vivían allí. En multitud de ocasiones había expresado su intención de volver a Nueva Escocia si su mujer fallecía antes que él. El Tribunal de Apelación dictaminó que Bullock no había adquirido el domicilio inglés porque, aunque su intención de residir allí dependía de un suceso incierto, tampoco era imposible, ya que existían las mismas probabilidades de que su mujer muriera antes que él que a la inversa. En contrapartida, cabe citar el caso *Furse* (1980). Furse era un americano que poseía una granja en Inglaterra donde vivía, trabajaba y había formado una familia en 1923. Hasta 1940 viajaba a Nueva York de cuando en cuando. Después de ese año no viajó más a los Estados Unidos y dijo que sólo volvería cuando no fuera capaz de llevar su granja. El Tribunal dictaminó que había adquirido el domicilio inglés porque su intención de volver a Estados Unidos era vaga e indefinida. No existía ninguna presión sobre él para que permaneciera en Inglaterra y estaba totalmente integrado en la comunidad en la que residía. Además, este caso también ha sido utilizado para defender que la residencia en un país con un propósito específico y limitado no hace que se adquiera el domicilio por elección. Se argumentó que

el señor Furse había adquirido el domicilio por dependencia en Inglaterra porque, cuando era menor, su padre había adquirido el domicilio por elección también en Inglaterra. Pero realmente su padre sólo se había trasladado allí con su hijo, después de que muriera su mujer, por las malas influencias que decía que su familia política ejercía sobre éste, y al cabo de un tiempo volvió a Nueva York, donde murió. Por tanto, su padre no tenía intención de residir permanentemente en Inglaterra, y consecuentemente no adquirió en ningún momento el domicilio por elección.

La intención debe diferenciarse del motivo. En realidad, los motivos son indiferentes (razones fiscales, laborales, afectivas, políticas, de supervivencia, etc...), pues lo relevante es que lleven a una intención real de permanencia en el territorio, si no definitiva, al menos indefinida. No es suficiente para cambiar de domicilio que esta posibilidad de cambio de residencia se someta a alguna condición circunstancial vaga e incierta. En algunos casos se defiende, por ejemplo, que no hay un cambio de domicilio si una persona se traslada por razón de enfermedad a otro Estado para recibir un tratamiento temporal, o incluso en caso de enfermedad mortal, con el objeto de recibir mejores tratamientos paliativos (*In Re James*, 1908). Sin embargo, se mantiene que si el traslado no obedece a un tratamiento temporal ni terminal, sino, simplemente, porque se estima que otro territorio puede ser más saludable para vivir, es decir, realizando una opción en razón de preferencias y no de una necesidad, nos hallamos ante un auténtico cambio de domicilio (*Hoskins v. Matthews*, 1855). Esta interpretación presenta, como veremos, un importante alcance en el caso de los británicos que se trasladan a España de forma permanente para disfrutar de mejores condiciones de vida en su vejez.

Por otra parte, el domicilio es un vínculo social, no político, con un territorio determinado. Una persona puede adquirir la nacionalidad de un país y tal vez no tenga intención de domiciliarse allí ni romper los lazos sociales que lo vinculan al país en que tiene su domicilio (*Re Fuld*, 1968). Igualmente, un extranjero que viva en Inglaterra y sobre el que pueda recaer una orden de expulsión, puede sin embargo haber adquirido un domicilio en Inglaterra y conservarlo (*Boldrini v. Boldrini*, 1932). Sin embargo, por razones de orden público, alguien que entre ilegalmente en Inglaterra no puede adquirir allí su domicilio (*Puttick v. Attorney general*, 1980), aunque nada impide a los tribunales británicos considerar que un inmigrante ilegal en un país distinto al Reino Unido (por ejemplo, España) haya adquirido allí su domicilio.

3.2.2. Carga y medios de prueba

La carga y los medios de prueba del domicilio por elección recae sobre la persona que alegue su adquisición, y siguen las reglas generales de los

procedimientos civiles en el Reino Unido y no el estándar propio de los procedimientos criminales, como a veces se ha mantenido. En la práctica, meras manifestaciones y conductas triviales pueden servir como elementos probatorios. Aunque estas reglas no mediatizan directamente los elementos probatorios de que puede hacer uso la autoridad española, en todo caso debe tener en cuenta los indicios y presunciones, tal y como juegan en el Derecho británico, con el fin de no desvirtuar la aplicación de sus reglas sobre conflictos internos determinada por el artículo 12.5.º del Código Civil.

Algunos casos resueltos por la *House of Lords* ponen de manifiesto la dificultad probatoria. El caso *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1923) se refería a George Bowie, un escocés nacido en Glasgow, con domicilio de origen escocés, que dejó voluntariamente de trabajar a los treinta y siete años y a los cuarenta y seis se fue a Liverpool a vivir con unos familiares. Murió con ochenta y siete años (una edad muy por encima de la media que acaso habla bien de los efectos saludables de la pereza). Sólo dejó Liverpool para realizar dos viajes muy cortos y no volvió a Glasgow ni siquiera para el funeral de su madre. Sin embargo, siempre compraba un periódico escocés y se definía a sí mismo como «un hombre escocés». Hizo un testamento inválido para la legislación inglesa, pero no para la escocesa. El Tribunal dictaminó que cuando murió estaba domiciliado en Escocia. Aunque su residencia en Inglaterra fuera muy larga, estuvo motivada porque allí vivía el único familiar que quiso acogerlo a pesar de su reticencia a trabajar. Por lo tanto, su testamento era válido. Para algunos autores ingleses, sin embargo, este precedente estaba condicionado por el resultado final relativo a la validez del testamento, siendo posible que, en otro contexto, se hubiere estimado que el domicilio estaba en Inglaterra.

Cualquier circunstancia puede ser relevante para probar la intención. No hay ninguna prueba específicamente tasada que se considere decisiva. Las declaraciones del afectado se toman con cautela y deben ser cuidadosamente investigadas para comprobar la persona, las circunstancias y el propósito con que han sido hechas. Pueden tomarse en consideración las disposiciones testamentarias relativas al lugar de entierro, cremación u otras circunstancias, pero siempre con un valor muy relativo, pues, finalmente, se puede cambiar de domicilio —y de intención al respecto— después de hacer testamento. Por otro lado, en el caso de declaraciones expresas, alguien que no sea un especialista en Derecho Internacional Privado a quien se le pregunte por su «domicilio», seguramente no entenderá la relevancia de la pregunta y su declaración no será fiable. Además, la declaración tiene que ir en sintonía con la conducta real y la voluntad manifiesta de la persona, y no cabe descartar la posibilidad de motivos fraudulentos en busca de una ley aplicable más conveniente.

En el caso *Ross v. Ross* (1974) la controversia consistía en si un escocés, sin residencia fija, estaba domiciliado en Nueva York. Había dicho a sus socios que pretendía permanecer allí. Sin embargo, siempre que se refería a Escocia,

lo hacía como su «hogar» y en una declaración jurada aseguró que se encontraba domiciliado en Escocia. La *House of Lords* dictaminó que su manifestación a los socios servía como prueba, pero que no era concordante con sus demás declaraciones, por lo que no consideró fijado su domicilio en Nueva York.

La solicitud de la nacionalidad del Estado de residencia es un factor relevante (*Wahl v. A-G*, 1932), pero también lo es la adquisición de un bien inmueble (*in Re Flynn*, 1968), presunción muy importante para los casos vinculados con España y, singularmente, con el Registro de la Propiedad. Con todo, debe señalarse que este hecho no es en sí mismo relevante si obedece a la mera adquisición de una segunda residencia puramente vacacional (*Qureshi v. Qureshi*, 1972). Es, asimismo, relevante el hecho de establecer un vínculo de parentesco o conyugal con una persona domiciliada o nacional del nuevo Estado (*In Re Fuld State*, 1968), en especial si el domicilio familiar se fija allí (*IRC v. Bullock*, 1975). En contrapartida, los factores sociales de integración pueden considerarse incumplidos en muchos casos por las colonias de residentes británicos en España, a menudo culturalmente aislados del entorno español. La jurisprudencia británica considera como indicios relevantes de cambio de domicilio tales factores de integración social, como son la pertenencia a comunidades religiosas y clubes (*in re Craigh-nish*, 1892), el ejercicio del derecho al voto (*IRC v. Bullock*, 1976), los periódicos o revistas que leen o a los que se suscriben (*Irvin v. Irvin*, 2001), el conocimiento del idioma del país en cuestión y, en general (*Irvin v. Irvin*, 2001), el grado de integración en la comunidad local (*in Re Furse*, 1980). Es muy significativo, en este sentido, el precedente de la jurisprudencia escocesa en 1995 en el asunto *Spence v. Spence*, en un caso verdaderamente difícil, en el que el Tribunal consideró que diez años de residencia en España, acompañada de conexiones familiares y de negocios, no era suficiente para justificar la adquisición del domicilio en España por elección, habiendo una falta genérica de integración o conexión social.

3.2.3. *Renuncia al domicilio por elección o dependencia*

Si se pretende renunciar al domicilio por elección, la intención debe resultar de forma clara, y la persona debe abandonar el país donde se encuentra su domicilio por elección. Si no lo hace, ese seguirá siendo su domicilio a pesar de su voluntad. La misma regla se aplica al domicilio de dependencia.

En el caso *Raffenel* (1863), la señora Raffenel, una viuda que tenía su domicilio de dependencia con su difunto marido en Francia, se embarcó en un ferry con destino a Inglaterra, porque su intención era recuperar su domicilio de origen. Durante el trayecto enfermó y tuvo que volver a Francia, donde

murió. En este caso, y a pesar de sus intenciones, murió domiciliada en Francia. En cambio, si el barco hubiera llegado a las aguas territoriales inglesas, la señora Raffenel habría muerto domiciliada en Inglaterra; como ya se ha señalado, cuando se pierde el domicilio por elección (o dependencia), el domicilio de origen resurge (aunque esta regla, dentro de los países del *common law*, se exceptúa en el Derecho estadounidense, partidario de que el domicilio de elección perviva hasta que se adquiriera otro domicilio).

3.3. DOMICILIO DE DEPENDENCIA

3.3.1. *Mujeres casadas*

Hasta el 1 de enero de 1974, una mujer casada adquiría automáticamente el domicilio de su marido, aunque vivieran separados tanto de hecho como de derecho. Sólo si el matrimonio había sido anulado, estaban divorciados, o el marido había muerto, ella podía tener su propio domicilio independiente del de su marido.

A partir del 1 de enero de 1974, con la promulgación de la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act*, el domicilio de una mujer casada se determina de la misma forma que si fuera un hombre adulto. Esta norma se aplica tanto a las mujeres casadas con anterioridad a esta fecha como a las casadas con posterioridad. Una mujer casada antes de esa fecha tenía como domicilio de dependencia el de su marido; después del 1 de enero de 1974, ese domicilio de dependencia pasó a ser domicilio de elección, hasta que se hubo elegido otro o renació su domicilio de origen. Sin embargo, la Ley no es de aplicación retroactiva, en el sentido de que para fijar el domicilio de la mujer, antes de su entrada en vigor, hay que estar a los criterios de dependencia descritos.

Esta norma que se ajusta al principio fundamental de no discriminación por razón de sexos suscita, sin embargo, una dificultad añadida en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en la medida en que pueden aumentar los casos en que sea imposible fijar un «*domicile*» común a ambos cónyuges. La regla no afecta a la aplicación de la ley rectora de la capacidad (art. 9.1.º del Código Civil) o de la ley sucesoria (art. 9.8.º), en donde lo único que interesa es la nacionalidad o *domicile* del sujeto o del causante, pero sí es relevante a la hora de terminar la ley común, como ocurre en el régimen del matrimonio (art. 9.2.º del Código Civil) o en la separación y el divorcio (art. 107 del Código Civil).

Es posible, en consecuencia, que un matrimonio de británicos que adquiere un bien inmueble en España, tenga como ley común que regula su régimen matrimonial la ley británica, como ley nacional común al momento de contraer matrimonio. Sin embargo, a la hora de precisar si se trata de la ley inglesa o escocesa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5.º del Código

Civil, puede darse la circunstancia de que esta precisión resulte imposible, si los cónyuges contrajeron matrimonio después de la ley de 1974, teniendo diferente *domicile*, por ejemplo, el marido en Escocia y la esposa en Inglaterra. En tal caso, es preciso acudir a una solución subsidiaria. Con carácter general, la doctrina ha mantenido la posibilidad de recurrir a la ley de la residencia habitual común del matrimonio, como regla subsidiaria de nuestro sistema en materia personal. En el caso del régimen económico del matrimonio, el principio de inmutabilidad que se desprende del artículo 9.2.º del Código Civil exige que la ley aplicable a dicho régimen quede fijada en el momento de celebración del matrimonio y no pueda variar con posterioridad, cualesquiera que fuesen las circunstancias. Por esta razón, para determinar la ley británica aplicable no quedaría más opción que determinar la aplicación de la ley inglesa o escocesa según dónde hubiesen fijado los cónyuges la residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio, que por lo demás es la regla subsidiaria contemplada en el propio artículo 9.2.º La regla es útil si dicha residencia se halló en Inglaterra o en Escocia, pero es posible que esta ley se encuentre situada fuera del Reino Unido, incluso en España, y que los cónyuges nunca hayan residido en el Reino Unido. Si éste es el caso, la ley británica resulta sencillamente imposible de aplicar, y lo procedente es descartar pura y simplemente su aplicación, recurriendo a las conexiones restantes del artículo 9.2.º, aunque designen la aplicación de la Ley de un tercer Estado. Podría darse, incluso, la circunstancia de tener que aplicarse la ley del lugar de celebración y que éste se encontrara en Escocia o en Inglaterra. El hecho podría llevarnos al mismo callejón sin salida anterior, pues el artículo 12.5.º del Código Civil exigiría utilizar el criterio del *domicile*. Sin embargo, para resolverlo en este caso parece indicado preterir el artículo 12.5.º y recurrir a la conexión «lugar de celebración» como un criterio de remisión directa a la ley de Escocia o de Inglaterra, según dónde se haya celebrado el matrimonio.

Con todo, todas estas peripecias interpretativas acaso no sean necesarias si, como veremos, hacemos una interpretación estricta del papel del *domicile* y de otras reglas de conflicto tanto en el sistema escocés como el inglés, lo que muy bien pudiera llevarnos a la aplicación de la ley española a través del reenvío, tal y como se analizará en el último apartado.

3.3.2. Menores

Los menores de edad tienen, en principio, un domicilio de dependencia. Los mayores de dieciséis pueden adquirir su propio domicilio, e incluso los menores de dicha edad que contraigan matrimonio tras lo dispuesto en la reforma de 1974. El domicilio de dependencia de un hijo matrimonial es, con

las matizaciones que se harán, el de su padre, y aquél varía si lo hace éste. Incluso aunque su padre muera, podrá seguir siendo su domicilio hasta que cumpla dieciséis años, o podrá adquirir el de su madre. La diferencia es que si su madre cambia de domicilio el del hijo no tiene por qué alterarse, a no ser que la madre ejerza esta potestad, y siempre que el cambio no obedezca a razones fraudulentas (*in Re Beaumont*, 1893). En contrapartida, en el caso de los hijos no matrimoniales, el domicilio del menor es el materno. Estas reglas no se compadecen bien ni con el principio de igualdad de sexos ni con la igualdad de los hijos ante la ley, por lo que su aplicación, criticada en el propio Reino Unido, resulta especialmente delicada en España (arts. 14 y 39 de la Constitución).

3.3.3. *Incapacitados*

El domicilio de un incapacitado mayor de edad no puede ser cambiado por su propia voluntad porque no existe el requisito de la *intención* (*Crumpton's Judicial Factor c. Finch-Noyes*, 1918), y por tanto mantiene el domicilio que tenía antes de ser incapacitado. Si su incapacidad sobreviene cuando aún es menor, sus padres pueden alterar su domicilio, en cambio no lo podrán hacer si es incapacitado siendo mayor de dieciséis años (*Sharpe v. Crispin*, 1869), interpretación considerada «irracional» por la mejor doctrina inglesa.

3.4. CRÍTICA A LA LEY DEL DOMICILIO

Algunos aspectos de la ley del domicilio han sido muy criticados en el propio Reino Unido. Es un criterio que refleja las realidades sociales de su época (la victoriana), pero que actualmente está obsoleta. Sin embargo, la única reforma que ha sufrido fue como consecuencia de la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act de 1973*. El papel de la ley de origen, tanto en su persistencia como en su reactivación, ha sido objeto de especial crítica, comparándola con su diferente alcance en el Derecho norteamericano. La diferencia se explica, sin embargo, en la distinta realidad histórica del Reino Unido y de los Estados Unidos, el primero como país de emigración y el segundo como territorio de inmigración. En 1950 se intentó eliminar el *domicile of origin* a través de la presunción de que el domicilio coincidía con la residencia habitual, pero todos los proyectos en este sentido fueron rechazados, en parte por la propia oposición de los hombres de negocios americanos instalados en el Reino Unido, temerosos de sus consecuencias fiscales. En consecuencia, hoy por hoy, para determinar la ley aplicable en materia de

estatuto personal dentro del Reino Unido es preciso utilizar los criterios de fijación del *domicile* tal y como han sido explicados.

4. LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE* EN UN TERCER ESTADO Y EL PROBLEMA DEL REENVÍO

4.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El *domicile* no es un criterio de conexión específicamente interregional, como puede ser la vecindad civil en el sistema español. En el Derecho británico, el *domicile* es un criterio de conexión tanto interno como internacional, y, a todos los efectos, los jueces en el Reino Unido consideran indistinto que designe la ley de un territorio británico como la propia de un tercer Estado. En este último caso, la cuestión desborda el propio supuesto del artículo 12.5.º del Código Civil, y nos sitúa frente al siempre espinoso problema del reenvío.

En efecto, es perfectamente posible que dos ciudadanos británicos que adquieren un inmueble en España carezcan de *domicile* en el Reino Unido. Si esto es así, las normas de conflicto británicas no ayudan a cumplir el mandato del artículo 12.5.º del Código Civil e impiden identificar la ley aplicable (básicamente inglesa o escocesa) dentro del Reino Unido. La respuesta puede venir dada mediante la aceptación del reenvío (art. 12.2.º) por parte del Derecho británico a la ley española o de un tercer Estado.

Para analizar cómo funciona en la práctica el reenvío, conviene partir de una breve síntesis de cómo se configuran las distintas normas de conflicto en el sistema británico. Cuando en las próximas páginas nos refiramos al domicilio, debe entenderse que lo hacemos al *domicile*, tal y como se entiende desde el Derecho británico. En consecuencia, resulta imprescindible seguir los criterios interpretativos ya analizados en el epígrafe tercero.

4.2. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN LOS SISTEMAS INGLÉS Y ESCOCÉS

4.2.1. Régimen económico del matrimonio

El Derecho Internacional Privado en Inglaterra y Escocia parte de un tratamiento distinto y fragmentario de las relaciones económicas entre los cónyuges, según se trate de bienes muebles o inmuebles. En el caso de los bienes muebles es indudable la sujeción al *domicile*. La solución tradicional consistía en someter el régimen económico de los bienes muebles a la ley del domicilio del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Se

trata, sin embargo, de una solución que respondía a la dependencia domiciliar de la esposa, que terminó con la ley de 1974. Por esta razón, en los últimos tiempos se admite una sustitución de este criterio a favor de la ley del domicilio conyugal, entendiendo por tal la ley del país donde radica la vivienda familiar. Esta flexibilidad se justifica, además, en una cierta relevancia de la autonomía de la voluntad, tanto expresa como tácita, que el Derecho británico reconoce a los cónyuges tanto a la hora de reglar sus relaciones económicas como, en cierta medida, al designar el Derecho aplicable (especialmente en los precedentes escoceses). No obstante, en los supuestos en que los cónyuges no hayan llegado a vivir juntos o a compartir un domicilio conyugal es probable que el criterio deba seguir siendo el domicilio del marido. Respecto a la mutabilidad o inmutabilidad de este régimen y a la consiguiente posibilidad de que un cambio de domicilio pueda entrañar un cambio en la ley aplicable, se reconoce por la mayor parte de los tratadistas que sigue siendo una cuestión controvertida y poco clara en los precedentes jurisprudenciales, especialmente en el Derecho escocés, tendente a no considerar la aplicación del principio si el nuevo domicilio se ubica en Escocia. Acaso nos aventuraríamos a señalar que hay más factores que apuntan a una «inmutabilidad de hecho». Es decir, aun cuando se admitiera el cambio de régimen económico-matrimonial en virtud de un cambio de domicilio, el peso de la doctrina de los derechos adquiridos (*vested rights*) impediría cambios reales en cuanto a lo adquirido por los cónyuges bajo el régimen anterior.

En contrapartida, el régimen económico de los bienes inmuebles se rige, en principio, por la ley del lugar de situación del bien inmueble, a tenor de la decisión de la *House of Lords* en el asunto *Welch v. Tennynt* (1891), que resolvió un recurso de casación contra una decisión escocesa. La regla ha sido criticada por parte de la doctrina inglesa, al suponer una fragmentación del régimen económico del matrimonio capaz de generar inseguridad jurídica. Así, C. M. V. Clarkson y J. Hill se preguntan: «si una pareja inglesa adquiere una residencia de verano en España, parece poco conforme con sus expectativas razonables que dicha propiedad se adquiera en régimen de gananciales». Lo cierto es que en algunos precedentes apuntan a incluir también el régimen económico de los bienes inmuebles dentro de la conexión domiciliar [*De Nichols v. Curlier* (1900) y *Chiwel v. Carlyon* (1897)]. Sin embargo, lo justifican siempre en un eventual acuerdo «implícito» de las partes en este sentido (nuevamente la autonomía conflictual de los cónyuges), y siempre se trata de casos en que el inmueble se sitúa en el Reino Unido y simplemente se trata de escoger entre el Derecho inglés, escocés o nórdico. De ahí que se haya defendido una regla diferente según que el inmueble se encuentre en el Reino Unido (ley domiciliar) o en el extranjero (*lex rei sitae*). Evidentemente, desde la perspectiva del sistema español esta última regla es la que nos interesa.

En todo caso, del modelo descrito se desprenden dos factores claramente diferenciales de la reglamentación contenida en el artículo 9.2.º del Código Civil. De un lado, el sistema español garantiza de forma contundente la inmutabilidad de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio, que debe quedar determinada en el momento de la celebración del matrimonio. Los ulteriores cambios en dicho régimen no se deberán a un cambio de ley aplicable sino, en todo caso, a los eventuales acuerdos o capitulaciones que los cónyuges puedan dictar al amparo de la autonomía permitida en dicha ley inmutable. Se puede considerar que éste es un principio esencial de nuestro sistema. Menos claro es que lo sea el régimen de unidad de la ley aplicable, por cuanto la ley designada en el artículo 9.2.º engloba por igual bienes muebles e inmuebles. No creemos que el principio de unidad del régimen económico-matrimonial pueda tener el mismo alcance primordial que en materia sucesoria, singularmente porque las posibilidades de fragmentación que ofrece la autonomía de las partes es mucho mayor en el primer sector del ordenamiento jurídico que en el segundo, pero no puede ocultarse que la proximidad entre ambas cuestiones justifica cierta contaminación en el juego de ese principio de unidad desde la perspectiva de las relaciones transfronterizas, como veremos a continuación.

4.2.2. *Sucesiones*

Mucho más claras son las normas de conflicto del Derecho inglés y del Derecho escocés en materia sucesoria. El régimen sucesorio de los bienes muebles se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento, mientras que la sucesión de los bienes inmuebles se determina de conformidad con la ley del país donde están situados.

4.3. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA

4.3.1. *Régimen económico del matrimonio*

En materia de régimen económico del matrimonio, dos son los supuestos en que, tratándose de ciudadanos británicos, cabe un reenvío a la ley española. Por una parte, respecto de los bienes muebles, siempre que el domicilio común o, en su defecto, el domicilio del marido se encuentre en España. Este reenvío, sin embargo, sólo es posible si dicho domicilio se situaba en España en el momento de la celebración del matrimonio, pero no si se admite la remisión por ser un domicilio posterior. Esta posibilidad, ya de por sí dudosa en el Derecho Internacional Privado inglés o escocés, resulta inaceptable en

el sistema español. Al igual que ocurre con el principio de unidad de la sucesión para el reenvío sucesorio, el artículo 12.2.º del Código Civil no permite un reenvío a la ley española rectora del régimen económico-matrimonial, traicionando el principio esencial que está en la base de nuestra norma de remisión (art. 9.2.º del Código Civil), a saber, la inmutabilidad de la ley aplicable al régimen económico-matrimonial, que debe quedar fijada, necesariamente, desde el inicio del vínculo matrimonial. Menos razonable parecería, sin embargo, rechazar el reenvío por el hecho de que hubiera bienes inmuebles fuera de España, sujetos en consecuencia a una ley diferente. Ya hemos señalado que no creemos que exista un principio de unidad del régimen económico-matrimonial del mismo alcance que el principio de unidad de la sucesión, al que luego se aludirá.

Si se admite la aplicabilidad, conforme a los Derechos inglés y escocés, de la *lex rei sitae* para determinar el régimen de la propiedad inmobiliaria entre los cónyuges, un segundo supuesto de reenvío al Derecho español se produciría siempre que los cónyuges adquirieran un bien inmueble en España. En principio, frente a esta regla resulta difícil oponer el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, aunque el inmueble se adquiriera mucho después de celebrado el matrimonio. Por definición, la conexión convierte el régimen de la propiedad conyugal inmobiliaria en inmutable, aunque los derechos nazcan evidentemente con la adquisición del inmueble y no con la celebración del matrimonio; pero los criterios de seguridad jurídica y previsibilidad a que responde el criterio de inmutabilidad quedan completamente garantizados. En realidad, lo que está en juego en este caso sería el principio de «unidad» del régimen económico-matrimonial con independencia de la naturaleza mueble o inmueble del bien, que sólo quedaría garantizado si, además, el domicilio matrimonial se encontraba en España al tiempo de la celebración del matrimonio. Sin embargo, no parece que tal fragmentación del régimen económico del matrimonio traicione un principio esencial del Derecho Internacional Privado español en la materia como hemos señalado.

Aceptado el reenvío, procede aplicar el Derecho español y se puede suscitar la cuestión de si debe aplicarse en todo caso el Derecho Común o, al contrario, algún Derecho Foral o Especial, lo que puede alterar el régimen legal del matrimonio. El hecho de que la aplicación del Derecho Foral o Especial no dependa de criterios territoriales, como el domicilio o el lugar de situación del inmueble, sino de la vecindad civil, y que ésta sea consustancial a la posesión de la nacionalidad española, unido al carácter supletorio del Derecho común, apunta a la aplicación, frente a extranjeros, del Derecho Común, que implicaría la determinación de un régimen matrimonial legal de gananciales. Con todo, parece bastante claro que el legislador español no contempló esta posibilidad, pues sólo el reenvío lo permite, traicionando la

natural aplicación de la ley nacional extranjera. Pero es posible que, de haberlo previsto, hubiese podido introducir alguna corrección. Por ejemplo, la contenida en el artículo 16.3.º sería razonablemente extensible, *mutatis mutandis*, a estos supuestos, permitiendo la aplicación del régimen de separación del Código Civil cuando, a pesar del reenvío, conforme a la ley personal de ambos cónyuges (escocesa o inglesa), hubiera de regir un régimen de separación, conclusión interpretativa que no es tan clara como pudiera parecer. En todo caso, como suele ocurrir, tratar de racionalizar algo tan irracional como el reenvío no es sencillo, y si se admite su funcionamiento lo más probable es que lo previsible sea la aplicación del régimen de gananciales contemplado en el Código Civil.

4.3.2. *Sucesiones*

En materia sucesoria nuestra jurisprudencia arroja una formulación mucho más clara. El reenvío desde el Derecho británico se produce a la ley española siempre que el domicilio del causante estuviera en España en el momento del fallecimiento, pero únicamente para la sucesión de bienes muebles. Si se trata de inmuebles, el reenvío procede por el hecho de encontrarse el bien inmueble en España. Habida cuenta de la consideración esencial del principio de unidad y universalidad de la sucesión, a la luz del artículo 9.8.º del Código Civil, nuestro Tribunal Supremo ha formulado un criterio muy claro (*sentencias del TS de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002*): El reenvío es posible únicamente si procede a una remisión total, y no parcial, a la ley española. Ello es así cuando el caudal relicto está compuesto únicamente por bienes inmuebles situados en España, o solamente por bienes muebles si el domicilio del causante se encontraba en España. Si hay varios inmuebles, el reenvío sólo es posible si todos ellos se ubican en España. Si hay tanto muebles como inmuebles, el reenvío se admitirá si el domicilio del causante se encontraba en España, al igual que todos los inmuebles. En caso contrario, el reenvío parcial será rechazado.

La doctrina citada explica por qué algunos Registradores, enfrentados a un testamento otorgado por ciudadano británico sin respetar derecho legítimo alguno, al efecto de determinar la titularidad para la transmisión de los bienes inmuebles situados en España y, concretamente, para descartar al aplicación de la ley española por reenvío y enjuiciar positivamente dicha libertad de estar conforme al Derecho inglés o escocés, exigen la acreditación de la existencia de otros bienes fuera del territorio español.

4.4. EFECTOS DEL REENVÍO A UN TERCER ESTADO Y DE LA INADMISIÓN
DEL REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA

Uno de los problemas más complicados nace de la posibilidad de que, siguiendo las normas de conflicto británicas, el *domicile* o la ley del lugar de situación del bien inmueble se encuentre fuera del Reino Unido, pero dicho reenvío no sea aceptado desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado español. Así ocurre en todos los casos (salvo el especialísimo supuesto de la capacidad para obligarse por títulos cambiarios: arts. 98 y 102 de la Ley Cambiaria y del Cheque) en que se produce un reenvío de segundo grado (art. 12.2.º del Código Civil), es decir, si la norma de conflicto británica remite a un tercer Estado y no al sistema español. Pero también se produce en todos aquellos supuestos en que el reenvío de primer grado o de retorno a la ley española pueda ser rechazado, como acabamos de ver cuando se trata de un reenvío parcial en materia sucesoria o de un reenvío en materia de régimen económico-matrimonial que no respeta el principio de inmutabilidad.

En estos casos la remisión se entenderá hecha al Derecho británico, sin tener en cuenta la remisión. El problema es que el criterio del artículo 12.5.º del Código Civil resulta ahora inviable. Para delimitar si debemos aplicar el Derecho inglés o escocés no nos sirven las normas de conflicto británicas, pues éstas utilizan unos criterios (*domicile* matrimonial, lugar de situación del inmueble) que designan sistemas jurídicos extranjeros cuya aplicación hemos rechazado. Si se trata de determinar la sucesión de un ciudadano británico que tiene su domicilio en España, pero bienes inmuebles tanto en Francia como en España, resulta aplicable el Derecho británico correspondiente a su nacionalidad (art. 9.8.º del Código Civil), pero no puede admitirse el reenvío a la ley española, ni tampoco podemos utilizar el criterio británico (*domicile*) para decidir si se aplica el Derecho inglés o escocés, crucial circunstancia por cuanto el segundo establece claros derechos legítimos y el primero no. La solución en este caso consiste en recurrir a un criterio de interpretación integrador del artículo 12.5.º del Código Civil. En principio, existen buenas razones para utilizar como solución subsidiaria la ley «más estrechamente vinculada» al sujeto, sobre la base de un principio general de proximidad, tal y como hace el artículo 1.II del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (*BOE*, núm. 197, de 17 de agosto de 1988), o el artículo 16 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*BOE*, núm. 222, de 16 de septiembre de 1973), cuando ha fallado el sistema de remisión indirecta equivalente al artículo 12.5.º del Código Civil, que contemplan ambos convenios como primera solución. Con carácter general, la doctrina española ha propuesto, en materia de estatuto personal, recurrir a la ley de la residencia habitual del

sujeto o sujetos en territorio del sistema plurilegislativo. Aplicado este criterio a un ciudadano británico con domicilio actual en España, exigiría tener en cuenta la aplicación de la ley escocesa o inglesa, según en qué territorio hubiese tenido su domicilio de origen o su última residencia habitual. En el caso extremo de que nunca hubiese residido ni tenido domicilio en el Reino Unido, habrá que valorar todas las circunstancias fácticas, familiares y sociales que permitan proceder a dicha elección. Esta solución siempre es preferible antes que descartar la aplicación del Derecho británico sobre la base de una imposibilidad material de aplicación. Si se llega a esto último, en materia de régimen económico del matrimonio supondría abandonar la conexión principal de la norma de conflicto española (nacionalidad común del art. 9.2.º del Código Civil) pasando a utilizar las subsidiarias (ley elegida por las partes, ley de la residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio o ley del país de celebración del matrimonio), que podrían conducir tanto al Derecho británico, con el mismo resultado de imposibilidad aplicativa, como al Derecho español o incluso de un tercer Estado. Si se tratara de un caso sucesorio, la falta de conexiones subsidiarias del artículo 9.8.º del Código Civil no dejaría más opción que aplicar el Derecho español como solución de cierre, lo que no deja de ser irónico, especialmente si insistimos en la aplicación del Derecho británico por rechazar un reenvío parcial a la ley española.

5. DIFICULTADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL INGLÉS O ESCOCÉS

Como ya se ha señalado, salvo en cuestiones tales como la seguridad social o el Derecho fiscal, no cabe hablar propiamente de un «Derecho británico». En particular las diferencias se producen entre el Derecho inglés y el escocés (así como el nórdico-irlandés que sigue el régimen jurídico propio de la isla vecina). La *House of Lords* actúa como tribunal de casación tanto para el Derecho escocés como para el Derecho inglés, pero sus precedentes sólo vinculan e integran el sistema escocés cuando se refieren a sentencias de apelación escocesas y lo mismo ocurre respecto del sistema inglés o nórdico-irlandés. Ni siquiera vinculan al sistema ajeno a la sentencia apelada si se trata de normas comunes, aunque en tal caso cabe la posibilidad de que los jueces de los demás sistemas la sigan como *ratio scripta*. Es, justamente, lo que ocurría con la jurisprudencia sobre determinación del *domicile* o en aplicación de las reglas de conflicto comunes a dichos sistemas.

5.1. EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

Existe la creencia común de que el Derecho inglés contempla un régimen legal del matrimonio de separación de bienes. En realidad, esto no es correcto. El Derecho británico no concibe un régimen legal de bienes del matrimonio o, por decirlo de otra forma, el matrimonio no afecta al régimen legal de la propiedad, por lo que cada cónyuge mantiene la propiedad de sus bienes. Aunque en apariencia el resultado material pueda ser el mismo, desde un punto de vista jurídico esta distinción tiene trascendencia, como veremos.

En efecto, el principio de que el matrimonio no afecta en absoluto al régimen de la propiedad tiene en el Derecho inglés un alcance relativo, particularmente por lo que se refiere a la adquisición de la vivienda familiar. Es cierto que la corrección a la que nos vamos a referir no es consustancial al matrimonio, pues puede darse igualmente cuando se trata de parejas de hecho. Nos referimos a la consideración de un *constructive trust* entre ambos cónyuges con respecto a la vivienda familiar en aquellos casos en que sólo uno de los cónyuges figura como titular formal de la propiedad legal. En determinadas circunstancias, el otro cónyuge puede reclamar una parte de la propiedad material o fiduciaria con motivo de su contribución directa o indirecta a la adquisición de dicho inmueble, que habitualmente se calcula en proporción a dicha contribución (operación sin duda compleja, que muchas veces lleva a los tribunales a un criterio de división por mitades escasamente justificado), y cuyo efecto más relevante es la oponibilidad de tal derecho frente a los acreedores hipotecarios del bien inmueble, limitando la extensión del derecho (efecto impensable en el modelo hipotecario español, dado que el *trust* es oponible aun cuando no consta formalmente). Al menos este es el efecto característico respecto de los cónyuges, puesto que en los procedimientos de separación y divorcio la figura del *constructive trust* sobre la vivienda familiar tiene menor relevancia debido a las amplias facultades del juez para asignar cuotas de propiedad al cónyuge en desventaja. En cambio, en el caso de las parejas de hecho, la figura tiene interés para gestionar la ruptura, así como para oponer los derechos derivados a acreedores hipotecarios. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que de existir un *resulting* o *constructive trust* sobre la vivienda familiar, la transmisión de la propiedad a un tercero o al heredero implica la transmisión de dicha carga, aunque no se haga expresa mención en el contrato ni en registro alguno. En términos calificatorios propios, dicho *constructive trust* aboca a una comunidad romana con el establecimiento de cuotas o proporciones concretas.

Así, en el caso *Lloyd's Bank v. Rosset* (1990), la esposa se opone a una ejecución hipotecaria de una granja dirigida contra su marido, titular legal exclusivo de la propiedad y deudor hipotecario, basándose en la existencia de un *constructive trust*, así como en la ocupación efectiva del bien en el momento de registrarse la hipoteca. El tribunal aceptó la ejecución hipotecaria, pero sólo

porque la fecha crítica de la ocupación debía ser la de «constitución» de la carga, y no la de «registro», y en la primera fecha la ocupación no era efectiva ni, por tanto, podía oponerse el derecho frente al acreedor hipotecario. El Tribunal de Apelación modifica la sentencia porque cree que la esposa sí estaba ocupando el bien en esa fecha, y el asunto llega a la *House of Lords*. Lord Bridge of Harwich niega el *trust* porque la aportación de la esposa consistía en una mera ayuda en los trabajos de restauración, cuyo valor acabaría siendo en todo caso simbólico. Un supuesto muy parecido se dilucida en *Midland Bank v. Cooke and another* (1995), pero en este caso la esposa había aportado su salario para los gastos domésticos, el mantenimiento del inmueble, cuidando además de la propiedad y el jardín. En 1984 había conseguido una orden declarativa de propiedad conjunta otorgada por un *county court*, y tres años después se opuso a la ejecución hipotecaria. El juez le concedió sólo un 6,47 por 100, y en la apelación el Tribunal se mostró favorable a una cuantificación adecuada y proporcional exclusivamente de las contribuciones directas.

La institución señalada se formula inicialmente en una decisión inglesa de la *Court of Appeal* (*Gissing v. Gissing*, 1969), finalmente casada por la *House of Lords*, que opta por reiterar el principio rígido de separación formulado en el caso *Pettit v. Pettit* (1968). Sin embargo, las tesis de Lord Denning formulando la «teoría de la contribución financiera sustancial», apoyada en algunas disposiciones de la *Matrimonial Proceedings and Property Act de 1970*, que reconoce expresamente (sección 37.^a) los derechos de un cónyuge que ha adquirido un *interest* en el bien de otro cónyuge, han acabado imponiéndose, si bien los perfiles de la institución no son absolutamente nítidos (*Eves v. Eves*, 1975; *Burns Burns*, 1984; *Grant v. Edwards and another*, 1986; *Thomas v. Fuller-Brown*, 1988; *Lloyd's Bank v. Rosset* (1990); *Springer v. Defoe*, 1992; *Midland Bank v. Cooke and another*, 1995). Pero podría afirmarse que subyace en el fondo un principio de protección patrimonial de los cónyuges y de la familia, así como del cohabitante de larga duración, particularmente cuando hay hijos de por medio.

En principio, para admitir la existencia de un *constructive trust* sobre la vivienda familiar son necesarias dos condiciones: la primera exige acreditar la existencia de una intención común o compartida por ambos cónyuges en el sentido de que el cónyuge que no figura como propietario legal adquiera un *beneficial interest* en la propiedad en cuestión (*beneficial ownership*). En la actualidad, se estima que dicha intención debe admitirse si existen pruebas directas. Se entiende por tales una constancia escrita u oral del acuerdo, o el simple hecho de una contribución económica sustancial por parte del cónyuge que no es propietario formal. Dicha contribución puede ser directa para la adquisición de la vivienda mediante la aportación de capital al pago del precio o de los vencimientos del préstamo hipotecario. Se admite igualmente como contribución mediante el pago de arreglos o trabajos sustanciales en la vivienda adquirida. La prueba o evidencia de la «intención común» puede ser

asimismo implícita, mediante la contribución financiera de sustancias a las cargas familiares, de forma que mientras el cónyuge, que es propietario formal, abona los vencimientos hipotecarios, el otro asume los gastos ordinarios del hogar: vestido, alimentación, vacaciones, colegio de hijos, etc. Más dudoso, a la luz de la jurisprudencia, generalmente contraria, es que pueda deducirse la intención común por el mero hecho de realizar personalmente trabajos sustanciales de arreglo o renovación de la vivienda (arreglar el jardín o pintar la casa, por ejemplo).

La segunda condición es que el hecho de haber establecido la propiedad formal de uno sólo de los cónyuges (motivado a menudo por ventajas financieras o para evitar perjuicios derivados de una relación con un cónyuge anterior o con un tercero) implique una actuación realizada en la confianza de esa común intención, con perjuicio para el otro cónyuge. En relación con esta segunda condición, la jurisprudencia es clara al señalar su concurrencia cuando hay un perjuicio económico directo o indirecto derivado de las aportaciones económicas directas o indirectas. Sin embargo, al día de hoy no se considera que concurra tal perjuicio económico por el mero hecho de haber realizado ciertos sacrificios o comportamientos (*proprietary estoppel*), tales como abandonar una carrera profesional para dedicarse al cuidado de los hijos y de la familia en general.

En el Derecho escocés se ha producido un progresivo acercamiento a los parámetros del Derecho inglés. El Derecho escocés conoció históricamente fórmulas de comunidad de bienes en el matrimonio, que desaparecieron a lo largo del siglo XIX. Actualmente tras la *Family Law (Scotland) Act de 1985* resulta clara la separación patrimonial absoluta entre ambos cónyuges. Pero al igual que en el Derecho inglés se ha planteado el problema de los derechos de uno de los cónyuges que, no figurando como cotitular de la propiedad, ha contribuido indirectamente a su adquisición. Para llegar a resultados similares a los del Derecho inglés se ha utilizado la ficción de una «agencia» o «representación implícita» en la adquisición. Pero tras la *Requirements of Writing (Scotland) Act de 1955* se ha importado la misma figura inglesa del *trust*. Con todo, no cabe hablar de una respuesta clara por parte de los Tribunales, puesto que existen asimismo precedentes que recurren a la fórmula compensatoria de menor alcance basada en la doctrina del «enriquecimiento injusto» [*Scanlon v. Scanlon* (1990) y *Newton v. Newton* (1923)], que podrían ser perfectamente suscribibles por un sistema romano-germánico, como el español, sin ir más lejos. Por otra parte, no debe olvidarse que, con carácter general, la *Matrimonial Homes (Family Protection - Scotland) Act de 1981*, aun no afectando a la propiedad de la vivienda familiar, impone cargas legales (usufructo) susceptibles de afectar a los derechos de terceros.

Si el inmueble del que estamos hablando se encuentra en España, y debe ser aplicado el régimen de efectos patrimoniales previsto en el Derecho in-

glés o escocés, ¿qué criterios debe seguir el Registrador a la hora de inscribir el título correspondiente? Que ambos cónyuges adquieran conjuntamente bajo la rúbrica genérica de que lo hacen bajo su régimen económico-matrimonial puede inducir a confusión, tanto si se estima que dicho régimen es el de separación como si en el fondo se interpreta que es una declaración de su común intención de constituir un *trust* o comunidad romana, cuyas porciones no tienen por qué ser equivalentes. En este caso, pues, no parece desacertada la práctica de exigir a ambos cónyuges que declaren la cuota o parte de la propiedad indivisa que adquiere cada cual.

Pero, de otro lado, si el régimen de los efectos patrimoniales del matrimonio se rige por el Derecho inglés o escocés, y quien figura como adquirente es, exclusivamente, uno de los cónyuges, es asimismo errónea la presunción de que la propiedad formal resultante pertenece de forma privativa al cónyuge adquirente. Porque, en realidad, esta afirmación deriva de esa defectuosa comprensión del Derecho inglés (o escocés) como un derecho que genera un régimen de separación de bienes, tal y como lo concebimos dentro de nuestras concepciones. En realidad, los *constructive trust* analizados no encajan con semejante visión. Bien entendida, la jurisprudencia sobre dicha institución vendría a hacer al menos conveniente la declaración de ambos cónyuges, si no en la escritura de compraventa, en un documento complementario, en el que se incluyera una declaración expresa acerca de la intención común de los cónyuges acerca de la constitución de dicho *trust*, especificando su respectiva cuota en la propiedad, o, al contrario, haciendo expresa dicha falta de intención común, con lo cual la propiedad, a todos los efectos, sería privativa del cónyuge que aparece como adquirente formal.

La cautela propuesta resulta indicada independientemente de que la oponibilidad de la propiedad inmobiliaria frente a terceros se rija por el Derecho español en virtud del artículo 10.1.º del Código Civil, pues permite acomodar el régimen de la publicidad registral al verdadero alcance del régimen de bienes del matrimonio conforme al Derecho extranjero aplicable. Nótese que los principios que rigen la calificación (art. 12.1.º del Código Civil) exigen que deba aplicarse el Derecho inglés o escocés reclamado por el artículo 9.2.º del Código Civil, independientemente de que las normas materiales que regulan la propiedad matrimonial en el Derecho inglés o escocés se puedan considerar como disposiciones más cercanas a una calificación real que familiar.

5.2. MATERIA SUCESORIA

El Derecho inglés y el escocés presentan una diversidad más acusada en materia sucesoria. En el caso de sucesión testada, el Derecho escocés reconoce derechos legitimarios sobre las dos terceras partes de los bienes mue-

bles, asignando a los hijos un tercio, y otro al cónyuge supérstite. Si no hay hijos, la legítima del cónyuge es de la mitad de los bienes muebles (*ius relictæ*). Si sólo sobreviven hijos, su legítima es asimismo de la mitad del caudal mobiliario (*legitum*). En el caso de sucesión intestada, y como corresponde generalmente a un sistema de separación patrimonial entre los cónyuges, se atribuye al cónyuge supérstite importantes privilegios y derechos prioritarios, que afectan singularmente a la vivienda familiar (*dwelling housing*) siempre que viva allí, los bienes muebles y el capital mobiliario, por un importe máximo de 130.000 libras. A continuación son llamados a suceder ascendientes, hermanos, etc.

En el Derecho inglés el régimen sucesorio viene regulado básicamente en la *Administration of Estates Act de 1925*, la *Law Reform (Succession) Act de 1995* y la sección 25.^a de la *Family Law Act de 1996*. Existe el criterio de libertad de testar sin reconocimiento de las legítimas. Sin embargo, se habilita a los tribunales para dictar provisiones que favorezcan al cónyuge supérstite, al cónyuge divorciado que no ha contraído nuevo matrimonio, a los descendientes y a cualesquiera otras personas que tuvieran una relación de dependencia con el causante antes de su fallecimiento, incluso sin vínculo familiar alguno. Dicha posibilidad se confiere con mucha flexibilidad, y puede consistir en el establecimiento de pensiones vitalicias, obligaciones de alimentos, entrega de un determinado capital, etc. Con frecuencia, pues, se estima de forma errónea que la libertad de testar implica una intangibilidad casi sagrada de la voluntad del causante que, como hemos señalado, está sujeta a ciertas restricciones impuestas por los propios órganos jurisdiccionales. En el caso de sucesión intestada, el cónyuge que sobreviviera al menos 28 días al causante hereda los «*personal chattels*», es decir, el mobiliario familiar, las joyas (no la propiedad afectada a la actividad profesional ni el capital mobiliario), 125.000 libras más el 6 por 100 de sus intereses desde el fallecimiento. Es el llamado *statutory legacy*. Además tiene derecho a las rentas (no al capital) de la mitad del caudal relicto restante, que debe ser invertido a tal fin. El resto genera un *trust* del que son beneficiarios, a partes iguales, los hijos. Si no hubiera hijos, pero sí padres o hermanos, el cónyuge supérstite tiene derecho a 200.000 libras de *statutory legacy* y su mitad sobre los bienes restantes incluye asimismo el capital. El resto pasa a los padres y, en su defecto, a los hermanos. Si no los hubiera el cónyuge es heredero universal. La importancia de las disposiciones sobre sucesión intestada en el Derecho inglés son muy relevantes, por cuanto, en contra de la creencia habitual, la mayor parte de los ingleses no otorgan testamento (según los datos de la *Law Commission* sólo lo hace el 30 por 100, y sólo el 60 por 100 de los mayores de sesenta años).

Puede suponerse, a la luz de las diferencias señaladas, la trascendencia de determinar correctamente la aplicabilidad de la ley inglesa o escocesa cada

vez que el registrador se vea en la tesitura de valorar la eficacia de una disposición testamentaria relativa a un inmueble situado en España, o de establecer el régimen de transmisión sucesoria de dicho bien inmueble en el caso de que el causante fallezca sin otorgar testamento.

BIBLIOGRAFÍA

- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: «El artículo 12.5.º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pág. 72 y sigs.
- A. BORKOWSKI: *Textbook on Succession*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2002.
- C. M. V. CLARKSON & J. HILL: *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2.ª ed., Butterworths, 2002.
- J. G. COLLIER: *Conflict of Laws*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 1994.
- E. CRAWFORD: *International Private Law (Greens Concise Scots Law)*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1998.
- J. M. CRETNEY y J. M. MASSON: *Principles of Family Law*, 6.ª ed., Oxford, Sweet & Maxwell, 1997.
- DICE & MORRIS: *The Conflict of Laws (Third Supplement to the Thirteenth Edition)*, Thomson-Sweet & Maxwell, 2003.
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- H. IRMA: *The Scottish Law of Succession*, Butterworths, 2002.
- T. LAWSON-CRUTTENDEN Y A. ODUTOLA: «Constructive Trust. A Practical Guide», en *Family Law*, 1995, pág. 560 y sigs.
- L. NEVILLE BROWN: «Angleterre», en *Le régime matrimonial legal dans les législations contemporaines*, 2.ª ed., Paris, Pedone, 1974.
- PARRY and CLARK: *The Law of Succession*, 11.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2002.
- M. PILKINGTON: «Illegal Residence and the Acquisition of a Domicile of Choice», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, pág. 885 y sigs.
- M. E. RODGERS: *Family Law (Blackstone's LLB Cases & Materials)*, Nottingham, 1998.
- S. A. SÁNCHEZ LORENZO: «Artículo 12.5.º», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, págs. 943-973.
- E. E. SUTHERLAND: *Family Law*, Edinburgh, T & T Clark, 1999.
- R. A. D. URQUHART, K. F. C. BAKER y M. P. CLANCY: «Chapter XVII, Royaume-Uni», en *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, t. III, Bruselas, Bruylant, 2003.
- J. WADE: «Domicile: A Re-Examination of Certain Rules», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, 1983, pág. 1 y sigs.
- D. M. WALKER: *The Scottish Legal System*, 8.ª ed., Edinburgh, W. Green-Sweet & Maxwell, 2001, págs. 443-444.

RESUMEN

INVERSIONES. BRITÁNICOS

Se analizan en este trabajo algunos problemas prácticos que suscitan las inscripciones en el Registro de la Propiedad en que se ven involucrados individuos de nacionalidad británica, particularmente cuando resulta preciso determinar su régimen económico-matrimonial y sucesorio. En primer término, se ponen de relieve las dificultades que suscita la determinación de la ley personal de los nacionales británicos, en aplicación de los artículos 9.1.º, 9.2.º y 9.8.º del Código Civil. Dado que no existe una nacionalidad inglesa o escocesa, la delimitación de la ley aplicable entre ellas, a tenor del artículo 12.5.º del Código Civil, requiere poner en práctica el criterio del domicilio, según se concibe en la jurisprudencia de la House of Lords. Ello obliga a clarificar tres conceptos básicos: domicilio de origen, domicilio de elección y domicilio de dependencia. Cuando el domicilio se sitúa en España o en un tercer Estado, es necesario analizar el alcance de las normas de conflicto inglesas y escocesas y, finalmente, determinar en qué casos cabe admitir el reenvío en el Derecho español. Si se establece la aplicación de la ley inglesa o escocesa al régimen económico-matrimonial o a la sucesión, conviene poner en claro el verdadero alcance del Derecho material de estos territorios. Así, frente a la creencia generalizada, el trabajo pone de relieve los derechos reales del cónyuge en la propiedad de la vivienda familiar (constructive trust), incluso en aquellos casos en que el otro cónyuge aparece como único propietario formal. De igual modo, se enfatizan las diferencias entre el Derecho inglés y escocés en materia de libertad de testar, y los límites que ésta afronta incluso en el Derecho inglés. A la luz de este análisis, se formulan algunas propuestas y cautelas para la práctica registral.

ABSTRACT

BRITISH INVESTMENTS

This paper analyses some practical problems of property registration involving individuals of British nationality, particularly when the system governing the individuals' marital assets and succession must be determined. First, stress is laid on the difficulties of determining what law applies to the person of British nationals under articles 9.1, 9.2 and 9.8 of the Civil Code. Because there is no English or Scottish nationality, the delimitation of the law applicable to English persons or Scots, pursuant to article 12.5 of the Civil Code, requires use of the criterion of domicile, as conceived in the jurisprudence of the House of Lords. That makes it needful to clarify three basic concepts: domicile of origin, domicile of choice and domicile of dependence. When the domicile is located in Spain or a third country, it is necessary to analyse the scope of the English and Scottish rules of conflict and, lastly, to determine in what cases referral to Spanish law may be admitted. If the application of English or Scottish law to the system of marital assets or succession is established, it is best to specify the true scope of the substantive law of said territories. So, as opposed to widespread belief, the paper highlights the real rights of the spouse in ownership of the family home (constructive trust), even in those cases where the other spouse appears as the sole formal owner. Similarly, emphasis is placed upon the differences between English and Scottish law in matters of freedom to make wills, and the limits that such freedom faces even in English law. In the light of this analysis, a number of proposals and precautions for the practice of registration are shared.

(Trabajo recibido el 20-06-06 y aceptado para su publicación el 18-08-06)