

# *Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar<sup>1</sup>*

**MIGUEL CHECA MARTÍNEZ**

*Profesor Titular de Universidad Derecho internacional privado  
Universidad de Cádiz*

**SUMARIO:** 1. INSTITUCIONES DE *ESTATE PLANNING* INTERNACIONAL. 2. *PRENUPTIAL AGREEMENTS*. 3. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 4. LA EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL *CIVIL LAW* EN SITUACIONES DE DIVORCIO ANTE JURISDICCIONES DEL *COMMON LAW*. 5. *JOINT PROPERTY* VS. *TENANCY IN COMMON*. 6. FORMAS DE SUCESIÓN ANTICIPADA: DONACIÓN, *TRUST INTER VIVOS* Y FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO. 7. SUSTITUTOS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA (*WILL-SUBSTITUTES*). 8. DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD: LA *PROFESSIO IURIS*

## **1. INSTITUCIONES DE *ESTATE PLANNING* INTERNACIONAL**

La actividad de *estate planning* internacional puede ser conceptualizada como categoría jurídica sistemática relativa a la protección del patrimonio familiar y a la planificación de su transmisión eficiente a la siguiente generación mediante diversas instituciones civiles, evitando las reglas de la sucesión intestada<sup>2</sup>. Naturalmente esta actividad tiene un punto de vista civil internacional y otro fiscal (*international tax estate planning*) que deben ser coordinados, subordinándose en no pocos casos las decisiones concretas a las estimaciones fiscales. Pero al margen de las decisiones concretas

---

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i “Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante situaciones privadas internacionales”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> LYNN, R., MCCOUCH, G., *Introduction to Estate Planning*, 7ª ed., West Academic, St. Paul, 2019, pp. 1-4; STRENG, W., *Estate Planning*, Wiley, Hoboken, 2015, pp. 3-14; LOCONTE S., *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Wolters Kluwer, Milán, 2022, pp. 1-12.

basadas en su menor coste fiscal, es función del Derecho internacional privado, del Derecho civil internacional, aportar las instituciones y técnicas jurídicas que permitan la protección transfronteriza del patrimonio familiar y, en última instancia, la planificación de su transmisión a la siguiente generación. En este sentido, la labor del planificador (*estate planner*) es ciertamente compleja, debiendo contar con horizontes epistemológicos muy diversos que le permitan ir encajando todas las piezas que aportan tanto los distintos derechos materiales (Derecho comparado) como su interacción en situaciones transfronterizas (Derecho internacional privado).

En realidad, la mayoría de las instituciones jurídicas del Derecho civil internacional pueden ser vistas desde el ángulo del *estate planning* internacional, es decir, desde la perspectiva funcional ya indicada, apareciendo así una nueva perspectiva de la misma realidad –una nueva visión de la misma catedral, en alusión conocida a las diferentes versiones que Monet hizo de la catedral de Rouen–. Junto a la perspectiva funcional aparece un segundo elemento característico del *estate planning* internacional que es su carácter preventivo, pues no se trata del análisis y estudio de la regulación legal aplicable con carácter objetivo, es decir, en defecto de pacto o de expresión de voluntad del disponente o de los otorgantes, sino que, por el contrario, se trata de analizar los distintos actos y negocios jurídicos que pueden aportar una modificación voluntaria, es decir, planificada, de la situación patrimonial anterior con vistas a una mejor eficacia civil y fiscal futura.

Una visión reduccionista del *Estate planning* internacional sería aquella que se limita a las instituciones que en el *Common Law* pueden evitar el *probate* o que tienden a evitar el Derecho de sucesiones como puede ser el caso de los mecanismos anticipados de sucesión (donación, *trusts inter vivos*, fundaciones de interés privado) o los *will-substitutes* (seguros de vida, rentas vitalicias, planes de pensiones, cuentas bancarias con orden de pago a un tercero al fallecimiento, etc.)<sup>3</sup>.

Sin embargo, se preferirá aquí la visión amplia conforme a la cual la función del *estate planning* significa protección del patrimonio familiar frente a riesgos jurídicos (situaciones de discapacidad, procesos de divorcio, demandas de acreedores, reclamaciones de autoridades tributarias, etc.) y la

---

<sup>3</sup> BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 345-348; GORÉ, M., "Estate Planning : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain", *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, París, 2001, pp. 383-396.

preparación de su transmisión a la siguiente generación. Esa protección y planificación se alcanza mediante la realización de actos y negocios jurídicos preventivos que se corresponden con los diferentes sectores del Derecho civil: Derecho de la persona, familia, bienes, contratos y naturalmente también mediante los instrumentos propios del ámbito del Derecho sucesorio<sup>4</sup>.

Se puede afirmar lo anterior en primer lugar en el ámbito del Derecho de la persona en relación con la importancia de la ley aplicable al estatuto personal y la oposición entre la conexión basada en el *domicile* en las jurisdicciones del *Common law* y la nacionalidad o la residencia habitual en las jurisdicciones del *Civil Law* y los instrumentos europeos de DIPr<sup>5</sup>. Particularmente relevante será el DIPR en lo relativo a la protección patrimonial de personas mayores en situación de discapacidad a través del nombramiento judicial de curador, situación que cabe evitar preventivamente mediante poderes al afecto (*lasting powers of attorney* en Inglaterra y Gales; *durable powers of attorney* en EEUU), si bien la circulación internacional de estos poderes preventivos sólo queda garantizada en el marco del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos (no ratificado por España)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> KURTZ, Sh., *Wills, Trusts and Estates*, 6ª ed., West Academic, St. Paul, 2021; LYNN, R., MCCOUCH, G., *op. cit.*; WHITEHOUSE, Ch., KING, L., *A modern approach to wills, administration and estate planning*, Jordan, Bristol, 2020; KING, L., *Private client: Wills, trusts and estate planning*, Guilford, CLP, 2021; REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: pratique notariale*, 10ª ed., Defrénois, París, 2018, pp.773-783; *id.*, *Strategie de transmission d'un patrimoine international*, Defrénois, París, 2009, pp. 1-5; SOUDEY, G., *L'estate planning: optimisation civile et fiscale d'une succession internationale (Pratique notariale)*, Lexisnexis, París, 2011.

<sup>5</sup> DAVRADOS, N., "Louisiana My Home Sweet Home: Decodifying Domicile", *Loyola L. R.*, 2018, pp. 288-363; MASEDA, J., *El domicile anglosajón como criterio de vinculación*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020; PFEIFFER, TH., "The Notion of Habitual Residence", en PFEIFFER, Th., *Facilitating Cross-Border Family Life—Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University, Heidelberg, 2021, pp. 9-19.

<sup>6</sup> WARD, C., *Lasting Powers of Attorney*, 4ª ed., Law Society, Londres, 2019, pp. 1-19; FRIMSTON, R., "The 2000 Adult Protection Convention: Sleeping Beauty or too Complex to Implement", en JOHN, Th., *The Elgar Companion to The Hague Conference on Private International Law*, Elgar, Cheltenham, 2020, 226-235; FROHN, E. N., SUMNER, I., "Protecting vulnerable adults across borders: where do we stand", *NIPR*, 2022, pp. 631-649; MUÑOZ FERNANDEZ, A. *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Aranzadi, Cizur menor, 2009, pp. 256-273.

En segundo lugar, entrando en el Derecho de familia, la elección de un régimen económico matrimonial u otro (comunidad de bienes, separación de bienes, participación en ganancias, etc.) de entre los disponibles de conformidad con la ley aplicable objetivamente aplicable según las normas de conflicto del foro o con la ley efectivamente elegida por los esposos mediante pacto para regir su régimen económico matrimonial tendrá consecuencias relevantes durante el matrimonio y a su finalización por fallecimiento o divorcio<sup>7</sup>.

La hipótesis de un futuro divorcio debe ser prevista especialmente en las jurisdicciones del *Common Law* donde, al no existir regímenes económico matrimoniales como tales, la división de la propiedad matrimonial en casos de *ancillary relief* (Inglaterra y Gales) o *equitable division of matrimonial property* (EEUU) tiene efectos patrimoniales similares a los que provoca la disolución de un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes<sup>8</sup>. En este sentido, los *prenuptial agreements* del *Common Law* y las capitulaciones matrimoniales en los ordenamientos del *Civil Law* serán nuestro primer objeto de análisis, sin olvidar la perspectiva dinámica relativa a la eficacia de las capitulaciones del *Civil law* en situaciones de divorcio ante jurisdicciones del *Common Law*, ni la preventiva relativa a los acuerdos de elección de ley aplicable a los regímenes económico-matrimoniales que pueden ser incorporados a las capitulaciones matrimoniales<sup>9</sup>.

En tercer lugar, el Derecho de bienes del *Common law* matiza también la inexistencia de regímenes económico-matrimoniales con la existencia en su sistema de derechos reales de mecanismos de transmisión *mortis causa* no sucesoria hacia el cónyuge superviviente (*right of survivorship*) conforme al sistema de copropiedad denominado de *joint tenancy* (Inglaterra y Gales) o *tenancy by the entirety* (para cónyuges en EEUU) de forma que el cónyuge copropietario superviviente adquiere la totalidad o propiedad completa del activo (sean bie-

---

<sup>7</sup> REVILLARD, M., *Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Defrénois, París, 2020, pp. 225-338; FUSARO, A., “I rapporti patrimoniali tra coniugi in +prospettiva comparatistica”, *Tendenze del Diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2017, pp. 165-227; CALVO BABIO, F., *Regímenes económico-matrimoniales: Derecho internacional privado y compendio de sistemas comparados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-51.

<sup>8</sup> SYMEONIDES, S., *Choice of Law*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 602-606.

<sup>9</sup> CHECA MARTINEZ, M., “Cónyuge y Derecho internacional privado de familia y sucesiones: opciones de planificación y protección patrimonial en perspectiva comparada” en CERVILLA GARZON, M<sup>a</sup> D., BALLESTERROS BARROS, A., *Temas actuales de Derecho privado I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 185-229.

nes inmuebles o cuentas bancarias) y sin que esos bienes puedan ser considerados activos que formen parte de la herencia del causante (salvo únicamente a efectos de cálculos fiscales por previsión legal específica)<sup>10</sup>.

En cuarto lugar, cabe referirse a un grupo de instituciones de *estate planning* que se articula en torno a la idea de *anticipación de la sucesión* entendida como transmisión patrimonial durante la vida del disponente hacia la siguiente generación y cuenta con varias herramientas posibles: a) donaciones *inter vivos*, b) constitución de *trusts inter vivos*, c) constitución de fundaciones de interés privado.

En cuanto a las donaciones, la aplicabilidad del Reglamento 593/2008 (Roma I) a las donaciones *inter vivos*, –puesto que se trata de un supuesto de obligaciones contractuales no excluido del ámbito de aplicación del Reglamento, aunque no se contenga norma especial al respecto–, permite también utilizar la autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable a fin de llegar a resultados óptimos, si se quiere evitar con carácter general la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual del donante como prestador característico o la *lex situs* para el caso de la donación de bienes inmuebles<sup>11</sup>.

En el caso de los *trusts inter vivos*, los bienes que sean aportados al *trust* no pertenecerán a la herencia porque logran salir del patrimonio del constituyente del *trust*. Se evita con ello el *probate* o administración bajo supervisión judicial de la herencia, motivo que justifica la popularidad de esta opción particularmente en el caso estadounidense<sup>12</sup>. El *trust inter vivos* puede contener disposiciones *mortis causa*, por ejemplo, designación de beneficiarios sustitutos para el momento de la muerte del constituyente, pero su eficacia y aplicación es externa al mecanismo sucesorio por lo que suele ser también incluido dentro de la categoría de los *will-substitutes*, especialmente tratándose de un *trust* revocable de modo que el constituyente puede modificarlos o extinguirlos con las limitaciones contenidas en el documento constitutivo del *trust*, resultando con frecuencia que el propio constituyente es el designado beneficiario del *trust*, aunque el *trust* podrá prever beneficiarios sustitutos para el caso de su fallecimiento. Al *trust inter vivos* la ley sucesoria sólo puede afectarle indirectamente, como ocurre en

---

<sup>10</sup> KING, L., *Private client: Wills, trusts and estate planning*, *op. cit.*, pp. 63-70.

<sup>11</sup> GOÑI URRIZA, N., “La ley aplicable a las donaciones internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 100-116; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El Derecho aplicable a las donaciones”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 1, 1997, pp. 63-90.

<sup>12</sup> KURTZ, S., *Wills, Trusts and Estates*, *op. cit.*, pp. 565-595.

el caso de las donaciones inoficiosas, por acciones de cómputo, colación o reintegro de legítima<sup>13</sup>. En cualquier caso, el *trust inter vivos* como herramienta de planificación patrimonial debe ser utilizado cuidadosamente pues se enfrenta a la posible reacción negativa que pueda producirse en los ordenamientos que no reconocen la institución del *trust*, particularmente por cuanto el *trustee* puede encontrar dificultades para proceder a una correcta inscripción registral de cambios de propiedad inmobiliaria y, en general, para la correcta gestión de los activos a él confiados<sup>14</sup>; así como por las consecuencias que resultan de la aplicación de un principio fiscal de transparencia conforme al cual el *trust* produce efectos directos en varios impuestos (renta, patrimonio, sucesiones y donaciones) sobre el propio constituyente o sobre el beneficiario del *trust*<sup>15</sup>.

En el caso de las fundaciones de interés privado e incluso fundaciones familiares, la persona jurídica es constituida como entidad jurídica independiente para llevar a cabo los deseos del fundador. En las fundaciones familiares el fundador puede reservarse facultades para cambiar el objeto de la fundación e incluso proceder a su disolución. La fundación familiar también puede estructurarse íntegramente con fines de planificación patrimonial, de modo que esencialmente permiten realizar pagos a los beneficiarios, incluido el propio fundador, pero pudiendo su ejecución desarrollarse también tras el fallecimiento del fundador en beneficio de los designados como sustitutos del fundador. Algunas jurisdicciones son conocidas por su adaptación hacia las fundaciones de interés privado, incluidas las fundaciones familiares (Liechtenstein, Panamá, Austria, Malta, Gibraltar, Seychelles, etc.), en otras caben fundaciones de interés privado,

---

<sup>13</sup> CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 122-140.

<sup>14</sup> VIRGOS SORIANO, M., *El trust y el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 64-77; GONZALEZ BEILFUSS, C., *El trust: la institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 139-142.

<sup>15</sup> MUÑIZ PEREZ, J. C., *El trust: herramienta de elusión fiscal internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 152-165. La diferente tipología de *trusts inter vivos* y *mortis causa* en realidad es luego transformada en EEUU a efectos fiscales entre *grantor-trusts* y *non-grantor trust*: en los primeros, como consecuencia del grado de control que ha conservado el *settlor* o constituyente sobre los bienes del *trust* y sus rentas, los efectos fiscales se producen en la propia esfera del *settlor*; en los segundos, por el contrario, los efectos fiscales se producen sobre el propio *trust* (*vid. KURTZ, S., Wills, Trusts and Estates, op. cit.*, pp. 646-748).

pero con menor flexibilidad (Alemania, Países Bajos, Suiza, etc.)<sup>16</sup>. La elección de la ley aplicable sólo se realiza indirectamente por el fundador en la fase de creación de la nueva entidad jurídica, al elegir el lugar donde se creará válidamente la fundación, lugar que determinará la ley personal de la fundación (*lex incorporationis*); sin embargo, el pleno reconocimiento jurídico puede denegarse en las jurisdicciones que siguen exclusivamente el modelo de interés público (Francia, España, Portugal, Polonia, etc.)<sup>17</sup>.

En quinto lugar, cabe referirse a las formas de disposición *mortis causa* alternativas a los testamentos: *will-substitutes*<sup>18</sup>. Se basan en la técnica jurídica contractual de designación *mortis causa* de un tercero beneficiario y la consiguiente atribución *post mortem* de propiedad al margen del mecanismo sucesorio o hereditario<sup>19</sup>. Han tenido un desarrollo tipológico bastante notable en el caso de los EEUU (*non-probate revolution*) y mucho menor en Inglaterra y otras jurisdicciones del *Common Law*<sup>20</sup>. En efecto, se trata de una tipología contractual que permite eludir el procedimiento judicial relativo al *probate*, es decir, la necesidad de validación o adveración del tes-

---

<sup>16</sup> PANICO, P., *Private Foundations Law and Practice*, OUP, Oxford, 2014; *id.*, “Private foundations and trusts: just the same but different?”, *Trusts and Trustees*, 2016, pp. 132-139.

<sup>17</sup> FUSARO, A., “Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni”, *Tendenze del Diritto privato in prospettiva comparatistica*, *op. cit.*, pp. 101-114; *id.*, “La fondazione di famiglia in Italia e all'estero”, pp. 115-134.

<sup>18</sup> BRAUN, A. y RÖTHEL A., *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, Hart, Oxford, 2006, pp. 1-6; BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, *op. cit.*, pp. 61-110; TALPIS, A. J., “Succession substitutes”, *Recueil des Cours*, 2011, pp. 9-238; FONGARO, E., “L'anticipation successorale à l'épreuve du "règlement successions"”, *Journal du droit international*, 2014, pp. 476-540.

<sup>19</sup> Con referencia a la Sent. *BGH* 19 octubre 1983 sobre la naturaleza contractual de las estipulaciones a favor de tercero y por completo al margen del Derecho de sucesiones que son características de los *will-substitutes* (DUTTA, A., “Will-Substitutes in Germany”, en BRAUN, A. y RÖTHEL A., *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, *op. cit.*, 183-184).

<sup>20</sup> Han sido objeto de amplia atención legislativa desde la publicación de la obra de LANGBEIN, J. H. “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard L. R.*, 1984, pp. 1108-1141. En la doctrina italiana las sucesiones “anomale” o “parasucesorie” han sido objeto de atención desde la obra de PALAZZO, A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Nápoles, Jovene, 1983 (*vid.* GALLO, P., *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. 2 *Istituti Giuridici*, 3ª ed., Giappichelli, Turín, 2018, pp. 706-709 y bibliografía allí citada).

tamento y la consiguiente administración bajo supervisión judicial de la herencia hasta su distribución entre los herederos propia del ámbito angloamericano, de modo que se trata de *non-probate transfers*<sup>21</sup>. Entre los *will-substitutes* cabe mencionar los siguientes: seguros de vida, rentas vitalicias (*life annuities*), planes de pensiones, cuentas bancarias con designación de otra persona como beneficiario para el momento de la muerte del titular de la cuenta (*payable on death –POD– accounts*), etc.<sup>22</sup>.

En sexto lugar, ya entre las formas testamentarias de transmisión del patrimonio familiar, cabe tener en cuenta en primer lugar, el caso del *trust* testamentario o *trust mortis causa* (*trust will*) donde se trata de crear un trust que producirá efectos únicamente a partir del fallecimiento del testador: el testamento puede ordenar la administración de la herencia por *executors* y a continuación la creación de un *trust mortis causa* sobre determinados activos que serán transferidos a los *trustees*, constituyéndose así un *trust* en favor de una categoría determinada de beneficiarios, por ejemplo, hijos menores de edad o que padezcan algún grado de discapacidad, respecto de los cuales resulta obligado o aconsejable que no se produzca una transmisión directa en su favor de los bienes hereditarios, quedando así protegidos los beneficiarios por la actuación del *trustee*, más allá temporalmente del *probate* o procedimiento de supervisión judicial de la administración de la herencia<sup>23</sup>.

En séptimo y último lugar, la forma esencial de ordenación del *estate planning* internacional será el testamento, esencialmente revocable, y otras disposiciones de última voluntad no revocables como son el testamento mancomunado (*joint wills*) y el pacto sucesorio (*mutual wills, mutual will agreement*)<sup>24</sup>. En la redacción del testamento, la opción técnica fundamental dentro de estos instrumentos será la formalización de una *professio iuris*. La *professio iuris* tiene la virtualidad de consolidar el régimen aplicable a la

---

<sup>21</sup> Se trata del rasgo característico de los *Will-substitutes* en el *Restatement Third of Property: Wills and Other Donative Transfers* (GALLANIS, TH. P., “Will-Substitutes: A US Perspective”, en BRAUN, A. y RÖTHEL A., *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective.*, *op. cit.*, pp. 10-12).

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 9-30.

<sup>23</sup> LAFUENTE SANCHEZ, R., “Testamentary trusts in English Law: an introductory approach”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 96-111, en especial, pp. 101-103.

<sup>24</sup> Con particular relevancia también en el caso alemán y suizo de los *Erbverträge* (*vid.* BONOMI, A. “*Pactes successoraux en droit international privé*”, en BONOMI, A., STEINER, M., *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Ginebra, 2008, pp. 11-25).



legítima frente a futuros cambios de residencia habitual del testador y además evita situaciones de reenvío. Pese a manifestaciones en sentido contrario, la cláusula territorial sigue siendo posible, siempre la que *professio iuris* haya sido manifestada en relación con toda la herencia y haya sido coordinada en los distintos testamentos que haya podido otorgar el causante<sup>25</sup>. El testamento es también lugar para la designación de albacea o *executor* testamentario, especialmente necesario en las jurisdicciones del *Common Law* donde la administración de la herencia es obligada y parte de la obtención del *grant of probate*, ya sea por el *executor* o *personal representative* designado por el testador, o por el designado judicialmente (*letters of administration*)<sup>26</sup>.

En suma, la actividad de *estate planning* obliga a desarrollar una labor compleja donde no ayudan las simplificaciones por autoridades nacionales (DGFPJSJ en el ámbito civil y DGT en el ámbito fiscal) surgidas del desconocimiento de esa complejidad y que pretenden reducir lo complejo mediante visiones parciales que parten de la propia norma como la única existente, cuando en realidad el juego de la planificación patrimonial matrimonial y sucesoria internacional se debe jugar al mismo tiempo en diferentes campos, en función de la localización de los bienes, el causante y los herederos, y con diferentes reglas según las diferentes tradiciones jurídicas vigentes en cada territorio.

## 2. PRENUPTIAL AGREEMENTS

El riesgo jurídico inherente a la discrecionalidad judicial en la determinación de los efectos del divorcio ha llevado en el *Common Law* a reconocer la eficacia vinculante de los acuerdos sobre los efectos de un futuro divorcio pactados por los cónyuges (*prenuptial and postnuptial agreements*). Téngase en cuenta que en el ámbito del *Common Law* solo el *prenuptial agreement* podrá tener el efecto de evitar la división de la propiedad matrimonial como efecto del divorcio (*financial relief* en Inglaterra y Gales y *equitable division of matrimonial property* en los EEUU). En el ámbito del *Common Law*, los

---

<sup>25</sup> CHECA MARTINEZ, M., “La aplicación del Reglamento 650/2012 en la intersección entre *Common Law* y *Civil Law*”, en LARA AGUADO, A., *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 411-461.

<sup>26</sup> KERRIDGE, R., *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, 13<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2016., 439-477; KING, L., *Probate Practitioner’s Handbook*, 9<sup>a</sup> ed., Law Society, Londres, pp. 141-158.

*prenuptial agreements* regulan las obligaciones de alimentos entre cónyuges (*spousal support*), la división de la propiedad matrimonial, cualquier otro efecto patrimonial del divorcio y un amplio conjunto adicional de efectos. Por el contrario, los redactados en el ámbito de los ordenamientos del *Civil law* suelen tener un contenido más limitado, centrado en el régimen de pensiones compensatorias o de alimentos entre cónyuges.

Como es bien conocido, el origen de los *prenuptial agreements* se encuentra en los EEUU: Sent. TS Florida *Posner vs. Posner* 1972 y en los posteriores desarrollos legales y jurisprudenciales según cada Estado<sup>27</sup>. Así, si se quiere acordar un *prenuptial agreement* válido en el Estado de Nueva York deberá consultarse la legislación de ese Estado en cuanto a requisitos de validez formal y material del acuerdo<sup>28</sup>. En cuanto a Derecho uniforme, un número importante de Estados (veintisiete Estados) han seguido la regulación contenida en la *Uniform Premarital Agreement Act* (UPPA) de 1983, mientras que la más reciente *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* (UPMAA) de 2012 sólo ha sido adoptada en dos Estados<sup>29</sup>.

El *prenuptial agreement* tiene como objetivo esencial corregir o matizar las reglas de la *equitable division of property* en los Estados que prevén este efecto del divorcio, sobre todo evitando que el divorcio afecte a la propiedad considerada “*separate property*” o “*non-matrimonial property*” y garantizando que sólo afecte a la denominada “*marital property*” –algo que no está garantizado en todos los Estados– o excluir las reglas de división del régimen económico de comunidad de bienes en los Estados que siguen este régimen, junto con otros acuerdos sobre mantenimiento del otro cónyuge (*spousal support*) e incluso acuerdos sobre menores -sujetos a revisión judicial- sobre custodia de menores, alimentos, etc. El *prenuptial agreement* es caracterizado como un contrato entre los esposos con objeto relativo a los efectos del divorcio, por ello se redacta de conformidad con las exigencias de validez

---

<sup>27</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57-130, sobre la evolución jurisprudencial y legislativa relativa a los *prenups* en EEUU.

<sup>28</sup> BRONSTEIN, P. E., “The Pre-Nuptial Agreement in the United States of America”, en *International Pre-nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Jordan, Bristol, 2011, pp. 473-518, con atención particularizada a la regulación de los *prenups* por la legislación (*Domestic Relations Law*) del Estado de Nueva York.

<sup>29</sup> WADLINGTON, W., *Family Law in Perspective*, 5ª. ed., Foundation Press, St. Paul, 2021, pp. 27-43; CERVILLA GARZÓN, M., “Los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos. The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)”, *Revista de Derecho Civil*, 2017, pp. 3-54.

formal y material del Estado donde se pretende que produzca efectos, y con expreso sometimiento a la misma ley en cuanto a la interpretación y régimen de dicho acuerdo. La eficacia del *prenuptial* en otros Estados de los EEUU o en terceros Estados no está garantizada, por ello se suele recomendar un “*mirror approach*”, de modo que los esposos firmen más de un *prenuptial* en atención al número de jurisdicciones interesadas, los distintos acuerdos deben desde luego ser espejos materiales unos de otros al objeto de evitar contradicciones materiales o estar coordinados por cláusulas de prevalencia tanto en lo relativo a eventuales contradicciones materiales como en relación a la ley aplicable y jurisdicción elegida por los cónyuges.

Los acuerdos prenupciales, como creación jurídica norteamericana, no responden a la tradición jurídica del *Common Law* inglés y la respuesta de los tribunales ingleses en cuanto a la validez y eficacia de los acuerdos prenupciales acordados en el extranjero siempre fue negativa por su contrariedad con el orden público inglés y las concepciones básicas sobre los efectos el divorcio, siempre sometidos a la *lex fori*. Sin embargo, la jurisprudencia inglesa en la última década ha iniciado un giro favorable a su validez y eficacia vinculante para las partes, siempre que el acuerdo haya sido adoptado de manera informada y su contenido sea materialmente justo, teniendo el juez inglés siempre la última palabra en cuanto a la decisión sobre los efectos del divorcio.

La primera Sentencia en este sentido fue la Sentencia de la *Supreme Court* (UK) *Radmacher v. Granatino* 2010 que reconoció validez y eficacia a un acuerdo prenupcial otorgado en Alemania donde el marido en caso de divorcio acepta una pensión compensatoria, pero renuncia al patrimonio de la esposa equivalente a 100 millones de libras. Las condiciones para la validez del prenupcial serían las siguientes: a) ha debido ser libremente consentido por las partes; b) las partes han debido ser informadas de sus contenido y efectos; c) estará siempre sujeto a estándar de *fairness* o justicia que habrán de controlar los jueces. En todo caso, la sentencia matiza que, tratándose de un acuerdo sobre los efectos del divorcio, la ley aplicable es la inglesa y es en el marco de la ley inglesa donde debe valorarse la eficacia de este tipo de acuerdos<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> THOMPSON, Sh., *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice*, Hart, Oxford, 2015; FRANCIS, N., “Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements in the UK (England and Wales)” en *International Prenuptial and Post-Nuptial Agreements*, *op. cit.*, pp. 431-465; HARPER, M., FRANKLE, B., “An English Practitioner’s View on Prenuptials, Postnuptials and Separation Agreements”, en SCHERPE, J. M., *Marital Agreements and Private Autonomy in Com-*

La posterior Sent. *High Court (UK) Hopkins v. Hopkins* 2015 sostuvo la validez de un acuerdo postnupcial otorgado en Inglaterra donde la esposa aceptó simplemente dos propiedades y una parte de la pensión de su esposo (*pension sharing*), cuando este tenía un patrimonio equivalente a 38 millones de libras; la sentencia confirma el acuerdo postnupcial con fundamento en que la esposa había recibido exhaustiva asistencia legal independiente antes de firmar <sup>31</sup>.

### 3. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La posibilidad de pactos relativos a la elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial, antes y después de la celebración del matrimonio en capitulaciones matrimoniales, era regulada en España por los arts. 9.2 y 9.3 CC<sup>32</sup>. Sin embargo, la entrada en vigor el 29 de enero de 2019 del Reglamento 2016/1103 plantea la duda acerca de la utilidad que el art. 9.3 CC pueda tener a partir de la entrada en vigor del Reglamento. En este sentido, el art. 9.3 CC parece resultar aplicable únicamente en relación con aquellas capitulaciones que hayan sido otorgadas antes del 29 de enero de 2019 o las posteriores que refiriéndose a matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor del Reglamento no contengan acuerdos de ley aplicable.

El propio Reglamento 2016/1103 establece en su art. 69 que “las disposiciones del capítulo III sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 de enero de 2019 o después de esa fecha”. El art. 9.3 CC. permite acordar pactos que sean conformes bien con la ley

---

*parative Perspective*, Hart, Oxford, 2012, pp. 122-143; *id.*, “Fairness, Freedom and Foreign Elements –marital agreements in England and Wales after Radmacher v. Granatino”, *Child and Family Law Quarterly*, 2011, pp. 513-527.

<sup>31</sup> Para la jurisprudencia inglesa más reciente *vid.* HERRING, J., *Family Law*, 10.<sup>a</sup> ed., Pearson, Harlow, 2021, pp. 281-290.

<sup>32</sup> Sobre el régimen de los arts. 9. 2º y 3º CC introducidos por la Ley 11/1990 a fin de sustituir los puntos de conexión inconstitucionales utilizados por la versión original del Título Preliminar del CC de 1974 *vid.* AMORES CONRADI, M., “Arts. 9.2 y 3”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Vol. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 181-205; RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares Granada, 2001, pp. 25-42; QUINZÁ REDONDO, J. P., *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 167-209.

que rige los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC) o con la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Esta previsión no sólo se refiere a pactos de contenido material conformados de acuerdo con una determinada ley (aunque eso es lo que dice literalmente el precepto), sino que debe extenderse a cláusulas de ley aplicable incorporadas a capitulaciones matrimoniales donde se contienen los pactos materiales relativos al régimen económico matrimonial. Por ello, si se otorgan capitulaciones a partir del 29 enero de 2019, con independencia de la fecha de celebración del matrimonio, y en ellas se contiene un acuerdo de elección de ley aplicable, este acuerdo se rige por el Reglamento 2016/1103 y, en consecuencia, el contenido de las capitulaciones se regirá por la ley elegida por las partes. Si, por el contrario, las capitulaciones se limitan a contener acuerdos materiales sin contener una elección de ley, seguirá siendo aplicable el art. 9.3 CC, siempre que el matrimonio tenga fecha de celebración anterior a 29 de enero de 2019.

En efecto, el art. 22 del Reglamento 2016/1103 permite a los cónyuges o futuros cónyuges elegir la ley aplicable siempre que se trate de una de las siguientes leyes: a) ley de lugar de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de celebración del acuerdo; b) ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo: incluyendo cualquiera de las nacionalidades que pudiera tener cualquiera de los cónyuges<sup>33</sup>.

Naturalmente el acuerdo por el que se modifica la ley aplicable al régimen económico matrimonial durante el matrimonio está llamado a tener efectos futuros o prospectivos a partir de la fecha de efectividad del acuerdo (art. 22.2). Sin embargo, el Reglamento 2016/1103 permite la eficacia retroactiva con efectos limitados únicamente entre los propios cónyuges, pero incluso extendida al momento inicial del matrimonio (por ejemplo, pasando del régimen de gananciales al de separación de bienes previsto por la ley ahora elegida), pero siempre sin perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros derivados de una ley aplicable anterior (art. 22. 3), que serán los acreedores de la sociedad de gananciales, protegidos frente al cambio que sólo será retroactivo entre los propios cónyuges; la protección de los terceros

---

<sup>33</sup> LAGARDE, P., *Commentaire des Règlements Européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés*, Dalloz, París, 2018, pp. 102-106, con referencia al Considerando num. 50 del Reglamento donde se indica que, sin perjuicio de que en cada Estado miembro existan reglas sobre conflictos positivos de nacionalidad, la elección de cualquiera de las nacionalidades en presencia debería ser válida.

se refiere sólo a derechos subjetivos ya adquiridos y no a legítimas expectativas como pudieran las que corresponde a los herederos antes del momento de la apertura de la sucesión; en el cambio inverso, de separación de bienes a gananciales, estarán protegidos los terceros adquirentes de un inmueble privativo ya transmitido por uno de los cónyuges, etc.<sup>34</sup>.

El acuerdo sobre ley aplicable puede contenerse dentro de capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, pero en todo caso queda sometido especiales a unas condiciones de validez formal en el propio art. 23.1 (debe realizarse por escrito y estar fechado y firmado por ambos cónyuges), pudiendo llegar estas condiciones formales a ser las mismas que las exigibles a las capitulaciones matrimoniales si la ley del lugar de residencia de los cónyuges o de cualquiera de ellos establece requisitos adicionales para las capitulaciones matrimoniales, es decir, la necesidad de otorgar escritura pública notarial u otros requisitos adicionales (art. 23.2, 3 y 4).

La forma de las capitulaciones se ha regido tradicionalmente en el Derecho internacional privado español por el art. 11 CC. Así, si la ley aplicable al fondo (arts. 9.2 y 9.3 CC) exige forma solemne (escritura pública) esta deberá ser respetada. Para matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019, el art. 25 del Reglamento regula a su vez la validez formal de las capitulaciones matrimoniales, remitiéndose a lo previsto por la ley aplicable al fondo o la ley del lugar de residencia habitual en un Estado miembro de cualquiera de los cónyuges en lo relativo a la exigencia de requisitos formales adicionales, de manera que el Reglamento introduce un régimen de validez formal más exigente que el existente hasta la actualidad<sup>35</sup>. Así, un acuerdo sobre régimen económico con elección de ley entre

---

<sup>34</sup> BONOMI, A., WAUTELET, P., *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruselas, 2021, pp. 647-667; OPREA, E. A., “Party Autonomy and the Law Applicable to the Matrimonial Property Regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 579-596; RADEMACHER, L., “Changing the Past: Retroactive Choice of Law and the Protection of Third Parties in the European Regulations on Patrimonial Consequences of Marriages and Registered Partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 7-18; AÑOVEROS TERRADAS, B., “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241-272.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho internacional privado*, 12 ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 528.

cónyuges daneses residentes en España celebrado en España no habría tenido necesidad de haber sido elevado a escritura pública en España en el pasado, bastando con cumplir las condiciones formales del Derecho danés de la nacionalidad común de los cónyuges, que sólo exige inscripción en los juzgados de familia; sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento los requisitos adicionales previstos por la ley del lugar de residencia habitual (escritura pública) serán exigibles.

#### 4. LA EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL *CIVIL LAW* EN SITUACIONES DE DIVORCIO ANTE JURISDICCIONES DEL *COMMON LAW*

En el Derecho de Inglaterra y Gales, las capitulaciones matrimoniales de la familia del *Civil Law* tienen una eficacia dudosa, en la medida en que el juez inglés que conozca del divorcio aplicará al divorcio y sus efectos la *lex fori* como *lex causae* y no se sentirá vinculado por una capitulación matrimonial cuando tenga que proceder a la división de la propiedad matrimonial, así que haber pactado separación de bienes en España o Francia no impedirá al juez inglés proceder a la división de todas las propiedades del matrimonio, incluidos bienes considerados privativos por los cónyuges. Es decir, la petición de *ancillary financial relief* por el cónyuge en el proceso de divorcio que conduzca a la división de propiedad matrimonial no quedará limitada por el hecho de que existan capitulaciones matrimoniales extranjeras estableciendo separación de bienes. El juez inglés puede tomar en consideración este hecho junto con el resto de las circunstancias a fin de determinar el modo de división y asignación de bienes a cada cónyuge, pero en absoluto impedir que los bienes privativos entren dentro del cálculo necesario para proceder a la división de la propiedad matrimonial.

En las jurisdicciones del *Common Law* sólo un *prenuptial agreement* atiende realmente a la cuestión que allí interesa que es la de los efectos del divorcio sobre los bienes matrimoniales, nunca unas capitulaciones matrimoniales que, desde el punto de vista anglosajón atienden a preocupaciones propias de los sistemas de Derecho civil (capacidad del cónyuge casado para celebrar por sí solo contratos y negocios jurídicos, régimen de responsabilidad de un cónyuge frente a terceros por las deudas del otro cónyuge, etc.).

A fin de adelantarse a las consecuencias de un previsible cambio de residencia de un matrimonio desde una jurisdicción del *Civil Law* a una del *Common law*, además de unas capitulaciones en las que se establezca el régimen de separación de bienes, habrá de firmarse un *prenuptial* o *postnuptial* agre-

ement, según el caso, que respete las condiciones previstas por el Derecho inglés para la eficacia de este tipo de acuerdos: a) asesoramiento jurídico distinto para cada una de las partes acerca de las consecuencias de la firma del acuerdo; b) inventario de los bienes; etc. El contenido típico del *prenuptial agreement* se referirá a la determinación de la compensación económica que recibirá el otro cónyuge en caso de divorcio (*financial provision*) a fin de poder cubrir sus necesidades futuras así como las de los menores y compensarle por la dedicación al matrimonio, así como a la determinación de los bienes que podrán ser considerados como matrimoniales (*marital property*) y podrán ser divididos entre los esposos (dejando fuera los bienes prematrimoniales o los bienes heredados durante el matrimonio, etc.).

Situación distinta parece ser la eficacia en EEUU de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en jurisdicciones del *Civil Law*. En este sentido, la jurisprudencia suele ser favorable a reconocer su validez y su eficacia en EEUU, conforme a las condiciones establecidas por la legislación del lugar donde fueron otorgadas, a fin de poder excluir la aplicación de la *equitable division of matrimonial property* vigente en la mayoría de Estados, en la medida en que haber pactado un régimen de separación de bienes mediante capitulaciones matrimoniales desplaza la presunción sobre el carácter matrimonial de los bienes adquiridos durante el matrimonio e impide la existencia bienes calificables como matrimoniales a efectos de su división (así, en relación a la eficacia en Nueva York -*Domestic Relations Law*- de unas capitulaciones de separación de bienes otorgadas en Francia, la Sent. *Van Kipnis v. Van Kipnis*, 2007)<sup>36</sup>. Las capitulaciones matrimoniales de separación de bienes otorgadas en el extranjero también permiten excluir el régimen de comunidad de bienes existente en algunos Estados norteamericanos (así, la Sent. *Fernandez v. Fernandez*, 1961, en relación con la eficacia en California de capitulaciones de separación de bienes otorgadas en México)<sup>37</sup>.

En todo caso, la recomendación para el caso estadounidense puede ser similar a la propuesta en el caso inglés. A fin de evitar el riesgo de que unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en una jurisdicción del *Civil law* puedan no ser reconocidas en un Estado de los EEUU, se aconseja redactar un *prenuptial agreement* que cumpla los requisitos de validez formal y sustancial del Estado en cuestión. La eficacia del *prenuptial* se puede hacer depender incluso de la condición previa de que no se produzca el recono-

---

<sup>36</sup> KUCINSKI, M., *Family Law Across Borders*, West Academic, St. Paul, 2021, pp. 111-114.

<sup>37</sup> WADLINGTON, W., *op. cit.*, p. 33.



cimiento pleno de efectos a las capitulaciones matrimoniales otorgadas en otra jurisdicción. Es decir, en los casos en que se contrae matrimonio en una jurisdicción del *Civil law*, pero se anticipa un posible cambio de residencia a una jurisdicción del *Common law*, las capitulaciones, seguidas de un *prenuptial* (de rango secundario, en la medida que se establece su eficacia para el caso en que las capitulaciones no sean reconocidas) parece lo más razonable. Para la hipótesis inversa, matrimonio a celebrar con residencia en una jurisdicción del *Common Law*, pero que anticipa un posible cambio de residencia a una jurisdicción del *Civil law*, el *prenuptial* parece la primera opción, pero la conveniencia de otorgar capitulaciones de modo complementario también resulta evidente, pudiendo preverse distintos mecanismos de coordinación entre ambos negocios: a) preferencia del *prenuptial* en las relaciones entre cónyuges; b) preferencia de las capitulaciones en las relaciones con terceros; c) preferencia del *prenuptial* en caso de divorcio en la jurisdicción de origen del matrimonio; d) preferencia de las capitulaciones en caso de divorcio en la jurisdicción de un tercer Estado, etc. Estos mecanismos de coordinación pueden ser explícitos en ambos negocios si ello es posible o constar por separado en un *master agreement* entre las partes.

## 5. JOINT PROPERTY VS. TENANCY IN COMMON

La distinción del *Common Law* entre bienes adquiridos en *Joint tenancy*, –*Tenancy by the entirety* para el caso de los cónyuges en los EEUU<sup>38</sup>–, es decir, en régimen de comunidad de bienes solidaria o sin cuotas, y los bienes adquiridos como *Tenancy in common* (comunidad de bienes mancomunada o por cuotas propia del *Civil Law*, ya sean iguales o distintas) no es aplicable a la adquisición de bienes inmuebles en España por ser una cuestión calificable dentro del ámbito de los derechos reales y, por tanto, sujeta a la *lex rei sitae* (art. 10.1 Cc).

El Reglamento 650/2012 de sucesiones no resulta aplicable a la cuestión, estando expresamente excluida (art. 1.2) de su ámbito material de aplicación los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante “propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite”, es decir, se excluye la determinación de la ley aplicable a la transmisión automática de propiedad al

---

<sup>38</sup> GALLANIS, TH. P., “Will-Substitutes: A US Perspective”, *op. cit.*, pp. 16-17; KURTZ, S., GALLANIS, T., HOVENKAMP, H., *The Law of Property*, 7<sup>a</sup> ed., West, Saint Paul, 2018, pp. 248-249.

resto de copropietarios supervivientes (*ius accrescendi*) que se produce por fallecimiento de uno los copropietarios en casos de *joint tenancy with right of survivorship* en el *Common law*<sup>39</sup>. Lo mismo cabe decir para el caso francés (también belga o luxemburgués) en supuestos de comunidad de origen contractual como el *pacte tontinier* (sólo posible para cónyuges en régimen de separación de bienes que adquieren bienes inmuebles)<sup>40</sup>.

El principal efecto de una situación de *joint tenancy* entre cónyuges, convivientes, o demás situaciones de compradores en tal concepto, es que todos son propietarios en la misma medida con independencia de cuál haya sido su aportación en la compra de la propiedad (propiedad en situación de indivisión y sin precisión de cuotas)<sup>41</sup>. Otro efecto esencial de la copropiedad solidaria consiste en que al fallecimiento de uno de los copropietarios se extingue su derecho y acrece el derecho del resto de propietarios supervivientes (*right of survivorship*) de acuerdo con lo previsto por la *lex rei sitae*, de manera que ese derecho no se integra entre los bienes de su herencia y escapa del *probaté*<sup>42</sup>. Cuestión distinta es que la legislación fiscal del impuesto de sucesiones (*Inheritance Tax*) sí contemple expresamente dentro del hecho imponible este tipo de transferencia de bienes *mortis causa*, pero no sucesoria, tanto en relación con bienes inmuebles como *joint bank accounts*<sup>43</sup>.

Por el contrario, en la situaciones de *Tenancy in Common* cada propietario es titular de una cuota en la propiedad indivisa, esa cuota puede intentar reflejar la contribución de cada adquirente en la compra, aunque la cuota puede ser ficticia (por ejemplo 50/50) y las verdaderas contribuciones de cada parte quedar reflejadas en un documento privado (*declaration of trust*) a efectos de un ulterior cambio de la titularidad formal sobre la

---

<sup>39</sup> BONOMI, A., WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 99-100.

<sup>40</sup> REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: pratique notariale, op. cit.*, pp. 748-749.

<sup>41</sup> KERRIDGE, R., *Parry & Kerridge. The Law of Succession, op. cit.*, 13ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2016., pp. 1-6; HARPUM, CH., BRIDGE, S., DIXON, M., *Megarry & Wade. The Law of Real Property*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, pp. 495-559.

<sup>42</sup> BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning, op. cit.*, pp. 217-220.

<sup>43</sup> KING, L., *Private client: Wills, trusts and estate planning, op. cit.*, pp. 63-70.

propiedad, normalmente en el momento de la apertura de la sucesión<sup>44</sup>; en caso de fallecimiento de un propietario mancomunado su cuota sí pasa a formar de parte de su herencia, por lo que deberá estar cubierta en las disposiciones testamentarias que pudieran existir.

## 6. FORMAS DE SUCESIÓN ANTICIPADA: DONACIONES, TRUST INTER VIVOS Y FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

En el *Common Law*, la inexistencia de legítimas aporta una mayor flexibilidad a las opciones de *estate planning* y son posibles formas de anticipación de la sucesión mediante donaciones y otras liberalidades, *trusts inter vivos*, fundaciones privada o familiares, etc.<sup>45</sup>. La protección de las donaciones y *trusts inter vivos* como elemento de seguridad del tráfico jurídico frente a las legítimas previstas por la *lex successionis* y la preocupación por una eventual desventaja de la industria legal inglesa del *estate planning* frente a la compe-

---

<sup>44</sup> Es un supuesto de *constructive trust* aplicable en todas aquellas situaciones en las que la titularidad formal de la propiedad debe ser matizada por el hecho de haberse adquirido el bien inmueble en todo o en parte con bienes de otra persona de modo que el propietario formal será propietario fiduciario del no aparente, con las dificultades que este modelo plantea en cuanto a su producción de efectos en España y, en particular, su traslación al Registro de la Propiedad español (*vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 697, 2006, pp. 2012-2022).

<sup>45</sup> Sobre los orígenes históricos de la libertad de testar en el *Common Law* en el s. XVII en la obra de EDWARD COKE hasta su afirmación legal en los siglos XVII y XVIII frente a las anteriores restricciones de origen germánico existentes en relación tanto con la *real property* — derechos del primogénito— como con la *personal property* *vid.* MATTEI, U., “La successione contro la volontà del testatore. Radici profane di una contrapposizione sacra fra Common Law e diritti romanistici”, en CENDON, P., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 763-789. La inexistencia de legítimas por una parte y, de otra parte, la visión patrimonialista y territorialista de la administración de la herencia permiten desde luego distinguir claramente el modelo sucesorio del *Common Law*, *vid.* ZOPPINI, A. *Le successioni nel diritto comparato*, en ALPA, G., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 417-436; *id.*, *Le successioni in diritto comparato*, UTET, Turín, 2002; DE WAAL, M. J., “Comparative Succession Law”, en REIMANN M. y ZIMMERMANN, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, pp. 1071-1098; CALÓ, E., “La successione mortis causa in diritto comparato”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milán, 2013, pp. 209-242.

tencia de otras jurisdicciones del *Common Law* (Nueva York, Delaware, etc.) y especialmente de jurisdicciones *offshore* (algunas bajo soberanía británica como Jersey, Guernsey y la Isla de Man entre las *Crown dependencies* y Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands o Gibraltar entre los *Overseas territories*) estuvo desde luego en la base de la negativa del Reino Unido a participar en el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones internacionales<sup>46</sup>. Cabe recordar aquí que en una sucesión regida por el *Common Law*, de manera consecuente con el principio de libre disponibilidad, las donaciones y liberalidades efectuadas por el causante durante su vida, así como los *trusts inter vivos* que haya podido constituir, no pertenecen a la herencia ni pueden ser traídas a colación o cómputo (*clawback*), ya sea la sucesión testamentaria o intestada<sup>47</sup>.

Las donaciones inter vivos se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, por lo que el art. 10.7 CC resulta desplazado, salvo en lo relativo a las donaciones interregionales (a las que es aplicable ley de la vecindad civil del donante *ex arts.* 10.7 y 16 CC). En defecto de elección de ley aplicable (art. 3), será aplicable la ley del lugar de la residencia habitual del donante como prestador característico (art. 4.2), salvo juego de la cláusula de excepción (art. 4.3). Sin embargo, la donación de bienes inmuebles como contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario estaría sometida a la *lex rei sitae* (art. 4.1.c). Quedan excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I las donaciones que constituyan negocios de derecho de familia, es decir, que afecten al régimen económico matrimonial: donaciones entre cónyuges que incidan sobre su régimen económico matrimonial y las donaciones *propter nuptias*, no si se trata únicamente de donaciones de bienes privativos entre cónyuges<sup>48</sup>. Asimismo, resultan excluidas del Reglamento Roma I las donaciones *mortis causa*, que

---

<sup>46</sup> HARRIS, J., “The proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges”, *Trust Law International*, 2008, pp. 181-235; *id.*, “Understanding the English response to the Europeanisation of Private International Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 4, 2008, pp. 364-367.

<sup>47</sup> MALUMIAN, N., “Trusts as estate planning tools for settlors in forced heirship jurisdictions”, *Trust & Trustees*, 2014, pp. 1-8. Por el contrario, en las jurisdicciones del *Civil Law* la regla es la reducción de liberalidades inoficiosas, *vid.* HOLLIDAY, J., *Clawback Law in the Context of Successions*, Hart, Oxford, 2020; BENDELAC, E., “L’articulation des institutions d’*estate planning* et du droit des successions français”, *Droit & Patrimoine*, 2017, págs. 26-35.

<sup>48</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Las donaciones entre cónyuges en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 430-474.

quedarán sometidas a las normas de conflicto en materia de sucesiones, no resultando claro que se encuentren bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 que sólo define como disposiciones *mortis causa* a los testamentos, los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios. En favor de su inclusión, cabe referirse al Considerando 14, para argumentar que si la *lex successionis* designada por el Reglamento calificase a la donación *mortis causa* como institución que participa de la naturaleza de las instituciones testamentarias, no debería existir inconveniente. Sobre la donación *mortis causa* existe una importante diferencia entre los ordenamientos del *Civil Law*, donde la donación *mortis causa* suele ser posible, aunque tendrá el tratamiento del resto de actos o disposiciones *mortis causa*, y los ordenamientos del *Common Law* donde su admisión está limitada a supuestos muy excepcionales: inminencia de fallecimiento y siempre que se haya producido además la transmisión o entrega de la cosa al donatario (*King v. The Chiltern Dog Rescue*, 2015)<sup>49</sup>.

El *trust inter vivos* supone una herramienta habitual de organización y protección patrimonial en el Derecho comparado porque los bienes aportados al *trust* no seguirán dentro del patrimonio del constituyente del *trust* ni de su herencia y tampoco entran a formar parte del patrimonio de los designados como beneficiarios. Los bienes son transferidos a los *trustees* que se convierten en propietarios formales (*legal ownership*) aunque en interés de los beneficiarios del *trust* (*equitable ownership*). Se crea de ese modo un patrimonio separado y protegido frente a eventuales acreedores tanto del constituyente como de los beneficiarios. El *trust inter vivos* puede contener también disposiciones *mortis causa*, por ejemplo, la designación de beneficiarios sustitutos, pero su eficacia y aplicación es externa al mecanismo sucesorio. La ley aplicable al *trust*, a su constitución, funcionamiento y extinción, así como a las relaciones entre las distintas partes (constituyente, trustee y beneficiario) será la ley elegida en el documento constitutivo del *trust*, en su defecto, el criterio del “*domicile*” del *trust* como punto de conexión basado en la agrupación de los contactos más relevantes (domicilio del *trustee*, lugar de la administración del *trust*, lugar de situación de los bienes, etc.) está tan establecido en el ámbito del *Common law* que las jurisdicciones del *Civil law* que no han ratificado el Convenio de La Haya

---

<sup>49</sup> KERRIDGE, R., *The Law of Succession*, *op. cit.*, pp. 135-151.

de 1985 como es caso español sólo podrán desarrollar criterios similares por vía legislativa o jurisprudencial<sup>50</sup>.

Cuestión distinta es que la sucesión haya sido organizada mediante un trust testamentario o *trust mortis causa* (*trust will*) en cuyo caso no se trata de una forma anticipada de transmisión de los bienes hereditarios a *trustees* en favor de posibles beneficiarios, sino de una forma de ordenar la sucesión para el momento de la muerte, en la que el testador, tras ordenar lo relativo a la administración de la herencia, dispone la transmisión de bienes a unos *trustees* en beneficio de una categoría de personas, por ejemplo, hijos menores de edad o hijos con alguna discapacidad. El *trust* creado *mortis causa* pervivirá más allá del *probate* o procedimiento de supervisión judicial de la administración de la herencia, subsistiendo el tiempo indicado por el testador en interés de los beneficiarios del *trust*, quienes quedan protegidos por la actuación de los *trustees* y también por el hecho de que no han llegado a ser propietarios de los bienes transferidos al *trust*, por lo que sus acreedores no podrán dirigirse contra tales bienes<sup>51</sup>. Si la constitución y funcionamiento del *trust*, así como las relaciones entre sus partes no son materia sucesoria (art. 1.2), sin embargo, el Reglamento 650/2012 prevé en su Considerando 13 que en el caso del *trust* testamentario (*testamentary trusts*) y en los *trusts* previstos por la ley (*statutory trusts*) será la ley aplicable a la sucesión la que regulará la transmisión de los bienes y la determinación de los beneficiarios, así como los poderes del *executor trustee* o del *personal representative*<sup>52</sup>.

La circulación del *trust* como institución angloamericana de planificación patrimonial ha quedado ampliada por la ratificación del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento por Estados de la familia jurídica del *Civil Law* (Italia, Malta, Países Bajos, Luxemburgo, Suiza, Mónaco, Panamá, Liechtenstein y San Marino) junto con Estados del *Common Law* (Reino Unido, Chipre, Canadá -excepto Quebec-, Australia y China -sólo para Hong-Kong)<sup>53</sup>. Un efecto

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, pp. 837-838; CHECA MARTINEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 124-126.

<sup>51</sup> LAFUENTE SANCHEZ, R., "Testamentary trusts in English Law: an introductory approach", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 96-111.

<sup>52</sup> BONOMI, A., WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 du 4 juillet 2012*, *op. cit.*, pp. 107-116.

<sup>53</sup> La expansión de la institución ha sido imparable en la modalidad conocida como *offshore trusts*, donde no es necesario que ni constituyente ni beneficiarios sean residentes, ni siquiera que los activos se encuentren en esa jurisdicción, siendo exigida únicamente la residencia del *trustee* (Chipre, Malta, Jersey, Guernsey, Man,

inesperado de la ratificación por Italia ha sido la creación en aquel país de los denominados *trusts interni*, es decir, que se refieren a activos situados en Italia y con beneficiarios en Italia, estando situados en Italia el resto de sus elementos característicos, pero que han sido sometidos expresamente a una ley extranjera que sí regula el *trust* y en virtud de esa sumisión quedan al amparo de lo previsto en el Convenio<sup>54</sup>.

En todo caso, la aplicación del Convenio de La Haya siempre ha significado reconocer el límite que para la efectividad del *trust* puede suponer la legítima prevista por la *lex successionis*<sup>55</sup>. En efecto, la *lex successionis* regirá la determinación de la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de testar, así como los criterios de cómputo, imputación y de intangibilidad cuantitativa de la legítima: es decir, como se calcula el total de la herencia y la parte que corresponde a los legitimarios en función de la suma a la herencia del valor de las donaciones y liberalidades realizadas por el causante, los legados y demás disposiciones testamentarias de activo. En este sentido, la limitación afecta de manera directa a los *trusts* testamentarios, a los que sí resulta de aplicación el Reglamento 650/2012 de acuerdo con lo previsto en el Considerando 13 del Reglamento<sup>56</sup>. Pero también afectará, aunque de forma indirecta, a *trusts* creados *inter vivos*, que podrán ser calificados de forma análoga a las donaciones inoficiosas o colacionables<sup>57</sup>; sin olvidar que también cabe mediante un

---

Bermudas, Islas Caimán, etc.), *vid.* MUÑIZ PEREZ, J. C., *El trust: herramienta de elusión fiscal internacional*, *op. cit.*, pp. 75-77.

<sup>54</sup> *Vid.* LUPOLI, M., “Trusts in Italy as a living comparative law laboratory”, *Trusts and Trustees*, 2013, pp. 383-389; *id.*, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer Cedam Milán, 2020, pp. 265-276; GRAZIADEI, M., “Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience”, en SMITH, L., *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. pp. 29-82; BARTOLI, S., *La tutela del patrimonio familiar. Affidamento fiduciario, atto di destinazione e trust*, Giuffrè, Milán, 2018, pp. 2-169.

<sup>55</sup> CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en Derecho español*, *op. cit.*, pp. 122-140; GODECHOT, S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Panthéon-Assas, París, 2004.

<sup>56</sup> LAFUENTE SANCHEZ, R., “Cross border testamentary trusts and the conflict of laws”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 184-207, pp. 195-196.

<sup>57</sup> La impugnación del *trust inter vivos* con fundamento en la protección de los derechos de legitimarios no es sencilla, así el el Auto TS, Sala Primera, de lo civil, de 28 de febrero de 2018 (ponente: M<sup>a</sup> Angeles, Parra Lucan), es expresivo de este tipo de litigación. En el caso, un *trust inter vivos* (“Alfredo González Díez Trust”) con

*pour-over will* transferir mortis causa bienes del testador a un *trust inter vivos* irrevocable constituido con anterioridad<sup>58</sup>. A fin de evitar la posible incidencia futura de la *lex successionis*, la protección del patrimonio transmitido al *trust* se refuerza en muchas jurisdicciones mediante disposiciones legales especiales (Nueva York, Delaware, South Dakota) que impedirían aplicar derechos de herencia forzosa conforme a la legislación de otras jurisdicciones e incluso se llega a establecer expresamente que no será posible alegar derechos establecidos por legislaciones extranjeras e incluso ya aplicados por sentencias extranjeras (Jersey, Guernsey, Gibraltar, etc.), o se establece el carácter de orden público positivo del principio de libre disponibilidad del causante (Panamá)<sup>59</sup>.

En el lado contrario de la ecuación, la preocupación por la protección internacional de la legítima, ha llevado al legislador francés como reacción a casos notorios como el de la sucesión de la estrella de rock francesa Johnny Hallyday, a reintroducir mediante Ley de 24 de agosto de 2021, con efectos desde 1 de noviembre de 2021, un derecho de retención (*droit de prélèvement*) en el art. 913 *Code Civil* sobre los bienes de la herencia existentes en Francia para los descendientes o sus herederos, hasta el límite de la reserva que les concede la ley francesa, siempre que el causante o al menos uno de sus descendientes sean en el momento del fallecimiento nacionales de un Estado miembro de la UE o tenga allí su residencia habitual y siempre que la ley extranjera aplicable a la sucesión no establezca ningún mecanismo de protección de la legítima de los descendientes<sup>60</sup>.

---

disposiciones mortis causa, creado con elección expresa de ley inglesa recae sobre acciones de sociedades españolas. Los herederos solicitan la nulidad del trust por haber sido instrumento de “fraude a los derechos hereditarios de los hijos” y que se reintegre a la herencia todo el patrimonio del trust. El Auto no considera probado perjuicio a los legitimarios y acuerda inadmitir el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida que rechazó por completo la demanda. En realidad, el *trust* sigue vigente porque su extinción está prevista solo al fallecimiento del cónyuge del constituyente y protector del *trust* y todos los hijos del causante son potenciales beneficiarios del *trust*.

<sup>58</sup> LYNN, R., MCCOUCH, G., *Introduction to Estate Planning, op. cit.*, pp. 196-201.

<sup>59</sup> Para el caso de Gibraltar *vid. Trusts (Private International Law) Act 2015*, en vigor desde el 17 de septiembre de 2015, inspirada en las legislaciones anteriores sobre *trusts* de Jersey y Guernsey.

<sup>60</sup> Art. 913 *Code civil* : « Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses



La constitución de fundaciones de interés privado o familiar es otra forma anticipada de organizar la sucesión. Son posibles en un número limitado de jurisdicciones (Holanda, Italia, Austria, Alemania, Suiza, Liechtenstein, Jersey, Gibraltar, Panamá, Seychelles, etc.) y se oponen al modelo contrario que sólo reconoce validez a las fundaciones de interés público (Francia, España, Portugal, Polonia, etc.)<sup>61</sup>. En España deberá reconocerse la personalidad jurídica a las fundaciones de interés privado extranjeras si han sido válidamente constituidas con arreglo a su ley personal, por ejemplo, como titulares de bienes inmuebles en España. De conformidad con lo previsto en el art. 6 de la Ley 50/2002 de fundaciones, si la fundación desarrollase su actividad fundamentalmente en España deberá tener domicilio en España, algo que no será posible en el caso de las fundaciones de interés privado extranjeras<sup>62</sup>. Si es extranjera, pero desarrolla actividades en España deberá tener una delegación en España (art. 7 Ley 50/2002) que servirá como domicilio en España; sin embargo, en el caso de las fundaciones extranjeras de interés privado el acceso al Registro de Fundaciones extranjeras que desarrollan actividades en España será denegado. La RDGRN de 24 de enero de 2008 optó de manera excesiva por denegar incluso la inscripción en el Registro de la propiedad de la donación efectuada a una fundación de interés privado panameña por considerar que ser propietaria de bienes inmuebles constituye una actividad permanente en España que requiere inscripción en el Registro de fundaciones españolas; opción que naturalmente no es posible para una fundación de interés privado extranjera.

---

héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci », *vid.* LAGARDE, P., “Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2021, pp. 291-295 y demás contribuciones en ese número monográfico. Sin embargo, la *Cour de Cassation* en su Sentencia de 27 de septiembre de 2017, había estimado que la *réserve héréditaire* no es de orden público internacional, *vid.* RASS-MASSON, L., “The Impact of European Private International Law and the réserve héréditaire in France, en SCHERPE, J., *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 195-212.

<sup>61</sup> FUSARO, A., “Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni”, *Tendenze del Diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2017, pp. 101-114; *id.*, “La fondazione di famiglia in Italia e all'estero”, pp. 115-134.

<sup>62</sup> GARDEÑES SANTIAGO, M., “El Derecho internacional privado de fundaciones a la luz de la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 1, 2004, pp. 251-272.

## 7. SUSTITUTOS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA (*WILL-SUBSTITUTES*)

Además de la existencia de formas anticipadas de transmisión de bienes, con alcance más amplio en el *Common Law* pero también en el *Civil Law*, existen diversas formas de disposición *mortis causa* alternativas a los testamentos: *will-substitutes*. Así ocurre con la designación del beneficiario en seguros de vida, rentas vitalicias (*life annuities*), planes de pensiones, cuentas bancarias con designación de beneficiario (pay on death –POD—accounts, *trust accounts*, etc.), registro de orden de transmisión de participaciones a un beneficiario a la muerte de su propietario (*transfer on death*—*TOD*—*registration of securities*, e incluso registro órdenes de *transfer on death* para vehículos de motor y *deeds of land*<sup>63</sup>.

En todos estos casos la transmisión de propiedad se producirá *mortis causa*, pero al margen del fenómeno sucesorio, porque el elemento fundamental de transmisión es la cláusula expresa de designación de beneficiario prescindiendo de la designación de herederos o de la tramitación de la herencia. Así, de acuerdo con lo previsto por el art. 84 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980 es derecho del tomador “designar beneficiario o modificar la designación anteriormente realizada, sin necesidad de consentimiento del asegurador. La designación del beneficiario podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento”. Por su parte, el art. 85 de la misma Ley precisa que “la designación del cónyuge como beneficiario atribuirá igualmente tal condición a quien lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado”, cuestión distinta es que la designación de beneficiarios se haga con referencia a los “herederos legales”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> GALLANIS, TH. P., “Will-Substitutes: A US Perspective”, *op. cit.*, pp. 9-30. Para el caso español *vid.* TARABAL BOSCH, J., *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión. Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will-substitutes en España*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 29-60; SERRANO DE NICOLÁS, A., “Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (*will-substitutes*)”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M., *Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y trust*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 491-522.

<sup>64</sup> VAQUER ALOY, A., “Cuestiones sobre la designación de beneficiarios de los *will substitutes* en los derechos civiles vigentes en España”, en TARABAL BOSCH, J., *op. cit.*, pp. 123-124; BARRÓN ARNICHEs, P. “Will Substitutes y Derechos sucesorios familiares”, *op. cit.*, pp. 143-144.

Por ello, los *will-substitutes* quedan fuera expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012: según el art. 1. 2º g) Reglamento 650/2012 quedan excluidos los derechos que puedan transmitirse mortis causa en virtud de “planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra i)”. Esta última excepción contempla “la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios”. En efecto, aunque ese tipo de transacciones queden fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, no cabe olvidar que la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de las legítimas prevista por la *lex successionis* puede introducir algún límite a posteriori sobre estas formas alternativas de disposición *mortis causa* no testamentarias, pudiéndose traer a colación en la tramitación de la herencia las cantidades aportadas por el causante a este tipo de seguros u otras formas de inversión con designación expresa de beneficiario<sup>65</sup>.

La doctrina europea ha intentado acercarse a este conjunto de instituciones del Derecho estadounidense desde una perspectiva conflictual autónoma, es decir, propia de las instituciones de *estate planning*. En este sentido, en defecto de pacto de elección de ley, se ha llegado a proponer la aplicación de la ley de lugar de residencia habitual del constituyente siempre que esta ley permita la existencia y validez de este sustituto del testamento, resultando nulo en caso contrario<sup>66</sup>. Sin embargo, la validez y efectos de este tipo de sustitutos del testamento depende de la existencia de regulación legal que los permita de acuerdo con la legislación contractual o específica de que se trate (seguros, planes de pensiones, etc.) y de la no oposición de la ley sucesoria.

## 8. DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD: LA *PROFESSIO IURIS*

Naturalmente, la institución esencial de ordenación del *estate planning* internacional será el testamento y dentro del testamento la opción o técnica fundamental es la *professio iuris*. La *professio iuris* tiene la virtualidad de consolidar el régimen aplicable a la legítima frente a futuros cambios de residencia habitual del testador y además evita situaciones de reenvío. Pese

---

<sup>65</sup> BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 354-358.

a manifestaciones en sentido contrario, la cláusula territorial sigue siendo posible, siempre la que *professio iuris* haya sido manifestada en relación con toda la herencia y se encuentre coordinada entre los distintos testamentos que haya podido otorgar el causante.

En efecto, la *professio iuris*, es decir, la designación de la ley nacional del testador como ley que rige su sucesión (art. 22.1 del Reglamento 650/2012) y asimismo como ley la aplicable a la validez material e interpretación del testamento (art. 24.2), es la única forma de planificar la sucesión de modo estable porque recoge en la ley elegida no sólo la cuestión de la ley que rige la sucesión, sino también la admisibilidad y validez sustancial de las disposiciones mortis causa y pactos sucesorios. Así, la ley elegida regula también la validez material de una disposición mortis causa por la que se establece un derecho de *life interest* sobre propiedad inmueble o la validez y efectos de los *mutual wills* o testamentos recíprocos entre cónyuges en el *Common Law*, aislando el testamento o pacto sucesorio respecto de eventuales cambios ulteriores del lugar de residencia habitual del testador<sup>67</sup>; con el efecto añadido de evitar cualquier reenvío que pudiera efectuar la ley de un tercer Estado<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> RE, J., *Pianificazione sucesoria e diritto internazionale privato*, Cedam, Milán, 2020, pp. 185-264; VIARENGO, I., “Planning Cross-Border Successions: The ‘Professio Juris’ in the Succession Regulation”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 2020, pp. 559-582; BERGQUIST, U., “Declarations, last wills and agreements in accordance with the EU Succession and Matrimonial Property Regulations”, *ERA Forum*, 2019, pp. 179-185; CAMPIGLIO, C., “La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 2016, pp. 925-948; RIPOLL SOLER, A., “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho civil*, núm. 2, 2016, pp. 53-54. Sobre las raíces históricas de la *professio iuris* y su plasmación en el DIPr contemporáneo codificado anterior al Reglamento 650/20102 *vid.* FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 38-98 y 137-172; *id.*, “Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 376-408. Asimismo sobre la extensión de la *professio iuris* en el DIPr comparado europeo *vid.* BUCHER, A. y BONOMI, A., *Droit international privé*, 3ª ed., Helbing Lichtenhahn, Zúrich, 2013, pp. 241-245; CALÓ, E., *Le successioni nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea*, ESI, Nápoles, 2019, pp. 20-26; BOUCKAERT, F., “Professio iuris dans le Code de droit international privé belge”, en *Les Successions internationales dans l’UE. Perspectives pour une harmonisation*, Deutsches NotarInstitut, Bruselas, 2004, pp. 417-429; TIEDERMANN, A., “Die Recthswahl im deutschen internationalen Erbrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 17-40.

<sup>68</sup> DAVÍ, A. y ZANOBETTI, A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Giappichelli, Turín, 2014, pp. 88-98; KINDLER, P., “La legge applicabile ai

Sin embargo, una novedad jurisprudencial resulta llamativa: la Sent. BGH 29 de Junio 2022 que confirma la Sentencia de la Corte de apelaciones de Colonia de 22 de abril de 2021, ha entendido que la existencia de testamento otorgado en Alemania con *professio iuris* en favor de la ley inglesa nacional del testador residente en Alemania no es límite para considerar que el orden público derivado del derecho constitucional a la herencia ha sido vulnerado por haberse intentado evitar de este modo la aplicación de la legítima prevista por el Derecho alemán, que sería el más estrechamente conectado con las circunstancias del supuesto.

Desde luego, sin *professio iuris*, los efectos de las disposiciones *mortis causa*, por ejemplo, en cuanto a las legítimas, dependerán de la ley sucesoria efectiva, es decir la del lugar de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 23). Además, sin *professio iuris*, la validez sustancial y la interpretación del testamento quedan a lo previsto por la ley sucesoria hipotética del lugar de residencia habitual del causante en el momento de otorgar testamento (arts. 24 y 26)<sup>69</sup>. Por último, sin *professio iuris*, si la ley aplicable es la de un tercer Estado, puede resultar finalmente aplicable otra ley en virtud del reenvío de retorno a la ley de un Estado miembro o incluso del reenvío ulterior a un tercer Estado (art. 34).

Especial problemática presentan las presunciones legales de revocación del *Common Law* en caso de contraer posterior matrimonio, que quedarán sujetas igualmente a lo previsto en el art. 24.1 y, en su caso, a la particular modalidad de *professio iuris* prevista en el art. 24.2. Así, en el Derecho inglés, la celebración de matrimonio provoca la revocación automática o *ex lege* del testamento otorgado anteriormente, salvo que resulte del propio testamento que fue realizado en contemplación de matrimonio con una persona concreta y con la intención de que no fuese revocado por el matrimonio (*Wills Act 1837*)<sup>70</sup>. El divorcio del cónyuge con el que se estaba casado en el momento de otorgar testamento también produce la ineficacia

---

patti successori nel regolamento (UE) n. 650/ 2012”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, pp. 12-32.

<sup>69</sup> De manera similar en el Derecho inglés es la ley del domicilio del testador en el momento de otorgar testamento (ley sucesoria hipotética o anticipada) y no la del domicilio en el momento del fallecimiento la que rige la interpretación y eficacia revocatoria del testamento (*Dellar v. Zivy and others*, 2007), *vid.* MCCLEAN, D. y RUIZ ABOU-NIGM, V., *The Conflict of Laws*, 9ª. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2016, pp. 543-545.

<sup>70</sup> KERRIDGE, R., Parry and Kerridge: *The Law of Succession*, *op. cit.*, pp. 153-158.

del testamento, al menos parcial, puesto que el testamento producirá efectos, pero ignorándose las disposiciones en favor del cónyuge divorciado.

El testamento es desde luego herramienta fundamental de protección patrimonial, por ejemplo, en relación con la pervivencia de un patrimonio o empresa familiar. En este sentido, será de gran relevancia la opción que tome el testador en relación con la posición futura que habrá de tener el cónyuge supérstite, quien puede quedar enormemente reforzado (heredero universal conforme a un Derecho extranjero que no establezca legitimarios, usufructuario universal de la herencia con cautela *socini* a fin de reducir el riesgo de impugnación por parte de hijos legitimarios en el Derecho español, fiduciario con facultades de mejora sobre descendientes comunes-art. 831 Cc-, etc.) o verse limitado a la legítima que sea aplicable en virtud de la *professio iuris* efectuada (usufructo de un tercio en el caso español).

Para el caso en que los herederos sean hijos menores de edad y no se desee que la administración de la herencia y de los bienes ya heredados recaiga por esa vía en el cónyuge supérstite que tiene la patria potestad sobre los menores, será fundamental la designación de albacea universal testamentario con los más amplios poderes, no sólo en cuanto a la ejecución e interpretación del testamento, sino como administrador de la herencia con poderes de disposición y como contador-partidor, pudiendo diferirse el período de administración de la herencia a cargo del albacea tanto como establezca necesario el testador en el propio testamento.

En el *Common Law*, por el contrario, los menores de edad no pueden heredar bienes inmuebles (según lo previsto en la *Law of Property Act 1925* no pueden ser propietarios de bienes inmuebles), ni sus progenitores administrarlos en virtud de los poderes que les otorga la patria potestad, sino que será necesario proceder a la designación testamentaria de *trustees* (en su defecto, la designación habrá de ser judicial) que administren la herencia hasta que los herederos alcancen la mayoría de edad legal o la señalada expresamente por el testador<sup>71</sup>.

En el caso de la empresa familiar será el protocolo familiar la herramienta donde coordinar los diferentes instrumentos ordinarios de planificación

---

<sup>71</sup> PEROZ, H., FONGARO, E., *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis-Nexis, París, 2017, pp. 87-89, en relación con las dificultades que esta prohibición provoca sobre las facultades de disponer sobre bienes inmuebles situados en Francia en casos de sucesión intestada en favor de menores de edad de nacionalidad inglesa y las distintas opciones de calificación a efectos de determinación de la ley aplicable.

patrimonial entre cónyuges (capitulaciones, acuerdos sobre efectos del divorcio, testamentos, etc.) con los estatutos sociales y los pactos parasociales que establecen restricciones a la transmisión de acciones y participaciones o limitan otros derechos societarios para determinadas categoría de socios con el fin de garantizar la continuidad de la empresa familiar y su transmisión dentro de la propia familia<sup>72</sup>. En el caso italiano, su regulación en el Art. 765 bis y ss. del *Codice civile* como “*patto di famiglia*” constituye una forma anticipada de organizar la sucesión sobre la empresa familiar mediante contrato, en el que deben participar necesariamente el cónyuge y todos los legitimarios, siendo excepción a la prohibición general de pactos sucesorios<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre la oponibilidad a terceros derivada de la publicidad material registral del protocolo familiar en el Registro mercantil *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

<sup>73</sup> PERONI, G. “Patti successori, patto di famiglia e ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato”, *Diritto del commercio internazionale*, 2007, págs. 611-640; BUSANI, A., *Il patto di famiglia, l'accordo di famiglia, la fondazione di famiglia*, Cedam, Padua, 2019, pp. 230-233.