

Forma extranjera y Derecho foral

Por PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

Abogado del Estado

SUMARIO: Introducción.—I. Antecedentes.—II Ley aplicable a la forma de los negocios jurídicos.—III. La vigencia de las normas de Derecho foral.— Conclusión.

INTRODUCCION

El presente trabajo constituye un mero comentario de la sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en 4 de octubre de 1982, la cual, desgraciadamente, no destaca por lo avanzado de su doctrina, sino por la utilización de argumentaciones manidas, que dan lugar, en este caso, a soluciones aparentemente erróneas.

La aportación de este comentario al homenaje que dispensa el ANUARIO a don Federico de Castro no deja de ser una osadía, pero puede justificarse en que se tratan dos materias, como el Derecho internacional privado y los Derechos forales, sobre las que él desarrolló su magisterio, y porque se ha pretendido hacer un estudio de la sentencia acorde con sus enseñanzas, es decir, en íntima relación con los hechos enjuiciados.

Las dos cuestiones fundamentales a que se refiere la sentencia son: La forma requerida a los negocios jurídicos celebrados en el extranjero y la vigencia de las normas consuetudinarias forales, ambas en relación con los contratos sucesorios permitidos por el Derecho mallorquín. El comentario de ambos temas irá precedido de la exposición de los antecedentes fácticos de la sentencia hasta donde resulta de sus distintas partes.

I. ANTECEDENTES

La sentencia cuyo comentario realizamos no contiene una relación clara y sistemática de los antecedentes fácticos del conflicto que resuelve, contra lo que viene siendo práctica reiterada y estimable en otras resoluciones de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que suelen dedicar a este menester su primer «considerando». Por ello, los datos de hecho interesantes para conocer el caso justiciable, que se exponen a continuación, se han obtenido del examen general de la totalidad de la sentencia.

El litigio tiene como momento originario el fallecimiento de don P. Q. M. el día 7 de abril de 1976 en la ciudad francesa de Niza. El fallecido tenía la nacionalidad española y había nacido en el pueblo de Campanet (Mallorca), de padres asimismo mallorquines.

La madre del fallecido, doña M. M. B., había muerto con anterioridad al citado, en 2 de noviembre de 1947, siendo declarados herederos abintestato sus hijos P, C, y J. Q. M. Anteriormente, en 1935, el día 4 de octubre, don P. Q. M. había otorgado escritura pública en Francia, ante el Notario de «Etaples, Pas de Calais», nombrando única y universal heredera a su esposa. Esta, por su parte, el día 26 de noviembre de 1976, hizo donación, mediante escritura pública, de todos los derechos y acciones que la correspondían en la herencia de su marido don P. Q. M. a la actora.

La demanda inicial del pleito tenía por objeto reclamar de doña C. Q. M. la participación correspondiente al fallecido en una vivienda sita en el pueblo de Campanet y que formaba parte del caudal relicto por su madre doña M. M. B.

La demanda fue desestimada íntegramente, así como la apelación interpuesta, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley.

En los sucesivos procesos no parece haberse discutido dos cuestiones que podrían tener repercusión en la resolución, como son: La vecindad civil del fallecido y su consiguiente sumisión al Derecho foral mallorquín, que se admite implícitamente, y la validez de la cesión de derechos hereditarios hecha por su esposa. La sentencia del Tribunal Supremo va a referirse solamente al contrato sucesorio otorgado por el fallecido en favor de su esposa, concretamente para examinar su validez, según la ley aplicable a la forma y las normas de Derecho foral, temas que deben abordarse separadamente.

II. LEY APLICABLE A LA FORMA DE LOS HECHOS JURÍDICOS

Como se ha indicado anteriormente, el contrato sucesorio por el que don P. Q. M. designaba heredera universal a su esposa fue otorgado el día 4 de octubre de 1935 ante el Notario de Etaples, Pas de Calais (Francia). Peculiaridad del otorgamiento, sobre la que va a girar el problema de Derecho internacional privado que suscita, es que en la escritura pública formalizada conforme a la legislación francesa se omitió la expresión del año.

El tema se trata en el primer considerando de la sentencia que comentamos en la siguiente forma: «... si es cierto que el indicado número primero del referido artículo 11 del Código civil determina que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen, tampoco cabe desconocer que el número dos del mismo precepto legal previene que si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos

exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en caso de otorgarse aquéllos en el extranjero, que es precisamente el supuesto contemplado en el juicio de que este recurso dimana, y concretamente en la resolución recurrida, desde el momento que el aspecto de la expresión del año en la escritura pública en cuestión determina una esencial solemnidad requerida en España por la ley, a que alude el artículo 1.216 del Código civil e implícitamente demanda el artículo 1.218 del mismo ordenamiento jurídico, en cuanto que afectando a la posesión y propiedad de bienes inmuebles y singularmente a un vínculo jurídico que produce su donación, se rige por la ley española, al ser el lugar en donde los bienes objeto de controversia se hallan y regirse por la ley nacional del donante, que se manifiesta ser la española, en la escritura correspondiente, conforme a la normativa contenida en los números uno y siete del artículo 10 del Código civil, con lo que la Sala sentenciadora ni ha violado el indicado número primero del artículo 11 del Código civil, sino que lo aplicó con acierto, ni ha efectuado aplicación indebida del número segundo del artículo 156 del Reglamento notarial, que impone la preceptiva y obligada expresión del año del otorgamiento en toda escritura pública para conducir a su eficacia...».

Intentando un distinto enfoque de la cuestión, la parte recurrente aportó elementos acreditativos de la validez de la escritura de donación según el Derecho francés. Así, en los autos constaba una certificación extendida por el Notario francés encargado, al tiempo de su expedición, del protocolo de Etaples, acreditativa de figurar en el correspondiente al año 1935 la escritura de referencia, así como otra certificación, legalizada, como la anterior, suscrita por tres Notarios franceses, asegurando que tal escritura era totalmente válida y eficaz en Francia.

Sin embargo, la alegación de estos documentos, que se hace por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco prospera, pues el Tribunal Supremo señala: «... ello no quiere decir que en España pueda producir los efectos que se postulan en la súplica del escrito inicial de demanda, desde el momento que las expresadas afirmaciones de validez y eficacia en Francia de la relacionada escritura y su alcance sucesorio en ella son inoperantes en España, desde el momento que, a tenor de lo normado en los números 1 y 8 del artículo 9 del Código civil y número 7 del artículo 10 del mismo cuerpo legal, la ley personal, en este caso la española que la propia demandante recurrente dice que corresponde por su nacionalidad al causante don P. Q. M., es la que rige su sucesión por causa de muerte, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, al igual que sucede con respecto a las donaciones, que, en todo caso, se regirán por la ley mencionada del donante».

En conclusión, respecto de este primer tema planteado en la sentencia, se declara: «... la escritura pública tan citada, referida en el primero de los considerando de esta resolución, carece de eficacia en España a los fines y efectos pretendidos por la demandante».

Para resolver el problema de Derecho internacional privado que se

plantea, el Tribunal Supremo acude sucesivamente a dos grupos normativos claramente diferenciados en el Código civil, teniendo en cuenta como principales elementos calificadores a los distintos elementos del negocio jurídico cuya validez se cuestiona. El litigio surge en torno a un contrato sucesorio otorgado por un mallorquín en Francia, especialmente en cuanto afectaba a derechos del causante sobre un bien inmueble situado en Mallorca y el Alto Tribunal va a dar relevancia al lugar de situación del inmueble, a la ley personal del otorgante o a la ley reguladora del contrato, para asegurar la sujeción del negocio a la legislación española. La utilización de estos puntos de conexión no puede considerarse, sin embargo, afortunada.

El artículo 10, apartado 1, del Código civil somete a los bienes inmuebles a la ley del lugar donde se hallen, pero ésta no se extiende a la regulación de todos los medios jurídicos de transmisión de los derechos reales. Hay modos de adquisición territoriales, a los que se aplica la «lex rei sitae», pero también existen otros cuyo punto de conexión es distinto, quedando sometidos a un ordenamiento diferente (1). Precisamente esto es lo que ocurre en Derecho español con las sucesiones, de modo que la transmisión «mortis causa» de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos prescinde por completo del punto de conexión consistente en el lugar de situación, ya que se encuadra en el amplio estatuto personal regulado por la ley nacional.

Aún más se evidencia lo inadecuado de la alusión al estatuto real con la referencia de la sentencia a la norma especial sobre las donaciones, que se formula en el artículo 10, apartado 7, del Código. En efecto, la utilización de este punto de conexión es incompatible con la del propio de los inmuebles, que resulta excluida de su aplicación a las donaciones, al gozar éstas de una regla especial en el Derecho internacional privado español. Pero tampoco el precepto últimamente citado del Código civil es de pertinente aplicación en el caso resuelto por la sentencia, dado que si el acto otorgado en 1935 merecía la calificación de donación, se trataba de una donación «mortis causa» que, como institución sucesoria, exige atender a otras reglas de conflicto. Así viene impuesto por el artículo 620 del mismo Código (2), cuya

(1) A. REMIRO BROTONS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, Madrid, 1978, pág. 212, menciona, entre estos últimos a la ley, el testamento, la donación y el contrato. Como bien señala, en estos supuestos es obligado conciliar o articular la ley que rige el título, que extiende su imperio a todas las cuestiones sustantivas que no conciernan directamente a la suerte del derecho real, con la ley del lugar de situación, rectora de tal derecho, lo que, como puede adivinarse, no siempre resulta una tarea fácil. En particular, añade más adelante el mismo autor, las sucesiones, en lo relativo a inmuebles, han permanecido cerradas a cal y canto a la influencia de la «lex rei sitae».

(2) Según el cual las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad.

Esta asimilación es más explícita todavía en el Derecho mallorquín; véase el artículo 6.º de la vigente Compilación del Derecho civil especial de Baleares de 1961.

El criterio indicado en el texto es el seguido unánimemente por todos los

eficacia se extiende a la determinación de la norma de Derecho internacional privado procedente.

Dejando para su examen posterior los problemas formales, no cabe duda de que las cuestiones sustantivas planteadas en el litigio merecen ser calificadas como sucesorias, debiendo resolverse con la aplicación de la ley nacional del causante y teniendo en cuenta su vecindad civil. El carácter universalista y preponderante de la ley personal viene reflejado en el mismo tenor literal del artículo 9 apartado 8 del Código y no era ajeno al anterior artículo 10 párrafo segundo. Además, la Reforma del Título Preliminar en 1974 introdujo una referencia a la sucesión contractual que despeja toda duda sobre su sumisión a la ley personal (3). De este modo, corresponde a la ley nacional del causante determinar si es válida la designación contractual de heredero y la adquisición por este título de derechos hereditarios. Será frecuente, también, la necesidad de atender a las reglas del Derecho interregional y, por remisión de ellas, a las legislaciones forales que admiten ampliamente esta forma de delación sucesoria.

Tal situación es la presentada ante el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, ya que, admitida la vecindad mallorquina del causante, otorgante del contrato sucesorio, la validez intrínseca de éste debía determinarse con arreglo al Derecho foral de Mallorca (4). La resolución de este tema se pospone, sin embargo, por el Alto Tribunal, alterando el orden lógico del razonamiento, al estudio de las cuestiones formales, aunque tal proceder carece de relevancias prácticas.

Como ha podido observarse en la exposición de los primeros considerandos de la sentencia, hecha anteriormente, el tema central de los mismos es la validez formal de un negocio jurídico «mortis causa» celebrado en país extranjero. A este respecto, aunque sea inevitable la interrelación entre fondo y forma de los negocios, interesa determinar si, en el caso concreto, existen ciertos medios admitidos como los únicos aptos para declarar la voluntad. Debe establecerse, pues, cuál

autores que se han ocupado del tema, que señalan como ámbito de aplicación del artículo 10, párrafo 7, del Código civil solamente las donaciones «inter vivos». Así, A. MARÍN LÓPEZ, en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, vol. 1.º, Madrid, 1977, pág. 535.

(3) La concepción unitaria y universalista del fenómeno sucesorio plasmada en los preceptos citados se destaca por M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., pág. 189. La sucesión contractual era una institución desconocida para el Derecho común español, pero ha recibido acogida en el nuevo texto, cuyo artículo 9, p. 8, extiende su aplicación a este tipo de relación. Dice así: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

(4) Por ser ésta la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. Arts. 14, p. 1; 16, p. 1, núm. 1.º, y 9, p. 8 del mismo Código civil, que resuelve el supuesto de Derecho interregional.

es el ordenamiento jurídico que rija este aspecto del negocio y si atribuye a una forma específica valor constitutivo o integrativo del mismo («ad substantiam» o «ad solemnitatem»), de modo que no sea válido si no llena dicha forma (5).

En Derecho internacional privado la independización de la forma ha llegado hasta someter estos aspectos del negocio a una legislación distinta de la que rige el fondo, es decir, a utilizar un punto de conexión diferente, comunmente al lugar de celebración u otorgamiento del acto.

El Derecho español ha sido tradicionalmente un ejemplo del criterio indicado; la regla «locus regit actum» constituye el núcleo del llamado «estatuto formal» y encuentra repetidas formulaciones (6). La reforma en 1974 del sistema de Derecho internacional privado español supuso, sin embargo, un cambio radical en esta materia.

El nuevo artículo 11 del Código civil recibió una redacción un tanto enigmática, pues sus dos primeros apartados parecen contener reglas contrapuestas. El apartado primero realiza una enumeración de leyes aplicables que gozan de igual virtualidad para hacer válida la forma de un acto jurídico; queda en el ámbito de la autonomía de la voluntad la decisión de ajustar la forma del acto a la «lex loci», a la «lex causae», a la «lex patriae» o a la «lex rei sitae» cuando se refiere a bienes inmuebles.

Se consagra así la aplicación del «favor negotii» que inspiró el Convenio de La Haya de 1961 sobre la forma de las disposiciones testamentarias.

Pero, como ha señalado la doctrina, la eficacia del primer apartado se ve gravemente comprometida por obra de lo dispuesto en el apartado segundo, pues en el caso de exigir la ley reguladora del contenido del acto o negocio, «para su validez», una forma determinada, en este supuesto la «lex substantiae», «será siempre aplicada».

El precepto tiene un claro antecedente en el Código civil portugués de 1966, pero no en el Derecho español (7) y la distorsión que

(5) Los términos utilizados para aludir al distinto valor atribuido por el ordenamiento a la forma se emplean en el sentido depurado que señaló F. DE CASTRO en *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 278.

(6) Empezando por el Real Decreto de 17 de octubre de 1815 («son válidos... todos los contratos y demás actos públicos notariales en Francia y cualquier otro país extranjero, siempre que concurren en ellos las circunstancias siguientes... que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos»), el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 52 del Código de Comercio, y el 36 del Reglamento Hipotecario.

(7) El artículo 36 del Código civil portugués, de 25 de noviembre de 1966, establece: «1. La forma de la declaración de voluntad se regula por la ley aplicable a la sustancia del negocio, sin embargo, es suficiente la observancia de la ley en vigor en el lugar en que fue hecha la declaración, salvo si la ley reguladora de la sustancia del negocio exige, bajo pena de nulidad o ineficacia, la observancia de determinada forma, aunque el negocio sea celebrado en el extranjero».

J. L. IGLESIAS BUIGUES, en *Le nouveau système de règles de conflit de D. I. Privé espagnol*, Rev. Cr. D. I. P., 1976, pág. 419, señala que el precepto

introduce en nuestro sistema es un nuevo recordatorio del riesgo que entraña la importación de textos normativos extranjeros. Interpretado en sus propios términos conduce a la paradoja de que, lo que se presenta como una excepción, acaba siendo la regla general y la «lex causae» se convierte en la medida de la validez formal del acto, desvirtuándose el sentido del apartado primero del mismo artículo del Código.

Los distintos autores que se han ocupado del tema hacen notables esfuerzos para precisar el ámbito del precepto, interpretando restrictivamente su contenido, pero las soluciones propuestas son de difícil admisión, dada la contundencia del texto legal (8). En definitiva, la doctrina muestra su esperanza de que la jurisprudencia obtenga una interpretación satisfactoria del artículo 11 en su conjunto.

El sentir doctrinal no ha encontrado, sin embargo, respuesta satisfactoria en las contadas sentencias del Tribunal Supremo que, hasta el momento, han aplicado el nuevo artículo 11. En ellas no sólo se hace una interpretación estricta del mismo, sino que, a la forma o solemnidad exigida por la ley reguladora del contenido se le da un significado exageradamente amplio; una muestra de ello se encuentra en la sentencia que comentamos (9).

Debemos recordar otra vez que el problema concreto planteado era la forma requerida para el otorgamiento de un contrato sucesorio, parece que instrumentado en una donación universal «mortis causa», por parte de un mallorquín en Francia el año 1935.

Obviamente la primera cuestión que debió abordarse era de derecho transitorio, pues en el año de referencia se encontraba vigente el artículo 11 del Código civil en su redacción originaria de 1889, que imponía la regla tradicional «locus regit actum» (10). Realmente no parece admisible someter a las normas de Derecho internacional privado a un régimen especial que salve la regla de irretroactividad y las demás de derecho transitorio general del propio Código (11). Criterio semejante sería, además, inadmisibles con mayor razón en casos como el presente, en que la modificación del artículo 11 del Código supone una alteración del punto de conexión determinante del Estatuto formal

del código español es una combinación de los artículos 26 del Código italiano, 12 y 13 del griego, y 36, 1 del portugués.

(8) Son expuestas en *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, dirigida por M. AGUILAR NAVARRO, Madrid, 1982, pág. 317. Véase sobre todo la elaborada construcción que hacen J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., págs. 417 y sig.

(9) Aparte de la presente, sólo en la sentencia de 23 de junio de 1977 tuvo ocasión el Tribunal Supremo de aplicar, con influjo en la «ratio decidendi», el artículo 11 del nuevo Título Preliminar. Se cuestionó, entonces, la validez de un poder otorgado en Italia mediante escritura pública.

(10) El párrafo primero de dicho artículo 11 decía así: «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen».

(11) Así lo impone la regla 2.^a de las transitorias del Código civil. Véase su alcance en F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1955, páginas 731 y 739.

y, en definitiva, la sumisión de la cuestión a una legislación distinta. Con ello, actos plenamente válidos al tiempo de su celebración caerían bajo la sanción de un derecho extranjero de aplicación sobrevenida, de modo inconciliable con el principio «tempus regit actum».

A pesar de todo este primer problema no se alude, ni siquiera de pasada, por el Tribunal Supremo, ni resulta de la sentencia que se suscitase en los procesos antecedentes.

Pero, no sólo la aplicación del nuevo artículo 11 en el presente caso resulta improcedente, sino que la interpretación que de él hace la sentencia conduce a consecuencias inadmisibles.

Otorgado el contrato, la donación universal en Francia, la regla «locus», primer criterio de los señalados de modo alternativo por el apartado primero del repetido artículo 11 en su redacción actual, impondría aplicar la legislación de aquel país para regir su forma. Debería atenderse, pues, a lo dispuesto en el «Code» que exige para las donaciones «mortis causa» entre esposos, que es lo que se hizo en el caso examinado, el otorgamiento de documento notarial, del mismo modo que para las donaciones «inter vivos» (arts. 1.093, 931).

No es distinta la exigencia formal de la «lex causae», pues la ley reguladora de la sucesión del donante debía ser la mallorquina, dada su vecindad civil al tiempo del otorgamiento, y conforme a ella los heredamientos debían llenar la forma de escritura pública. La necesidad de ésta era indudable, en el presente caso, por coabundar la disposición bienes inmuebles e imponerle así directamente el artículo 633 del Código civil (12).

Así, pues, tanto la ley del lugar de celebración como la aplicable al contenido, a la sucesión, coincidían en exigir que la donación «mortis causa» revistiese la forma pública notarial. Pero el Tribunal Supremo, en su sentencia, distorsiona la solución del caso, al confundir la forma debida con las formalidades concretas que debe cumplir el funcionario autorizante de aquélla.

La distinción de los dos conceptos mencionados parece fácil de realizar. Una cosa es la forma del acto o contrato, su medio de manifestarse al exterior, a la que nos referimos al hablar de forma escrita, de documento administrativo o de escritura pública. Y otra distinta son los requisitos internos de dicha forma, los datos que deben hacerse constar o la actividad que deben desarrollar los intervinientes, las formalidades.

(12) El artículo 1.093 del Código francés remite a las disposiciones generales sobre donaciones, a través del artículo 1.081, a las donaciones de bienes futuros o de bienes presentes y futuros, hechas entre esposos y, a su vez, el artículo 931 exige que las donaciones sean realizadas ante notario en la forma ordinaria de los contratos. Véase V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1986, pág. 608.

En Derecho mallorquín se ha venido exigiendo tradicionalmente que los contratos sucesorios, en que consisten las donaciones universales, se otorguen mediante escritura pública, como señala M. MASOT MIQUEL, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., tomo XXXI, 1.º, Madrid, 1980, pág. 193.

El mismo Código civil da lugar a defender la distinción apuntada, pues utiliza el término «formalidades» en el sentido indicado (13).

Pues bien, el artículo 11 del Código, al regular las formas o solemnidades de los actos jurídicos, no puede entenderse que comprende las formalidades. En especial, la aplicación de la ley reguladora del contenido a la forma o solemnidad que requiera para la validez del acto, conforme al apartado segundo, no es extensible a las formalidades o requisitos que deba cumplir tal concreta forma. Esta conclusión obedece a la razón elemental de que no es posible imponer la observancia de dichos requisitos a los funcionarios o autoridades extranjeras que intervengan, en su país, en el otorgamiento de los actos.

La solución contraria es la afirmada por la sentencia que comentamos y conduce a un callejón sin salida.

Dejando aparte el tema de la validez del documento notarial otorgado en Francia sin mención del año en que se verificó, con arreglo a la legislación francesa (14), porque la sentencia ni siquiera lo alude, debemos centrarnos en la «ratio decidendi» de la misma. El Tribunal Supremo afirma la ineficacia de la donación porque en el documento notarial se omitió la expresión del año de otorgamiento, requisito exigido por el Reglamento Notarial (15) y que se califica de «esencial solemnidad requerida en España por la ley».

Al respecto debe indicarse: 1.º Que la mención del año no viene impuesta por una norma con el rango formal de ley, sino por el Reglamento Notarial que cita el Alto Tribunal, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (16) y es, por tanto, de rango inferior. Precisamente el mismo Tribunal Supremo había anteriormente rechazado que el mismo Reglamento pudiese ser incluido en la referencia a «ley reguladora del contenido» (17).

(13) Por ejemplo, en los artículos 9, apartado 5 («Las formalidades del acto —adopción— habrán de atenerse a la ley del lugar en que se constituya la adopción...»), y apartado 6 («Las formalidades de constitución de la tutela...»), así como en el artículo 734 («... se observarán, respectivamente, todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta...»).

(14) Evidentemente en ella se establece el deber de hacer constar el año de otorgamiento en los documentos notariales, pero la omisión del dato no parece sancionable con la nulidad absoluta. Véanse los artículos 6 y 7 del Decreto núm. 71-941 de 26 de noviembre de 1971, que modificaron la ley de 25 de ventoso del año XI.

(15) Según el artículo 156: «La comparecencia de toda escritura indicará: ... 2.º El día, mes y año, siendo facultativo agregar otros datos cronológicos; además de la hora, en los casos en que por disposición legal deba consignarse».

(16) Incidentalmente debería plantearse aquí una nueva cuestión de Derecho transitorio, pues en el tiempo de otorgamiento de la donación se encontraba vigente el anterior Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935. No obstante el régimen que establecía no variaba, en cuanto aquí interesa, del actual, pues su artículo 156, núm. 2, era idéntico al transcrito en la nota anterior.

(17) La sentencia de 23 de junio de 1977 se refiere a los requisitos establecidos en los artículos 161, 164, p. 1.º, 165 y 166 del Reglamento y señala: «si bien han de ser escrupulosamente cumplidos en territorio español, para el reconocimiento de su validez y eficacia, no son exigibles respecto a los

2.º) Que el cumplimiento de Reglamento Notarial debe ser exigido a los fedatarios públicos españoles, incluso a los que actúan en el extranjero, pero no a los fedatarios extranjeros, que no están sujetos a la soberanía del Estado español y deben cumplir su propia normativa. El criterio plasmado en la sentencia conduce no sólo a imponer rígidamente el respeto a la «lex causae» en cuanto a la forma, sino también a vedar el otorgamiento de actos en territorio distinto al sometido a dicha ley (salvo que intervengan sus autoridades en el extranjero).

Este planteamiento olvida la vigencia tradicional de la regla «auctor regit actum», plasmada, además, en varios preceptos del Código civil, aunque desde el punto de vista de la legislación española (arts. 11, p. 3, 9, 5 y 6; 734). Según ella, la autoridad pública que interviene en la formalización de los actos jurídicos debe actuar según su estatuto profesional, es decir, conforme a la ley del Estado que les otorgó su poder, de modo que las formalidades de su actuación vienen determinadas por el ordenamiento jurídico a que esté vinculado (18).

Ante esta situación, la imputación, contenida en la sentencia, de que el Notario ante quien se formalizó la donación incumplió las precripciones del Reglamento Notarial español, carece totalmente de sentido, ya que, como correspondía por su nacionalidad, tal Notario debió desconocer el Derecho español y aplicar el francés propio.

La consecuencia de las variadas reglas que han venido exponiéndose plantea la interrogante de determinar cómo se puede cumplir en el extranjero la forma requerida por la legislación aplicable al contenido de los actos. En este punto no cabe otra solución que el llamado «principio de equivalencia de autoridades», según el cual la forma necesaria debe entenderse cumplida cuando en su realización haya intervenido una autoridad (funcionario, fedatario, etc.) funcionalmente equivalente a la ordenada por la legislación aplicable (19). La aplicación de este principio requiere, obviamente, una labor de comparación que será tanto más sencilla cuanto más próximos sean los ordenamientos en presencia (20).

Precisamente en el caso resuelto por la sentencia que comentamos la aplicación del principio carecía de dificultades dadas las relaciones de los ordenamientos civiles francés y español y de sus sistemas no-

poderes otorgados en el extranjero, por tratarse de preceptos de rango inferior al que se menciona en el número 2 del expresado artículo 11».

(18) Véanse: *Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, dirigida por M. AGUILAR NAVARRO, Madrid, 1973, págs. 253 y 272; *Lecciones de Derecho...*, cit., pág. 319.

(19) En apoyo de este principio suelen citarse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 junio 1958, 5 y 29 octubre 1960 y 18 enero 1964, dictadas en materia de adopción. Véanse *Lecciones...*, cit., pág. 320, y E. PÉREZ VERA, en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 580.

(20) Sólo se exceptúan de este principio los casos en que la intervención del agente diplomático o funcionario consular venga exigida por la ley española bajo sanción de nulidad del acto, como son los contemplados en los artículos 578 del Código de Comercio y 17 de la Ley de Hipoteca Naval. Véanse J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ARCE, cit., pág. 425.

tariales. Es de lamentar la rigidez con que ha procedido aquí el Tribunal Supremo, desaprovechando la ocasión de aclarar el significado del conflictivo artículo 11, p. 2 del Código civil y de lograr, en este punto, una armonía internacional de soluciones.

III. LA VIGENCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO FORAL

De la exposición anterior se desprende que la sentencia plantea también cuestiones relativas al Derecho foral de Mallorca, concretamente si éste admite la validez de los contratos sucesorios y cuáles son los requisitos a cumplir para la aplicación de sus normas.

Sobre estos temas el Tribunal Supremo señala lo siguiente: «... aun en el supuesto de entender acreditado el nacimiento de don P. Q. M. en Campanet (Mallorca), la circunstancia de alegar por la recurrente, como fundamento de sus pretensiones, derechos provinientes de un heredamiento universal, configurado mediante donación, que se alega producido el 4 de octubre de 1935, o sea, con antelación a su reconocimiento en la vigente Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, aprobada por Ley de 19 de abril de 1961, en todo caso se habría precisado que la mencionada recurrente hubiese acreditado, cual no ha efectuado, que la práctica de tal institución sucesoria existiese en la referida época que se aduce como de otorgamiento de la tan aludida escritura de donación...».

El mismo enfoque se repite más adelante al declarar: «... en el supuesto ahora contemplado se habría precisado que la tan aludida demandante recurrente hubiese alegado y probado, cual no consta haya efectuado, que en el 4 de octubre de 1935, en que alega haberse producido, a medio de donación, heredamiento universal por don P. Q. M. en favor de su esposa doña, de quien la demandante recurrente, doña M. P. M., pretende derivar el derecho que reclama a medio de lo instado en la súplica del escrito inicial de demanda, existía en Campanet (Mallorca) la costumbre de vigencia consuetudinaria (sic), esto es, la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de Derecho («opinio iuris»), o sea, con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de meros usos...».

Punto de partida de la argumentación expuesta es la concepción de los Derechos forales y del Derecho mallorquín en particular como conjunto de normas excepcionales y privilegiadas, no aplicables de oficio y renunciables por los aforados. Criterios semejantes no parecen defendibles en la actualidad, mucho menos si se tiene en cuenta las directrices constitucionales sobre la materia (21). Como señaló hace

(21) La coexistencia de una pluralidad de regímenes jurídico-civiles en España se reconoce por la Constitución y, en el sistema que regula, se configura como un valor a conservar. Véase mi trabajo *El Derecho Civil en los*

tiempo la doctrina, los Derechos forales son sistemas de principios y reglas que rigen la vida de los naturales de cada región en todos los aspectos a que son aplicables, que los tribunales tienen obligación de conocer y los ciudadanos deber de respetar, y cuyas normas ocupan en la jerarquía de las fuentes del respectivo territorio igual lugar que las del Código civil en los de Derecho común (22).

Es conveniente, sin embargo, referirnos, con mayor concreción, al Derecho mallorquín y a sus fuentes de conocimiento, por adolecer de ciertas peculiaridades. Debe reconocerse que las normas particulares de Mallorca eran, al tiempo de publicarse el Código civil, difíciles de descubrir, lo cual dio lugar a que el Tribunal Supremo elaborase una jurisprudencia desafortunada sobre su aplicación (23). Y la situación era igualmente insatisfactoria si del Derecho escrito se pasaba a las instituciones consuetudinarias de la región, entre las que se incluían las donaciones universales, como forma de sucesión contractual, cuya vigencia salvó expresamente el artículo 13 del Código (en su redacción originaria).

En tal estado de cosas la corriente jurisprudencial, que venía exigiendo para la aplicación de las costumbres forales su alegación y la prueba de su vigencia, era fácilmente justificable; pero los argumentos que entonces serían admisibles carecen ahora de fundamento y su utilización mecánica en sentencias como la que comentamos debe reudiarse.

La aplicación del Derecho foral consuetudinario debe tener alguna especialidad frente a la costumbre mera fuente supletoria, no en balde se ha ocupado expresamente el Código civil de afirmar su vigencia, incluso con preferencia a sus propias disposiciones. Principalmente la alegación y prueba de la costumbre resultan moduladas si se refieren a normas forales.

Respecto al primer requisito ha de recordarse que la sujeción al Derecho foral correspondiente no es optativa, sino que viene determinada por la vecindad civil y por el conjunto del llamado derecho interregional, sin que sea posible a los sujetos acogerse o no, en cada acto que realicen y a su arbitrio, a las normas forales.

En cuanto a la prueba, sin que sea posible dudar de su conveniencia, no cabe exigirla como condición inexcusable para aplicar una costumbre foral que, en muchos casos será notoria; a ello coadyuva la amplitud del territorio en que rige.

La sentencia que comentamos, sin embargo, se aferra estrechamente a la naturaleza consuetudinaria de las normas forales aplicables

Estatutos de Autonomía, de próxima publicación, con amplias referencias bibliográficas sobre la materia.

(22) Son palabras de J. L. LACRUZ en *Los Derechos Forales*, recogido en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1958, pág. 21.

(23) Véanse por todos F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., pág. 290, y F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1981, págs. 222 y 281. La crítica al Tribunal Supremo se refiere a su arbitraria doctrina considerando aplicable como derecho supletorio, en Mallorca, al Derecho romano.

al caso, incurriendo, además, en otras incorrecciones, como son requerir que la prueba de la vigencia se refiera al pueblo donde nació el causante (olvidando que no se trata de la «costumbre de lugar», del antiguo artículo 4 del Código) o volver al antiguo requisito de la «opinio iuris».

Pero la inadmisión de una costumbre foral por falta de prueba resulta todavía más condenable si, como ocurre en este caso, la institución correspondiente fue recogida en la Compilación de Derecho foral del Territorio.

Conviene recordar, en este punto, cuál es el significado de las Compilaciones forales actualmente vigentes.

Como es sabido, el proceso de elaboración de las Compilaciones tiene sus orígenes en el Congreso Nacional de Derecho civil, reunido en Zaragoza en 1946, y supone una transformación del sistema de Apéndices forales previsto en la Ley de Bases de 1888. Las Compilaciones se proyectan como una etapa en el camino para llegar a un Código general de Derecho civil español que, por cierto, parece ya de imposible realización (24).

En la conclusión primera del citado Congreso se perfilaron los criterios de elaboración de las Compilaciones, que deberían hacerse «de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta, no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente» (25). Las mismas ideas reciben rango normativo en el Decreto de 23 de mayo de 1947 que señala como finalidad de los anteproyectos de compilaciones, «llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente (art. 3.º). Es decir, que las Compilaciones pudieron actualizar las instituciones forales, pero no foralizar instituciones extrañas, de modo que debe entenderse que las instituciones compiladas ya existían en el Derecho foral, escrito o consuetudinario, que el Código civil declaró vigente.

Esta postura puede defenderse especialmente respecto al contenido de la Compilación balear de 1961, la cual, como las demás de la primera etapa de elaboración de las mismas, se ajustó estrictamente a las directrices antes expuestas. Así, pues, las compilaciones no alteran el ámbito institucional de los Derechos forales, de forma que si recogen una institución es porque estaba vigente en el territorio aforado (26).

(24) Puede entenderse que la Constitución garantiza la conservación de los Derechos forales (art. 149, p. 1, núm. 8) con su caracterización actual de Derechos particulares. Como se concluyó en el Congreso sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, Zaragoza, 1981, «La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil» (conclusión 5.º).

(25) Véanse J. L. LACRUZ, *El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946*, incluido en sus «Estudios», cit., pág. 11.

(26) La agrupación de las Compilaciones forales según su época de promulgación, correlativa a la amplitud de su contenido, es utilizada frecuentemente, por ejemplo, por L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1976, pág. 90.

La conclusión de este razonamiento es clara: No es procedente exigir el requisito de la prueba para la aplicación de costumbres forales que han sido incorporadas al texto de la Compilación sucesoria (27).

Es superfluo recordar que el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, desconoce la argumentación aquí realizada y la vigencia en Mallorca de los contratos sucesorios antes de la Compilación de 1961. Y las razones en que fundamenta la resolución no pueden ser más endeables, dado que la posible aplicación o, más bien, influencia en el caso de las normas compiladas no supone una eficacia retroactiva de las mismas, sino un reconocimiento de su condición de recopilación de instituciones consuetudinarias, que tiene reflejo en el levantamiento del requisito de probar su vigencia anterior.

La rigidez mostrada por el Alto Tribunal en esta sentencia incide sobre una institución típicamente mallorquina como es la sucesión contractual, que, además, parece ser un resto del derecho indígena anterior a la romanización (28). Respecto a tal institución, el supuesto de hecho de la sentencia suscita una nueva cuestión. Tal es la forma exigida al contrato sucesorio por la vigente Compilación y por la tradición mallorquina.

En efecto, el litigio versa sobre un contrato sucesorio otorgado en Francia del cual no se desprende que responda estrictamente a la configuración de las donaciones universales de todos los bienes presente y futuros, que hace el Derecho de Mallorca. No obstante, parece posible superar los términos literales del artículo 6.º de la Compilación y admitir, en casos excepcionales, sobre todo para los otorgamientos en el extranjero, la validez del contrato no ajustado a la forma típica. Como ha señalado la doctrina, los principios de conservación del negocio jurídico y respeto de la soberana voluntad del causante, imponen esta solución (29).

Paradójicamente la Compilación que proclama la idea expuesta es la de Navarra (Ley 1: «Esta compilación... recoge el vigente Derecho civil del antiguo reino...»), a pesar de que su contenido desborda ampliamente los límites tradicionales del Derecho particular de Navarra.

(27) Sobre este tema continúa siendo esclarecedor el trabajo de N. ALCALÁ-ZAMORA *La prueba del Derecho consuetudinario*, Rev. Dcho. Privado, 1934, págs. 145 y sig. Por desgracia, sus lúcidas indicaciones no han encontrado acogida en la jurisprudencia, como evidencia la sentencia que comentamos.

(28) Así lo señala L. PASCUAL Y GONZÁLEZ, en *Derecho Civil de Mallorca*, Mallorca, 1951, pág. 138.

(29) El tema se plantea por M. MASOT, cit., pág. 168, que se refiere expresamente a la frecuencia de los casos protagonizados por mallorquines emigrados a países cuya legislación admite el contrato sucesorio, como Francia. El mismo añade, como colofón de su razonamiento: «Sería, en efecto, muy de lamentar que, por ejemplo, la viuda de un mallorquín y heredera del mismo en virtud de contrato sucesorio otorgado en un país extranjero —y, sin el aspecto formal, por tanto, de la donación universal— pudiera ver destruido, por esta sola circunstancia, su derecho a la herencia, con la consiguiente apertura de la sucesión intestada, en la que ocuparía un lugar ulterior al de los hermanos y sobrinos del cónyuge premuerto» (antes de la reforma del Código civil de 13 mayo 1981).

CONCLUSION

La exposición ha permitido, al hilo de la sentencia comentada, abordar dos temas de no frecuente planteamiento ante el Tribunal Supremo. Tal vez este hecho pueda dulcificar la crítica que merece su doctrina, pero es preocupante advertir que respecto de ambos temas los criterios utilizados por el Alto Tribunal deban entenderse inadecuados.

Una circunstancia común sirve para relacionar la solución dada a las dos cuestiones básicas planteadas, la aplicación en último término de la legislación común española. Frente a la ley extranjera, la española resulta potenciada por una rígida interpretación del artículo 11, p. 2 del Código civil y, por su parte, las normas forales quedan devaluadas a la condición de derecho no aplicable ni investigable de oficio por el juez. La inercia causada por la constante aplicación del Derecho común parece dar lugar a una diferencia cualitativa de éste frente a otros ordenamientos, cuya aplicabilidad resulta cuestionada. La situación actual del Derecho español, que ha pasado a estructurarse en una pluralidad de ordenamientos internos (los de las Comunidades Autónomas), es propicia para una revisión de antiguos criterios, como los plasmados en la sentencia comentada. Esperemos que este deseo se cumpla, por el bien de todos y el progreso del Derecho.

