

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7817 *Resolución de 4 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Totana, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia de un ciudadano británico.*

En el recurso interpuesto por don Patricio Chamorro Gómez, Notario de Totana, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Totana, doña Silvia Dévora Gutiérrez, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia de un ciudadano británico.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Totana, don Patricio Chamorro Gómez, el día 29 de enero de 2016, número 133 de protocolo, doña J. D. C. formalizó la adjudicación de la herencia causada por fallecimiento de su esposo, don M. D. C., fallecido el día 1 de octubre de 2015, dejando dos hijos de su matrimonio y habiendo otorgado testamento en Mazarrón el día 14 de enero de 2005, en el que instituyó heredera de todos sus bienes presente y futuros, derechos y acciones, radicantes en España a su esposa.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Totana, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Totana Calificado el precedente documento, escritura otorgada en Totana ante el Notario don Patricio Chamorro Gómez, el 29/01/2016, bajo el número de protocolo 133/2016, presentada bajo el asiento 492 del Diario 170, tras examinar los antecedentes del Registro, ha sido objeto de calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Se presenta escritura de manifestación y adjudicación de herencia testada autorizada por el Notario de Totana don Patricio Chamorro Gómez el día 29-01-2016, protocolo 133. En ella se realiza la partición de la herencia de D. M. D. C. sobre las fincas 3.389 y 4.479 del término de Aledo, además de otros bienes muebles. Comparece su viuda Doña J. D. C. a adjudicarse la herencia. En el presente caso, el causante es de nacionalidad británica, vecino de Aledo y con el último domicilio también en España. Fallece además el 1 de octubre de 2015 en España. Había otorgado testamento en España el para los bienes radicantes en territorio español y nombraba heredera a su esposa, con sustitución a favor de los hijos y nietos en su caso. En el presente caso al haber fallecido el causante con posterioridad al 7-08-2015, le es de aplicación el reglamento de Sucesiones europeo 650/2012 de 4 de julio sobre competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales, aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo en cuyos artículos 83.1 y 84, que regulan las disposiciones transitorias, se establece que se aplicará a las personas que fallezcan con posterioridad a 17-08-2015 en cuyo caso regirá la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, según se establece en su artículo 21, salvo que hubiera optado en su testamento por la elección de la ley aplicable a su sucesión, cosa que en este caso no sucede. Reglamento que vincula a España como país firmante del mismo y donde se encuentran radicados los bienes. Por lo que, en este caso, aplicándose la ley española

a su sucesión y manifestando tener dos hijos, deberán comparecer los citados legitimarios para, por lo menos, prestar consentimiento a la partición efectuada. La misma solución habría que aplicarse al caso de que el causante hubiera fallecido con anterioridad al Reglamento puesto que teniendo su herencia únicamente bienes en España y siendo vecino de Aledo, con última residencia en España, se produciría un reenvío a la ley española conforme al artículo 9.8 y 12 del Código civil no produciéndose un fraccionamiento de la sucesión que es lo que se trata de evitar cuando la herencia la integran bienes radicantes en varios sitios, puesto que la misma está integrada por bienes únicamente sitios en territorio español, como ya señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2.002 en donde se aceptó la reclamación legitimaria de la hija del causante admitiendo el reenvío a la ley española. Fundamentos de Derecho. Arts 18 de la LH; 9.8 y 12 del Código civil; el art 21, 83 y 84 del Reglamento Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2.012. A la vista de lo anteriormente señalado se suspende la práctica de los asientos registrales solicitados en el precedente documento. La referida calificación negativa lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días de conformidad con lo establecido en el artículo 323,1 de la Ley Hipotecaria. No se ha tomado anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada (artículo 65 y siguientes de la Ley Hipotecaria) Contra la presente calificación (...) Totana, catorce de marzo de dos mil dieciséis La registradora (firma ilegible), Fdo.: Silvia Dévora Gutiérrez».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Murcia número 2, doña María Isabel de la Fuensanta Lapuente Madrid, quien, con fecha 1 de abril de 2016, confirmó la calificación de suspensión que sustituye.

IV

La nota de calificación sustituida fue recurrida por el Notario autorizante, don Patricio Chamorro Gómez, alegando: «(...) 1.º El testador dispone de sus bienes con toda la libertad que le permite su Ley personal y si bien es cierto que no designa de forma expresa a su Ley personal como Ley reguladora de su sucesión, no es menos cierto que en el momento de otorgar testamento no era necesaria esa expresa elección por virtud de lo dispuesto en el art. 9.8 del código civil, plenamente aplicable en aquel momento, que remitía su sucesión automáticamente a su ley personal. Por otra parte, el contenido del testamento deja muy clara su voluntad expresada en términos acordes con su legislación personal y absolutamente incompatible con lo establecido en la Ley española y su sistema de legítimas. Así mismo, en cuanto a la forma de elección de la ley aplicable debe tenerse en cuenta que el artículo 22.2 del RES establece que «la elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo». No cabe duda por tanto de su voluntad en cuanto a la ordenación de su sucesión y de que, en términos actuales, bien cabe calificarla como una elección tácita. 2.º Que a elección realizada cumple con lo dispuesto en el capítulo III del RSE en cuanto que dicha elección se ha realizado en una disposición mortis causa y se refiere a la Ley personal del causante en el momento de su otorgamiento. Queda acreditado por tanto el cumplimiento de las condiciones fijadas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 83. Por tanto, nos encontramos con una disposición testamentaria válida y susceptible de producir sus efectos en el momento de su otorgamiento; y esa misma disposición testamentaria podría ser otorgada en términos equivalentes en momentos actuales, tras la entrada en vigor del RES ya que es acorde con el mismo, entonces ¿Qué sentido tiene negarle su eficacia por el hecho de la entrada en vigor del RES? Precisamente a este supuesto se refiere el apartado 4 del artículo 83 del RES: Si una disposición mortis causa se realizara antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión. Por otra parte, en cuanto al hipotético reenvío al que hace mención la nota de calificación en base al artículo 9.8 y 12

del Código civil, entiende el recurrente que no es aplicable ese argumento una vez que está en vigor el RSE ya que el artículo 34 regula el reenvío admitiéndolo solamente cuando se remita a la regulación sucesoria de un Estado miembro o de un tercer Estado, pero no lo acepta en el caso en que la Ley reguladora de la sucesión fuese elegida por el causante, lo cual tiene su lógica porque de admitirlo podría privar de efectos a la válida elección realizada por el causante».

V

La registradora emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 20, 21, 22.2, 23, 24, 26, 27, 34.2 y 83, y los considerandos 1, 7, 39, 40, 77, 80, 81 y 82 del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; los artículos 9.8 y 12.2 del Código Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2016.

1. Se plantea en el recurso lo siguiente: abierta la sucesión tras el 17 de agosto de 2015, fecha de aplicación del Reglamento Europeo de Sucesiones, el causante británico, con residencia en España, fallece bajo testamento otorgado en España, en el año 2005 ante Notario español, a doble columna en lengua española e inglesa conforme al cual respecto de sus bienes existentes en España instituye heredera universal a su esposa y la sustituye sin expresión de caso por sus dos hijos comunes con sustitución a su vez en su estirpes.

En la escritura de adjudicación de herencia, asimismo otorgada en España, y ahora objeto del presente recurso, se manifiesta que el causante sólo posee patrimonio en España donde residía en el momento de su fallecimiento.

La registradora mantiene la aplicación de la ley española a la universalidad de la herencia por ser la de la residencia del causante al tiempo de su fallecimiento y, en consecuencia, debe aplicarse el sistema de legítimas del Código Civil resultando imprescindible el consentimiento de los hijos, como herederos forzosos. Además manifiesta que a «la misma solución habría que aplicarse al caso de que el causante hubiera fallecido con anterioridad al Reglamento puesto que teniendo su herencia únicamente bienes en España y siendo vecino de Aledo, con última residencia en España, se produciría un reenvío la ley española conforme al artículo 9.8 y 12 del Código civil no produciéndose un fraccionamiento de la sucesión...».

Alega el recurrente, Notario autorizante, que la disposición otorgada por el causante responde a la libertad de testar propia de la ley de su nacionalidad como ley elegida por él, y de su nacionalidad en el momento del otorgamiento, por lo que es de aplicación al conjunto de la sucesión la ley británica.

Por lo tanto, además de la valoración de la elección de la ley sucesoria, «*professio iuris*», en base al artículo 83 del Reglamento, debe decidirse si es relevante el hecho de que la totalidad de los bienes del causante se encuentren en España, así como el eventual mantenimiento de la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002, tras la entrada en aplicación del Reglamento.

2. Como es sabido la aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012 plantea diversas cuestiones interpretativas, entre ellas, no son menores las relativas a las herencias de ciudadanos británicos con bienes en un Estado miembro participante.

La razón es que Reino Unido al igual que Irlanda, dada su especial posición en los Tratados (vid. artículos 1 y 2 de los Protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), presentan una calificación técnica de Estados miembros en situación de *op out* provisional, con la consecuencia de ser considerados -en general- terceros países en cuanto Estados miembros no participantes.

3. Respecto de la primera cuestión, este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en la Resolución de 15 de junio de 2016 que estableció: «5. Ciertamente el artículo 21.1 del Reglamento 650/2012 dispone una norma de conflicto principal que determina que será ley aplicable la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, ley que será aplicable a la universalidad de la herencia, bienes muebles e inmuebles, incluso cuando no resulte ser aplicable la ley de un Estado miembro, dada la aplicación universal del Reglamento (artículos 20 y 23.1, ex 34). La consideración de que debe entenderse residencia habitual en el contexto de esta norma, exige una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento, en los términos de los considerandos 23 y 24. No obstante, la regla de la residencia no es absoluta por cuanto, además de otros supuestos tales como: la aplicación de la ley de los vínculos más estrechos, artículo 21.2; la norma especial en caso de conmorienencia, artículo 32, o sucesión vacante, artículo 33; la aplicación obligatoria del artículo 30; o las normas del artículo 29 para determinados supuestos de administración *locus sitae*, el artículo 22.1 permite que el causante pueda elegir, en disposición *mortis causa*, como ley aplicable a su sucesión la de la nacionalidad, o alguna de las nacionalidades que ostente al tiempo de la elección o de su fallecimiento. 6. La *professio iuris*, como se ha indicado, era desconocida en España antes de la entrada en vigor del Reglamento al igual que se desconoce hoy en día en la legislación británica, pero este hecho que pudiera ser relevante para su ejecución según la ley local en Reino Unido, no afecta la aplicación de la norma europea en España, en cuanto Estado miembro participante en el mismo. Conforme al artículo 22 del Reglamento, la elección de la ley de una de las nacionalidades que posea el disponente al tiempo de la realización de la disposición de última voluntad o del fallecimiento del causante, ha de reunir ciertos requisitos formales: debe hacerse expresamente y en forma de disposición *mortis causa* o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Los considerandos 39 y 40 inciden esta cuestión: el considerando 39 del Reglamento (UE) nº 650/2012, señala que la elección de la ley sucesora debe realizarse explícitamente en una declaración de forma de disposición testamentaria o resultar de los términos de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley. Abunda en ello, el considerando siguiente -40- al precisar que cabe la elección de una ley aun cuando la ley elegida no prevea la elección de ley en materia sucesoria, como sucede en el Derecho británico, y sucedía en el momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa* en el Derecho español, siempre que pueda inferirse del acto que la persona comprendió lo que está haciendo y consistió en ello. Y si es así constante la aplicación del Reglamento con más razón debe predicarse una interpretación flexible de su disposición transitoria -artículo 83- redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (vid. considerando 80). Por ello, si una disposición «*mortis causa*» se realizara antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (artículo 83.4). Y así puede entenderse de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos. 7. Complementariamente, ha de tenerse presente que el Reglamento, con inspiración en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, introduce en su Capítulo III para la regulación de la validez formal y material de las disposiciones «*mortis causa*», con el

alcance autónomo que allí se establece, la putative law –ley presuntiva– que produce una retroacción positiva para los efectos singulares regulados en los artículos 26 y 27 a la ley que de haber fallecido el testador en la fecha en que realizó la disposición mortis causa le sería de aplicación –incluido el supuesto del artículo 22, *professio iuris*–, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 75.1 en relación al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 del que España, como la mayor parte de los Estados miembros, es parte y que queda supeditado en el futuro, entre los participantes –y muy probablemente, por lealtad institucional, entre los Estados miembros– a lo previsto en el Reglamento. 8. Por las razones apuntadas, en base a las circunstancias transitorias concurrentes y a la necesaria seguridad jurídica que está en la lógica de la norma, junto a la eliminación de trabas jurídicas (considerandos 1, 7 y 80) ha de entenderse que el título testamentario del causante británico antes de la aplicación del reglamento, en este caso concreto, fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional, por lo que la sucesión se ha de regir por la ley británica, y dado su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, a las leyes de Reino Unido. Esta solución está reforzada además por el hecho de que en el momento en que se realizó el testamento era aplicable a la sucesión la ley nacional del causante, que conduce al mismo resultado».

4. Como elemento nuevo ha de analizarse en el presente recurso si es aplicable el reenvío desde la ley británica, dada la tradicional escisión de esa legislación entre bienes muebles, a la que se aplica la ley del domicilio, e inmuebles a la que se aplica la ley de situación de los mismos, lo que conduciría en ambos casos a la ley española. Este tema conduce al relativo a si es relevante, a efectos materiales, el hecho de que todo el patrimonio del causante se encuentre en España.

La introducción en el Reglamento (UE) nº 650/2012, de un artículo, el 34 sobre reenvío, obliga a relegar el artículo 12.2 del Código Civil a ámbitos distintos del sucesorio internacional.

En España hasta la aplicación de la norma europea era admitido el reenvío con la limitación de que sólo cabía de primer grado, es decir, el reenvío a la ley española derivado directamente de la ley de la sucesión, sin que se tenga en cuenta el reenvío de segundo grado por aplicación de sus normas de Derecho internacional privado.

Las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1999 establecieron la improcedencia del reenvío, incluso cuando es a favor de la legislación española, si con ello se pone en peligro los principios de unidad y universalidad de la sucesión.

La de 23 de septiembre de 2002, en relación a la sucesión de un británico –inglés– puntualiza que si el reenvío implica la aplicación de la ley española en la totalidad de la sucesión (sólo existe en la sucesión patrimonio en España y todo es de carácter inmobiliario) sería admisible el reenvío.

La Resolución de 13 de agosto de 2014, aunque realizando ya algunas apreciaciones importantes sobre la futura aplicación del Reglamento, sigue la doctrina tradicional en sede de reenvío a la ley española desde la ley nacional británica del causante –fallecido por tanto antes de la aplicación del Reglamento, en la línea de la Resolución de 24 de octubre de 2007–.

5. Para una mejor comprensión del problema planteado debe analizarse la delimitación positiva y negativa del reenvío que en su redacción final, y tras varias vicisitudes, presenta el artículo 34 del Reglamento.

La delimitación positiva la establece el artículo 34 del Reglamento en su párrafo primero del que resulta que se exige para la aceptación del reenvío, que éste se produzca para un tercer Estado y no otro Estado miembro: «1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley».

La delimitación negativa del precepto, se encuentra en el párrafo 2: «2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30».

Conforme a éste se excluye el reenvío cuando la ley designada por el Reglamento se derive de la «*professio iuris*» del causante, como ocurre en el presente expediente, o sea consecuencia de la utilización de la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos establecida en el artículo 21.2 como excepción a la ley aplicable o de las normas especiales contempladas en los artículos 27, 28.b) y 30 del Reglamento de Sucesiones.

6. En consecuencia, la jurisprudencia citada en materia de reenvío no es extrapolable a la situación creada con la entrada en vigor del Reglamento de Sucesiones de forma que, en los casos en que éste sea aplicable, el artículo 34 introduce una nueva regulación en materia de reenvío con diferente contenido y fundamentos a los recogidos en el artículo 12.2 del Código Civil.

Así mientras el artículo 12.2 del Código Civil admite sólo el reenvío de primer grado, reenvío que no es obligatorio y está vinculado al sistema previsto en el artículo 9.8 del Código Civil, el artículo 34 del Reglamento recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad internacional de soluciones y la proximidad con la ley aplicable.

En el supuesto planteado en este expediente se está ante una elección anticipada de la ley aplicable conforme al artículo 83.4 del Reglamento 650/2012, supuesto excluido conforme al artículo 34.2 de la posible operatividad del reenvío previsto en el artículo 34.1 del mismo Reglamento, por lo que debe entenderse que la sucesión se rige por la legislación británica, sin que sea precisa la comparecencia en la partición de los descendientes del causante.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho con revocación de la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 4 de julio de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.