

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7026 *Resolución de 15 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Orihuela nº 4, 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 A. P. P., en nombre y representación de doña M. E. O., contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Orihuela número 4, don Martín José Brotons Rodríguez, 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 la notaria de Orihuela Costa, doña Margarita Acitores Peñafiel, el día 22 de enero de 2016, número 347 de protocolo, doña M. E. O., debidamente representada, formalizó la adjudicación de la herencia causada por fallecimiento de su esposo, fallecido el día 15 de septiembre de 2015, dejando tres hijos de su matrimonio y habiendo otorgado testamento en Torrevieja, el día 28 de mayo de 2003, en el que instituyó heredera de todos sus bienes sitos en España a su esposa.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Orihuela número 4, fue calificada con la siguiente nota: «Escritura de Herencia otorgada en Orihuela, el 22 de enero de 2016, ante Doña M. A. P., número 347 de su protocolo. I.– Hechos: Presentada telemáticamente el 22 de enero de 2016, bajo el asiento nº 1650/73 y aportada copia autorizada en soporte papel el 10 de febrero de 2016. En dicha escritura don G. P. O., falleció en Orihuela el día 15 de septiembre de 2015, bajo testamento otorgado el día 28 de mayo de 2.003, en el cual se dice que está casado en únicas nupcias con doña M. E. O. con quien tiene tres hijos, e instituyó heredera en todos sus bienes, solamente situados en España, a su nombrada esposa. En la misma escritura se testimonia certificado de Registro de Ciudadano de la Unión, en el que consta que el causante era residente comunitario con carácter permanente en España desde el 8 de abril de 2004. Vistos los preceptos legales de pertinente aplicación que luego se citan. II.–Fundamentos de Derecho. Artículo 21 punto 1.–del Reglamento (UE) N.º 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, que dice: «Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento». Y el artículo 23 de dicho Reglamento, punto 2, apartado h) que dice: «Dicha ley regirá, en particular: h) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos». Artículo 806 C.C.–que dice: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.» Artículo 807 C.C.–que dice: Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y

ascendientes. 2.º A falta de de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código. Artículo 1058 C.C.–que dice: Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. III.–Resuelvo.–En su virtud acuerdo suspender la práctica de la inscripción solicitada al no intervenir todos los herederos forzosos en la partición de la herencia y en base a los Fundamentos de Derecho dichos, considerándose el defecto subsanable. IV.–Medios de impugnación. Contra la presente nota (...) Orihuela, a 1 de marzo de 2016. El registrador (firma ilegible)».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida por don A. P. P., en nombre y representación de doña M. E. O., alegando: «Primera.–En el Reino Unido, sistema anglosajón, rige el principio de libertad de disposición en materia de herencias. Segunda.–En el mismo Reglamento Europeo nº 650/2012 del Parlamento Europeo y Consejo de 4 de Julio de 2012, en la exposición de motivos, punto nº 82 se establece que «De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del presente Reglamento y no quedan vinculados por él ni sujetos a su aplicación. Ello, no obstante, se entiende sin perjuicio de que el Reino Unido e Irlanda puedan notificar su intención de aceptar el presente Reglamento tras su adopción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de dicho Protocolo». Tercera.–El Sr. G. P. O manifestó en su testamento, su voluntad de instituir heredera a su esposa, testamento que se redactó según su ley personal británica, en la que rige la libertad de disposición en la sucesión, y en base al artículo 22 del Reglamento Europeo, ya designó la ley de su Estado para regular la sucesión testamentaria, y a día de hoy el Reino Unido no ha adoptado dicho Reglamento, por lo que no sería de aplicación a los nacionales de dicho Estado».

IV

El registrador 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 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, y el artículo 9.8 del Código Civil.

1. El presente recurso aborda una cuestión de gran interés en la aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, cual es la problemática de determinar la ley aplicable a las sucesiones de ciudadanos británicos en los Estados miembros participantes.

La importancia de esta norma europea y su incidencia en la actuación de los notarios y registradores españoles hace preciso que este Centro Directivo aborde la rica casuística que el mismo plantea estableciendo una interpretación para el caso planteado.

Con carácter previo debe considerarse suficiente el poder notarial en base al cual es representada la recurrente en base a su consideración accesoria a los fines perseguidos por la representación, de carácter dispositivo, sobre el patrimonio de la recurrente en España.

2. En el presente recurso un causante británico fallece tras la entrada en aplicación del Reglamento (17 de agosto de 2015), teniendo su última residencia habitual en España, y con patrimonio en España y al parecer en otros Estados.

Alega el recurrente que siendo el causante de nacionalidad británica y no participando Reino Unido en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de julio de 2012, la norma no le vincula, siendo aplicable a la sucesión la ley del Reino Unido que consagra la libertad de testar.

El registrador, por el contrario, 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.

3. Entre los diversos supuestos y matices que estas sucesiones pueden presentar, en el caso concreto que ahora se analiza se da la circunstancia de que el causante fallece bajo testamento otorgado en 2003, por lo tanto, antes de la entrada en vigor del Reglamento (16 de agosto de 2012, vid considerando 77 y Reglamento [C.E.E., Euratom] n.º 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971).

En dicho testamento, autorizado por notario español conforme a los requisitos de la «lex auctor», que en la fecha de su otorgamiento impedía la elección de la ley sucesoria, la «professio iuris» -al igual que la «lex del domicile» del testador-, éste ordenaba lo siguiente: por la primera cláusula, «instituye heredera en todos sus bienes situados en España a su esposa, M. E. O»; por la segunda cláusula, « nombra sustitutos en caso de premoriencia, conmoriencia o renuncia de la citada heredera, a partes iguales, a sus tres hijos (...). Con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes». Además deja a salvo los «posibles derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos». Expresión esta última que pese a la difícil coordinación de las leyes inglesa y española puede conducir a familiar provisions que, de existir, no han sido planteadas, con el alcance de la ley aplicable, en ningún momento. No se designa executor.

En la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, también otorgada en España, comparece un representante de su esposa que en tal concepto, apoderado voluntario de la heredera, adjudica a ésta la totalidad de la herencia.

En la redacción de la escritura notarial calificada, se omite toda explicación sobre la ley aplicable y demás circunstancias concurrentes. No consta, además, informe de la notaría autorizante.

4. Pero, pese a ello, es indudable la aplicación del Reglamento al caso planteado bajo los siguientes parámetros:

En primer lugar, debido a la universalidad de la ley aplicable que en él mismo se prevé como característica común de los Reglamentos europeos que regulan la ley aplicable desde el Reglamento (UE) nº 598/2008 (Roma I).

En este sentido el artículo 20 del Reglamento establece la aplicación universal de la ley aplicable: «la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro», por lo que aunque Reino Unido, como Irlanda, se encuentren actualmente en posición técnica de Estados miembros en situación provisional de opt out, conforme a los protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no sean Estado miembro participantes, lo cierto es que la herencia establecida en España ante notaría española, debe tener en cuenta las normas sobre la ley aplicable del Reglamento, lo que conduce al Capítulo III del Reglamento.

En segundo término, determinada la aplicación de la norma europea frente al artículo 9.8 del Código Civil -cuyo ámbito se circunscribe a la sucesión mortis causa sin elemento internacional, especialmente en relación a la determinación de una unidad territorial nacional con legislación propia- debe analizarse si las cláusulas testamentarias suponen la realización efectiva de «professio iuris» conforme al artículo 83 del Reglamento, o si carecen de entidad para ello.

5. Ciertamente el artículo 21.1 del Reglamento (UE) n.º 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, artículos 21.2; la norma especial en caso de conmorienca, 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) n.º 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.

9. Otra cuestión, que no ha sido establecida en la nota de calificación es si es posible la división de títulos testamentarios, para el patrimonio en España y otros Estados.

Conforme al Reglamento la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del artículo 23) por lo que estas disposiciones testamentarias simpliciter, que tanto facilitaron las sucesiones de los causantes británico en España en su día deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015, pero es un tema que, al no ser planteado, no afecta, aunque si contextualiza la presente Resolución.

Por tanto, debe considerarse que, aunque no forme parte Reino Unido del Reglamento (UE) n.º 650/2012, las autoridades judiciales y extrajudiciales españolas deben tener presente la aplicación universal del mismo, incluso para Estados miembros no participantes. Y que, en el presente caso concreto, en base a los argumentos expresados, ha de considerarse suficiente la disposición de voluntad del año 2003 con fundamento en el artículo 83, para entender realizada una «*professio iuris*» a favor de la ley de la nacionalidad del causante por la cual habrá de regirse sin aplicación del sistema legitimario español.

10. Finalmente, conviene poner de relieve que la compleja regulación de las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizantes realicen los correspondientes juicios instrumentales acerca de tales extremos y aconseja un razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes a la sucesión.

En consecuencia, 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, 15 de junio de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.