

El Reglamento Sucesorio europeo:
El principio de adaptación
de los derechos reales y los límites
impuestos por la *lex rei sitae*.
Especial referencia al certificado
sucesorio

*The European Succession Regulation:
The rule of adaptation of rights in rem
and the limits set by the lex rei sitae.
Special reference to the certificate of
succession*

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad.

Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Catedrático de Derecho Civil (acreditado).

Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado Civil

RESUMEN: El 27 de julio de 2012 se publicó el Reglamento (UE), número 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. Esta iniciativa hay que ubicarla en el contexto de las libertades básicas y derechos fundamentales que informan el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como la libre circulación de personas o la protección del derecho de propiedad, derechos y libertades que deben desarrollarse en el contexto actual de una realidad en la que la movilidad internacional de las personas aumenta constantemente y, en paralelo, aumenta también el número de sucesiones internacionales, situaciones frente a las que las legislaciones nacionales europeas en la actualidad ofrecen soluciones fragmentadas y en ocasiones divergentes e incoherentes. Frente a este panorama, sale al paso el nuevo Reglamento sucesorio europeo que pretende fijar reglas uniformes de Derecho internacional privado en materia de competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos auténticos en materia sucesoria, y que crea un novedoso certificado europeo de sucesiones en que se combinan todos los aspectos anteriores.

El objeto del presente artículo estriba en analizar fundamentalmente el tema de la delimitación de la ley aplicable, los límites que impone la *lex rei sitae* a la *lex successionis*, el principio de adaptación de los derechos reales como técnica de armonización de ambas, y su proyección tanto en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones como en la nueva figura del certificado sucesorio europeo, y las relaciones de este último con el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: On 27 July 2012 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession was published. This initiative belongs within the context of the basic freedoms and fundamental rights that shape the laws of the European Union, such as the right to free circulation of persons and the right to protection of property rights. These rights and freedoms must be applied in today's context of a reality in which the international mobility of persons is constantly on the rise, along with a mounting number of international successions. The solutions offered at present by the domestic legislation of European countries are fragmentary at best, divergent and incoherent at worst. To address this panorama the new European Succession Regulation has arisen, which attempts to set uniform rules of international private law in matters of authorities' jurisdiction, the applicable law and the recognition and enforcement of decisions and authentic acts in matters of succession. The regulation creates a novel European certificate of successions that combines all the points mentioned above.

*The object of this article is to analyze fundamentally the delimitation of the applicable law, the limits the *lex rei sitae* sets on the *lex successionis*, the rule of adaptation of rights in rem as a technique for harmonizing the *lex rei**

sitae with the lex successionis, and the influence of this on the recognition and enforcement of decisions, on the new concept of the European certificate of succession, and on the relationships of the European certificate of successions with property registration systems.

PALABRAS CLAVE: Certificado sucesorio europeo; Registro de la Propiedad; *lex rei sitae* versus *lex successionis*.

KEY WORDS: *European certificate of succession, property registration system, lex rei sitae vs. lex successionis.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO.—III. LA LEY APLICABLE.—IV. LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.—V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.—VI. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN¹

El 27 de julio de 2012 se publicaba en el Boletín Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE), número 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. Esta iniciativa hay que ubicarla en el contexto de las libertades básicas y derechos fundamentales que informan el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como la libre circulación de personas o la protección del derecho de propiedad, derechos y libertades que deben desarrollarse en el contexto actual de una realidad en la que la movilidad internacional de las personas aumenta constantemente y, en paralelo, aumenta también el número de sucesiones internacionales, situaciones frente a las que las legislaciones nacionales europeas en la actualidad ofrecen soluciones fragmentadas y en ocasiones divergentes e incoherentes. Así en el vigente Derecho Comparado encontramos sistemas basados en dos modelos diferentes: el modelo de la unidad de la sucesión, y el modelo de escisión o fragmentación. Dentro de cada uno de estos dos modelos, a su vez, existen diferencias en la fijación del elemento o criterio de conexión para determinar la competencia o la ley aplicable, y también en aspectos tan esenciales como la delimitación material del propio estatuto sucesorio o ámbito objetivo de la *lex successionis* (por ejemplo,

en relación con el régimen económico-matrimonial o los aspectos reales de la sucesión, y otros muchos a los que me referiré después).

Frente a este panorama, sale al paso el nuevo Reglamento sucesorio europeo que pretende fijar reglas uniformes de Derecho internacional privado en materia de competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos auténticos en materia sucesoria, y que crea un novedoso certificado europeo de sucesiones en que se combinan todos los aspectos anteriores. Esta iniciativa normativa encuentra su base jurídica en el artículo 61 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el que se prevé el establecimiento progresivo de un espacio común de libertad, seguridad y justicia mediante la adopción de medidas tendentes a «mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales», y a «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicciones».

El nuevo Reglamento está sujeto, no obstante, a un amplio periodo de *vacatio legis*, pues si bien entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (publicación que tuvo lugar el 27 de julio de 2012), según establece su artículo 84, conforme a esta misma disposición el Reglamento no será aplicable sino a partir del 17 de agosto de 2015², es decir, que sus disposiciones no serán aplicables a las sucesiones abiertas antes de dicha fecha.

En este trabajo estudiaremos fundamentalmente el tema de la delimitación de la ley aplicable, los límites que impone la *lex rei sitae* a la *lex successionis*, el principio de adaptación de los derechos reales como técnica de armonización de ambas, y su proyección tanto en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones como en la nueva figura del certificado sucesorio europeo. El primer elemento de análisis será el de definir el propio ámbito de aplicación del Reglamento.

II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO

En principio el Reglamento, de forma coherente con su planteamiento de implantar un modelo sucesorio basado en el principio de la unidad o universalidad, parte de una enunciación muy amplia de su objeto, y así en el apartado 1 de su artículo 1 dice que: «*El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte*». Esta definición de su objeto no debe plantear en el caso español especiales dificultades de calificación, pues viene a coincidir con la enunciación del supuesto de hecho de la norma de conflicto que en materia sucesoria establece el artículo 9.8 del Código Civil, abarcando todo tipo de sucesión, sea testamentaria, intestada o contractual.

Sin embargo, los procesos sucesorios son procesos con frecuencia complejos en los que los aspectos puramente sucesorios se entrelazan con otros pertene-

cientes al ámbito del Derecho de familia y de la persona, con el Derecho de las obligaciones y contratos, y también con los derechos reales. Por ello, a pesar de que se ha querido definir un ámbito de aplicación amplio para la ley aplicable, pretendiendo que rija *la totalidad de la sucesión* (art. 19.1), lo cierto es que el mismo artículo 1 del Reglamento en su apartado 2 fija una larga lista de temas y cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación. Estas exclusiones, unidas a los límites del propio ámbito de aplicación de la *lex successionis* determina que el modelo acogido pueda ser calificado, como ha hecho ya algún autor³, de *unidad atenuada*.

Así, en el artículo 1 del Reglamento se excluyen:

- a) las *relaciones familiares* (matrimonio, filiación), que definen el orden sucesorio al fijar el parentesco entre causante y causahabientes, al reconocer o no un matrimonio o una determinada filiación, por ejemplo;
- b) la *capacidad jurídica de las personas físicas*, y con ello se influye de forma determinante en la línea sucesoria (repárese, por ejemplo, en los efectos de la reforma del art. 30 del CC por la Ley del Registro Civil de 2011, que ahora atribuye la personalidad desde el momento del nacimiento con vida, sin esperar al transcurso de veinticuatro horas);
- c) las cuestiones relativas a la *desaparición, ausencia o presunción de fallecimiento*, de la que, a su vez, puede depender la misma apertura de la sucesión;
- d) los *régimenes económico-matrimoniales*, y con ello un elemento esencial en la definición objetiva del caudal relicto, al ser la liquidación del régimen matrimonial operación necesariamente previa a la formación del inventario del patrimonio dejado por el causante; particular dificultad plantearán en algunos casos la vinculación al estatuto sucesorio de los denominados *derechos sucesorios del cónyuge viudo* y su calificación como tales derechos sucesorios. Recordemos que en nuestro Derecho, el artículo 9.8 del Código Civil establece que: «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*». Norma que responde a una lógica muy clara, dado que el ordenamiento interno compensa los derechos económicos de los cónyuges en el matrimonio y en la sucesión: así en un régimen matrimonial de comunidad los derechos sucesorios son menores, y a la inversa⁴. Por el contrario, el artículo 23.2.b) del Reglamento incluye los derechos sucesorios del cónyuge supérstite en el ámbito de la *lex successionis*, rompiendo aquel elemento de compensación y equilibrio⁵.

Además de este fundamento de justicia material a favor de la solución interna, no hay que olvidar que los derechos sucesorios del cónyuge

viudo no le convierten en heredero, lo que justifica también desde un punto de vista de técnica jurídica su tratamiento diferenciado. En este sentido, la reciente Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2013 afirma que: «Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyen al cónyuge sobreviviente, en rigor, no lo convierten en heredero y coexisten con los llamamientos testamentario y abintestato. Doctrinalmente se acepta de modo mayoritario esta tesis. El llamamiento en usufructo, la posibilidad de conmutación de su derecho a instancia de los herederos (cfr. art. 839 del CC), la no responsabilidad por las deudas hereditarias (cfr. art. 510 del CC), y el hecho de que su preterición no anula la institución de heredero (cfr. art. 814 del CC) justifican esta posición»⁶. Por otra parte, esta unificación de ambos ámbitos bajo la ley de la sucesión, desplazará los problemas al terreno de la calificación: ¿son «derechos sucesorios» o «derechos matrimoniales» las preferencias que al cónyuge supérstite le corresponden en la liquidación de los gananciales: sobre la vivienda habitual, sobre el local en que ejerza su profesión, derechos de alimentos, etc., *ex* artículo 1406 del Código Civil?; ¿y el derecho expectante de viudedad del Derecho aragonés?; ¿*quid iuris* respecto de las donaciones entre esposos en capitulaciones matrimoniales de bienes futuros solo para el *caso de muerte* a que se refiere el artículo 1341 del Código Civil?;

- e) los *derechos de propiedad* que tengan origen en un título no sucesorio pero cuyo desenvolvimiento dependa de la vida de sus titulares, como la *propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite* (por ejemplo, los usufructos conjuntos y sucesivos o *al más viviente*);
- f) cláusulas estatutarias en sociedades mercantiles que determinen reglas especiales en caso de transmisión *mortis causa* de participaciones sociales;
- g) la creación, administración y disolución de *trust*;
- h) y «la naturaleza de los derechos reales», y «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo» —art. 1.2, letras k) y l)—.

Por otra parte, no hay que olvidar que el Reglamento no desplaza la aplicación del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, según resulta de su artículo 75.1, del que España es parte desde su ratificación el 16 de marzo de 1988⁷. Importa destacar de este Convenio su clara afirmación del principio del *favor testamenti*, al admitir la validez en cuanto a la forma del testamento

y la misma responde a la ley interna señalada por cualquiera de los siguientes puntos de conexión: *a)* el lugar en que el testador hizo la disposición, o *b)* la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o *c)* el lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o *d)* el lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o *e)* respecto a los inmuebles, el lugar en que estén situados.

Por otra parte, el concepto de «forma del testamento» responde a una calificación autónoma del propio Convenio, pues: *a)* conforme al artículo 4, el Convenio «se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas» (*versus* art. 733 del CC); y *b)* según el artículo 5: «A los efectos del presente convenio, las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria». Además, en cuanto a su ámbito de aplicación, y salvo declaración de reserva por parte de los Estados contratantes, el convenio se extiende a todo el contenido del testamento, incluso a las cláusulas que no tengan carácter sucesorio, según se desprende *a sensu contrario* de su artículo 12.

A todo lo anterior se ha de añadir la exclusión de todas las cuestiones fiscales y administrativas que tengan que ver con la sucesión.

Algunas de estas cuestiones excluidas pueden operar como cuestión previa, siendo su resolución necesaria para una adecuada fijación de los derechos de los herederos y demás personas con derecho a la herencia como ocurre con la determinación del régimen económico-matrimonial con su correspondiente incidencia en la fijación de los derechos sucesorios —y de hecho es una de las menciones que se deben incluir en la solicitud del certificado sucesorio europeo *ex* art. 68.h)—, o la determinación de la filiación respecto de un supuesto hijo no matrimonial, por ejemplo. El Reglamento no prevé ninguna solución para este problema. La doctrina se ha referido al carácter autónomo de la cuestión previa o a su carácter dependiente de la ley aplicable a la sucesión; la solución más lógica sería la de aplicar al supuesto la norma de conflicto del foro prevista para este, pues en otro caso se llegaría a la contradicción de tratar de forma diferente la misma situación según operara como cuestión principal o como cuestión previa (*cfr.* art. 12.6 del CC). En esta misma línea, la Resolución de la DGRN, de 28 de julio de 2011, recuerda que «la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso al registrador, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar

cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo, de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto, en este caso, el artículo 9.8 del Código Civil». Por lo que, a falta de norma de conflicto europea, se aplicará la nacional.

En cuanto a la calificación para identificar la norma de conflicto aplicable, sabido es que el artículo 12.1 del Código Civil español establece que: «*la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española*». Teniendo en cuenta, por un lado, el carácter omnicompreensivo del artículo 9.8 del Código Civil, referido genéricamente a la *sucesión por causa de muerte* y, por otro, las amplias exclusiones del ámbito material del Reglamento (vid. art. 1), pueden suscitarse dudas en cuanto a la calificación de ciertas instituciones y sobre su sujeción o no a la ley sucesoria. Después veremos algunos ejemplos.

En concreto, la exclusión de la naturaleza de los derechos reales —art. 1.2.k)—, debe interpretarse atribuyendo al concepto de «naturaleza» un sentido muy amplio, comprensivo también del contenido y efectos del derecho real por su vinculación a la *lex rei sitae*, lo que además resulta del propio contexto del Reglamento.

En cuanto a la relación entre ley sucesoria y ley del lugar de situación del bien el Reglamento parte de la idea de que, en principio, la adquisición de la propiedad derivada de la sucesión y, por tanto, se regula por la *lex successionis* en consonancia con el carácter amplio de su ámbito de aplicación —art. 23.2.e)—. Sin embargo, la especialidad del sistema de publicidad de los derechos reales regido por la *lex rei sitae* y su vinculación al régimen interno de la propiedad (art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y al sistema de seguridad jurídica preventiva en el tráfico jurídico, regido por la legislación interna de cada Estado determina que, por un lado, quede excluida la cuestión de la naturaleza de los derechos reales y el régimen de los requisitos y efectos de las inscripciones en el Registro de la Propiedad; pero, por otro lado, se busca compensar dicha exclusión mediante el principio de adaptación de los derechos constituidos con arreglo a la legislación sucesoria interna de un Estado miembro al ordenamiento del Estado de situación de los inmuebles en que dicho derecho pretenda ser reconocido y ejercitado.

Esta última solución resulta congruente con el criterio asumido en relación con los derechos reales y su publicidad en distintos instrumentos jurídicos comunitarios de la cooperación jurídica en materia civil como el Reglamento de Bruselas I, número 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (art. 22)⁸ o el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (arts. 11 y 14). Así el citado Reglamento de Insolvencias prevé que: «*Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se regularán de acuerdo con la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro*» (art. 11).

En cuanto a esta exclusión de la publicidad de los derechos reales, la previsión del artículo 1.2.1 se refiere literalmente a: «*cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo*».

Se refiere a estas exclusiones los Considerandos 15 y 16:

- «(15) *El presente Reglamento permite la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (numerus clausus) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho.*
- (16) *No obstante, para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el presente Reglamento debe prever la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. A estos efectos, podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la ley extranjera».*

En todo caso, el resultado de estas previsiones es que quedan excluidos del ámbito del Reglamento y, por tanto, permanecen sujetos al Derecho interno de cada Estado miembro los siguientes aspectos: a) las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento registral; b) las determinaciones sobre organización y funcionamiento del Registro; c) los requisitos de la inscripción, y d) los efectos de la inscripción y de la ausencia de inscripción. Estas exclusiones, en realidad, rebasan el ámbito estricto de los derechos reales que afectan a todos los derechos inscribibles y, por tanto, también a ciertos derechos personales que tienen dicha cualidad de inscribibles (v.gr., arrendamientos, opciones de compra⁹, etc.).

Todo ello supone que, al margen de la influencia de la ley de situación de los inmuebles a través de la *lex registrii* en lo relativo a la organización y funcionamiento del Registro, la *lex rei sitae* entra en contacto con el proceso sucesorio interfiriendo en la aplicación de la ley sucesoria con ocasión del examen de admisión en el Registro de resoluciones judiciales y documentos extranjeros, puesto que deben compatibilizarse las normas sobre reconocimiento de decisiones judiciales y la admisión de documentos públicos con los requisitos y presupuestos legales de la inscripción (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de julio de 2012). Contexto en el que ha de situarse la admisión del certificado sucesorio europeo como título sucesorio a los efectos de la inscripción de los bienes hereditarios en el Registro de la Propiedad.

Pero además de las exclusiones expresas, a que se refiere el artículo 1 del Reglamento, hay que tener en cuenta otras que se derivan de la propia naturaleza de las cosas, hasta el punto de que la propia *lex successionis* se remite a ámbitos normativos diferentes. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la institución de herederos bajo condición (art. 791 del CC: «Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios... se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales»); las legítimas a favor de hijos adoptivos (cada ordenamiento fijará en el ámbito del Derecho de familia las clases de adopciones —plena o simple— y el derecho a la herencia de tales hijos); los efectos que sobre la institución de heredero a favor del cónyuge se derivan de la separación o divorcio; los legados alternativos (art. 874: «En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie...»); el legado de educación, que según el artículo 879 dura «hasta que el legatario sea mayor de edad», siendo la ley personal la que fija esta edad; consecuencias de la renuncia de la herencia en perjuicio de los acreedores (el art. 1001 faculta a los acreedores a aceptar la herencia en nombre de aquel previa autorización judicial); eficacia de la venta de los bienes reservables por el cónyuge viudo después de contraer segundas nupcias (aunque sean civilmente nulas, dicha nulidad es sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria: art. 975 del CC); aplicación de las reglas de disolución de las sociedades como límite a la prohibición de división de la herencia impuesta por el testador (art. 1051 del CC), y un largo etcétera.

III. LA LEY APLICABLE

El Reglamento parte en la regulación de la ley aplicable a la sucesión del criterio de unidad frente al de escisión o fragmentación, criterio de unidad que es igualmente el que inspira la regulación vigente en la materia en el Derecho español¹⁰. Sin embargo, el sistema adoptado por el Reglamento, dado el amplio conjunto de materias excluidas de su ámbito de aplicación, debe calificarse más bien como de unidad atenuada.

En cuanto a los puntos de conexión establecidos por el Reglamento para determinar la ley aplicable se basan en un equilibrio entre el criterio de la nacionalidad en cuanto puede ser objeto de elección y la mayor conexión determinada por el criterio de la residencia habitual (arts. 21 y 22). Así, para determinar el Derecho aplicable a la sucesión, el Reglamento opta por la ley del Estado de la última residencia del causante, si bien excepcionalmente quedará excluida esta ley cuando a la vista de todas las circunstancias del caso, en el momento de la muerte el causante estuviera manifiestamente más vinculado con otro Estado, en cuyo caso se aplicará el ordenamiento de este segundo Estado. El Reglamento admite además la *professio iuris*, si bien en términos limitados por cuanto la ley de la residencia habitual del causante solo podrá quedar desplazada si el ordenamiento elegido es el de la nacionalidad del causante en el momento de la elección o en el momento de su fallecimiento. Además, la elección deberá ser total, a fin de evitar el fraccionamiento de la sucesión (así, por ejemplo, no cabe someter únicamente la sucesión de los inmuebles situados fuera del Estado de residencia habitual del causante al ordenamiento del lugar de situación de estos).

Esta regulación representa para el ordenamiento español la supresión del criterio de la nacionalidad para determinar la ley aplicable a la sucesión del que parte el artículo 9.8 del Código Civil. Ciertamente este criterio había venido siendo objeto en España de críticas doctrinales al estar inspirado en una visión soberanista del Derecho Internacional Privado, y por ser propio de países de emigración, que a través del criterio de la nacionalidad pretenden mantener los vínculos entre sus ciudadanos y su legislación, siendo así que la situación en España en la actualidad está marcada por la inversión de los flujos migratorios, especialmente por la fuerte inmigración experimentada en el periodo de expansión económica comprendido entre los años 1996 y 2008. Por otra parte, no deja de ser cierto que el criterio de la residencia habitual va ganando terreno en el ámbito internacional convencional y en el de los instrumentos comunitarios de cooperación jurídica en materia civil, y que atiende al fundamento de hacer aplicable la norma del Estado con el que existe una mayor vinculación, lo que especialmente adecuado en un contexto de integración europea y libre circulación de personas a las que se reconoce una común ciudadanía europea. Además, presenta la ventaja de facilitar la aplicación del principio *lex fori in foro proprio*, que hace coincidir la competencia judicial y la ley aplicable, pues la regla de competencia general fijada en el artículo 4 del Reglamento parte igualmente del foro de la residencia del causante: «Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión».

Por el contrario, no puede dejar de señalarse la dificultad de prueba que en ocasiones no infrecuentes se pueden llegar a plantear, dada la relativa indefinición del concepto y la diferente casuística que se puede presentar en la práctica (repárese, por ejemplo, en el caso de los extranjeros que llegados a la jubilación

pasan una parte amplia pero variable del año en España, donde adquieren bienes raíces, pero no llegan a desconectarse de sus respectivos países de origen). Las definiciones proporcionadas por la jurisprudencia comunitaria del concepto de residencia habitual (como el lugar donde se ha fijado de forma permanente o habitual el centro de intereses) no llegan a superar las dificultades de la indefinición. El concepto de «vínculo más estrecho» con otro Estado (art. 21.2) tropieza con la misma dificultad, y conduce a la necesidad de una apreciación del caso concreto que en caso de controversia (por estar en juego dos leyes distintas basadas en criterios materiales diferentes, por ejemplo, el de libertad de testar frente al de legítima fuerte) aboca a la judicialización de la sucesión.

Estas dificultades solo parcialmente podrán paliarse a través de los criterios que se reflejan en los Considerandos 23 y 24 del Reglamento, en los que se ofrecen ciertas pautas para fijar la residencia habitual. Así en el primero de los considerandos citados se especifican los siguientes criterios interpretativos: «Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual, así determinada, debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». Pero con ello no se resuelven los problemas, pues una cosa es la fijación de criterios hermenéuticos o otra distinta hacer aplicación de ellos al caso concreto a través del material probatorio llevado al proceso¹¹. Además, debe tenerse en cuenta que la determinación del derecho aplicable se ha de producir no solo en los casos en que por mediar controversia entre los interesados estas se diluciden en el ámbito judicial, sino también cuando, como sucede en la inmensa mayor parte de los casos, no existe tal controversia y la formalización de la sucesión tiene lugar extrajudicialmente, en un ámbito en que la valoración del conjunto de circunstancias que conducen a fijar la residencia habitual puede ser lo que finalmente ocasione un conflicto en otro caso inexistente. La gravedad de esta cuestión se acentúa como consecuencia del carácter no subsidiario de la cláusula de excepción contenida en el apartado 2 del artículo 21 del Reglamento (vínculo más estrecho con un Estado distinto del de la última residencia), pues este último, como señala expresamente el Considerando 25, «no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja».

Por otra parte, el Reglamento tiene en este aspecto carácter *erga omnes*, puesto que parte de un criterio de aplicación universal de la ley designada por las normas conflictuales: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro» (cfr. art. 20).

Por lo que se refiere al ámbito de la ley aplicable (art. 23), el criterio del Reglamento para las sucesiones ordinarias coincide con el del Derecho español, en el que dicha ley también extiende su ámbito de aplicación a *la totalidad de la sucesión*, desde la apertura hasta la adjudicación de los bienes hereditarios. No obstante, ha de recordarse al respecto lo antes señalado sobre cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, también de la regla de conflicto sobre ley aplicable. Además la interacción entre la ley sucesoria y la ley de situación de los bienes también impone límites a aquel pretendido carácter omnicompreensivo de la primera.

En efecto, la relación entre *lex successionis* y *lex rei sitae* se resuelve admitiendo la plena autonomía de la regulación nacional sobre el Registro de la Propiedad, también en cuanto a la inscripción de los bienes en virtud de un título sucesorio. Y en cuanto a los derechos reales, el Reglamento, en línea con un criterio constantemente mantenido por todos los instrumentos comunitarios, sanciona y ratifica la exclusión de su naturaleza. Después volveremos sobre esta cuestión.

La conexión entre *lex successionis* y las reglas especiales de procedimiento previstas en la *lex rei sitae* en relación con los países que siguen un sistema de necesaria puesta en administración y entrega de los bienes hereditarios, se abordan en el artículo 29. España, en contra de lo que se suele creer, no es totalmente extraña a este sistema, pues hay que recordar que el Código Civil español prevé en su artículo 1026 que la herencia quede en administración hasta el pago de todos los acreedores y legatarios que resulten conocidos¹², y que a la figura del ejecutor hereditario se ha de asimilar la del comisario o albacea designado en testamento y también el contador partidor dativo del artículo 1057 del Código Civil.

Por otra parte, el proceso traslativo de la propiedad de los bienes de la herencia requiere en España de las operaciones complementarias de la partición, habitualmente realizadas, en caso de acuerdo entre los coherederos o de intervención de contador-partidor (cfr. arts. 1057 y 1058) mediante intervención notarial. En este sentido, la inclusión de la «partición sucesoria» en el ámbito de la ley aplicable plantea serias dudas en cuanto a su alcance. Parece claro que dicha ley será aplicable a los casos en que la partición la haya realizado el mismo testador en el testamento (o en pacto sucesorio, en los países en que se admita), así como también en los casos en que el testador ha designado un comisario o contador-partidor con facultades particionales, e incluso cuando el juez designa a un contador partidor-dativo a solicitud de herederos que representen más de la mitad de la herencia. Sin embargo, cuando la partición la realizan los propios coherederos mayores de edad y capaces, la doctrina unánimemente consideran que tal partición tiene carácter contractual.

Recordemos que en el momento en que el llamado a la sucesión acepta la herencia adquiere la condición de heredero (con retroacción de efectos al momento de la muerte del causante) y *subentra* en la titularidad de las relaciones

jurídicas transmisibles del causante en la misma condición que este ostentaba, incluyendo el activo y el pasivo —prescindiendo ahora de la polémica de si adquiere solo el remanente— (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 1968: el heredero sustituye jurídicamente, a todos los efectos, al causante). Esta transmisión se produce en nuestro Derecho como consecuencia de dos cosas: el llamamiento testamentario o legal a la herencia y la aceptación. En caso de ser varios los llamados a la herencia que aceptan, se produce una situación de comunidad en la que todos los coherederos pasan a ser conjuntamente titulares —cotitulares— de los bienes relictos. Pero esta especial comunidad hereditaria (de carácter germánico, según opinión mayoritaria, aunque no dejan de existir otras interpretaciones), que nace con la aceptación y cesa con la partición, no atribuye a cada coheredero un derecho concreto o participación indivisa sobre ninguno de los bienes de la herencia, sino una cuota ideal sobre el conjunto de la masa hereditaria. Por ello, si bien cada coheredero puede disponer libremente de su cuota en el derecho hereditario abstracto, no puede disponer de una cuota indivisa sobre bienes concretos y determinados. Ahora bien, entre los derechos de los partícipes en dicha comunidad (facultades de uso, disfrute, administración, gestión y disposición) se incluye el de solicitar la finalización de dicha situación de comunidad mediante la partición, partición que puede ser testamentaria, dativa, judicial o contractual, y en cuya virtud se extingue la comunidad hereditaria, otorgando a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1.068).

En este contexto, en el ámbito de las sucesiones internacionales, se ha sostenido el sometimiento de la partición contractual a las reglas del Reglamento Roma I¹³, Reglamento que, como es sabido, excluye de su ámbito la materia sucesoria —cfr. art. 1.2.c)—. En este sentido resulta dudosa la interpretación del Reglamento, sobre si realmente la solución prevista en la misma respecto a la ley aplicable a la partición (*lex successionis*) se extiende también a la partición contractual. No obstante, parece que en todo caso, incluso respecto de las particiones contractuales, se debe regir por la *lex successionis* la formación del inventario de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones y legados inoficiosos, el orden del pago o prelación de los legados, la acción personal del coheredero en caso de evicción o por lesión y, en general, sobre invalidez (vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de junio de 1956). Más dudoso, a mi juicio, es lo relativo a las reglas sobre pago de acreedores del causante y de la herencia, o sobre el derecho de separación de patrimonios.

En cuanto a la ley sucesoria específica para los testamentos y pactos sucesorios, recordemos que en el Derecho español el artículo 9.8 del Código Civil, previendo las situaciones de conflicto móvil, establece que «*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del donante en el momento de su otorgamiento con-*

servarán su validez, aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

Pues bien, algo similar hace la propuesta de Reglamento en sus artículos 24 a 27: los testamentos y pactos sucesorios hechos conforme a la ley que resultaría aplicable si el causante hubiere fallecido a la fecha de su otorgamiento serán admisibles y válidos si lo son conforme a dicha ley, aunque la sucesión se rija por una ley distinta (con frecuencia se trata de la ley de residencia y de situación de los bienes). Ello cubre la capacidad para testar de la persona¹⁴, la capacidad para suceder de los beneficiarios¹⁵, la admisibilidad de la representación en el otorgamiento del acto, la interpretación de las cláusulas y los vicios del consentimiento (art. 26). Sin embargo, a diferencia del Código Civil español, el Reglamento no deja a salvo las legítimas, salvedad que constituye una forma de limitar la autonomía de la voluntad al establecer la prevalencia de las normas imperativas. Ante tal omisión, se pueden plantear muchas dudas sobre cual de las dos leyes concurrentes (la que rige la validez del testamento y la de la sucesión) serán aplicables a todo aquello que tiene carácter imperativo en relación no solo con la cuantía de las legítimas, sino también con las reservas, el derecho de acrecer, el derecho de representación, las sustituciones hereditarias, la preterición, etc. Todos estos extremos no están incluidos ni en el artículo 23 de ley aplicable a la sucesión, ni en el 26 de la ley aplicable al testamento (o pacto sucesorio).

La excepción prevista en el artículo 30 del Reglamento en relación con la sucesión de determinados tipos de bienes (como inmuebles o empresas), en los que por razones de tipo familiar, económico y social se imponen restricciones a la sucesión en la ley de situación, así como la interpretación estricta que procede hacer de esa excepción podría plantear problemas de calificación, a pesar de que en los considerandos se trata de evitar que tales dudas se planteen en base al carácter inmueble de los bienes, o por razón del alcance mayor o menor de las legítimas, descartando que estos factores por sí solos puedan desplazar la ley aplicable a la sucesión según el Reglamento. En el caso del Ordenamiento español parece claro que entra en la excepción el supuesto del artículo 24.3 de la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias, conforme al cual la partición de las herencias que tengan por objeto estas explotaciones habrán de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley, incluso en contra de lo ordenado por el testador, precepto que trata de impedir el *fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas*. A mi juicio, también entra en la excepción de ley aplicable el caso previsto en el artículo 1056 del Código Civil, conforme al cual el testador puede ordenar el pago en metálico a los legitimarios cuando pretende preservar indivisa una empresa, explotación económica o mantener el control de una sociedad o grupo de sociedades, siendo posible el pago con dinero extrahereditario. Aunque puede sembrar dudas el hecho de que se trata de una norma incluida en el Código Civil y no en norma especial,

sin embargo hay que recordar que su origen se encuentra en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa.

Por lo que se refiere al reenvío, el artículo 34 parece excluir el reenvío intracomunitario, y su admisión se limita a los supuestos en que la ley aplicable sea la de un tercer Estado. Estas restricciones pueden ayudar a corregir la inseguridad jurídica a que está dando lugar la aplicación contradictoria del artículo 12.2 del Código Civil (*«la remisión hecha al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española»*). Las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1999, han fijado un criterio importante en la interpretación del precepto basada en su carácter no automático, y en el juego de los principios de la unidad y universalidad en la sucesión y la armonización internacional de soluciones (vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de octubre de 2007). Dichas sentencias descartan el reenvío de retorno a la ley española hecho por la ley americana del Estado de Maryland, y por la ley inglesa, respectivamente, entre otras razones porque al limitarse dicho reenvío a la ley de situación de los inmuebles, fracciona la sucesión, en contra del principio de unidad que inspira el Derecho español en materia sucesoria.

La citada sentencia de 21 de mayo de 1999 fundamenta de forma convincente este criterio de aplicación flexible de la técnica del reenvío: *«...la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio, que impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es el de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala, de 15 de noviembre de 1996, ante un supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante... se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia»*.

Se ha sostenido que este criterio vino a ser alterado por la posterior sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2002, que, manteniendo una doctrina no coincidente con la de las sentencias antes citadas, acepta el reenvío que la ley inglesa hace a la ley española de situación del inmueble, al estar la herencia integrada en exclusiva por dicho inmueble (criterio problemático en el caso de que sobrevenidamente se detectase la existencia de otros bienes en el haber hereditario). En consecuencia, y en aplicación de la ley española, y a pesar de que el causante había otorgado testamento legando a su esposa todos los bienes que tenía en España, se acepta la reclamación legitimaria planteada por la hija del causante. No obstante, en rigor no hay contradicción entre esta última sentencia y las antes citadas, pues en esta la solución de la admisión del reenvío no es incompatible con el principio de unidad de la sucesión dado que al no existir bienes muebles en el caudal relicto la ley aplicable no entraba en colisión con la del domicilio del causante.

Esta inseguridad, sin embargo, no cesará totalmente al admitir el Reglamento el reenvío de Estado no miembro a Estado miembro de la Unión Europea, lo que podría dar lugar a un fraccionamiento de la sucesión si el Estado remitente sigue el sistema de escisión. Esta situación no sería extraña en la práctica en cuanto se daría este supuesto si la ley aplicable fuese la de algún Estado norteamericano —la mayoría— o iberoamericano que prevean el reenvío a la ley del lugar de situación de los bienes radicantes en algún país de la Unión Europea. No obstante, se excluye en todo caso el reenvío cuando la *lex successionis* del Reglamento sea la de elección del causante, la de bienes determinados del artículo 30, o la del Estado más vinculado a la sucesión.

Queda en pie el problema de si el Reglamento admite o no el reenvío parcial. El principio de unidad de la sucesión que mantiene, como criterio general, el Reglamento conduciría a una respuesta negativa. Sin embargo, la regla de competencia subsidiaria incorporada al apartado 2 del artículo 10 del Reglamento, que prevé que cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes, unido al criterio de *lex fori in foro proprio* que igualmente asume el Reglamento, militaría a favor de la admisión del reenvío parcial en relación con los bienes relictos que se encuentren en el territorio de un Estado miembro.

El orden público se contempla como causa determinante de la denegación del reconocimiento en distintos instrumentos comunitarios de la cooperación jurídica en materia civil y también como motivo de exclusión de la ley aplicable en los Reglamentos Roma I y Roma II.

En todos los casos la intervención de esta cláusula de exclusión de la ley extranjera se subordina a la existencia de una manifiesta incompatibilidad con el orden público del Estado miembro del foro. También sucede así en el caso del

nuevo Reglamento de Sucesiones (art. 35). La exigencia del carácter manifiesto de tal incompatibilidad apunta a un claro criterio de intervención mínima y de interpretación restrictiva. En el Considerando 58 del Reglamento se refuerza este criterio restrictivo, al declarar que: «Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación». Se trata de un novedoso criterio de delimitación negativa del concepto o extensión del orden público del Estado del foro. Pero también podría emplearse como término de referencia para limitar la aplicación en el territorio de los Estados miembros de ordenamientos extracomunitarios que contengan disposiciones que no respeten los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta de Derechos Fundamentales (v.gr., discriminación por razón de sexo o religión, sin perjuicio de la suavización de la excepción mediante figuras como el orden público atenuado: vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 28 de octubre de 2008).

Discutible es la consideración de las legítimas como una cuestión de orden público. La única indicación al respecto del Reglamento inclina a una respuesta negativa, pues parte de la consideración de que la protección de las legítimas por sí sola no puede fundamentar la aplicación de la indicada excepción. En Derecho español, salvo alguna sentencia aislada como la del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 1992, la jurisprudencia se inclina a estimar que, dada la heterogeneidad de las regulaciones civiles, común y forales, en la materia (legítima que llega a ser meramente simbólica en algunos lugares, como en Navarra, frente a la muy amplia, de dos tercios de la masa hereditaria, en el Derecho común), la protección del sistema de legítimas no puede basarse en la intervención del orden público. Así lo declara apodócticamente la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1996: «La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno». Y así lo presupone la sentencia del mismo Tribunal, de 21 de mayo de 1999, al excluir *in casu* la aplicación del reenvío por estimar que el resultado de tal aplicación sería contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impediría dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; y, además, por considerar —lo que es trascendente a los efectos que ahora interesan— que la admisión del reenvío dejaría sin aplicación «el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad». Es decir, que no solo no se considera tal libertad de testar contraria al orden público español, sino que su admisión plena lleva a excluir el reenvío de retorno a la ley española. Se ha señalado como fundamento de tal posición el derecho fundamental a la

herencia consagrado por el artículo 33 de la Constitución, en el entendimiento de que dicho derecho se dirige más a garantizar la libertad de disponer de los bienes propios que a la libertad de recibirlos¹⁶. Del lado opuesto, tampoco se ha estimado contrario al orden público la limitación a la libertad de testar en caso de prohibición legal de revocación unilateral de testamentos mancomunados entre cónyuges otorgados conforme al Derecho alemán, dado que en algunas legislaciones forales españolas existe la misma limitación (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010).

A mi juicio, no obstante, puede ser dudosa la consideración del tema de las legítimas en relación con los menores o incapacitados, en caso de que estos queden desprotegidos por la ley aplicable. Otros supuestos en que cabe discutir la aplicación de la excepción del orden público serían los siguientes: normas sobre exclusión en la sucesión legítima de hijos adoptivos o no matrimoniales, reducciones de cuantía por razón de sexo, imposición a los herederos de prohibiciones perpetuas de enajenar, o imposición de la carga de pagar rentas más allá del límite de dos generaciones, imposición de condiciones imposibles o contrarias a la moral o restrictivas de derechos fundamentales (por ejemplo, la de no contraer nuevas nupcias, por el carácter de derecho fundamental del *ius nubendi*), prohibición perpetua de indivisión hereditaria, exclusión de todo supuesto de incapacidad por indignidad para suceder, imposibilidad absoluta de desheredar, etc.

Finalmente, la invocación del orden público también puede estar basada en la imposible adaptación de derechos o instituciones por no responder a las exigencias estructurales mínimas de los derechos reales en España (inmediatez, absolutidad o eficacia *erga omnes*, no amortización de la propiedad, causa justificativa suficiente de las limitaciones o gravámenes, libre circulación de los bienes, etc.). Un ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de junio de 2009, que confirmó la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad español de una escritura por la que se cedía gratuitamente una participación indivisa de un inmueble sito en España al síndico de la quiebra de un ciudadano británico, por considerar que dicha operación no transmitía el dominio, sino una simple titularidad fiduciaria con facultades de representación o de gestión y disposición de derecho ajeno, lo que resulta contrario a principios esenciales y de orden público español en relación con la transmisión del dominio (art. 609 del CC), del régimen de publicidad registral y de las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor (art. 221 del CC).

Pero este tema de la adaptación de los derechos reales constituidos con arreglo a un ordenamiento extranjero al Derecho interno del Estado en el que se encuentra el bien sobre el que dicho derecho recae requiere por su importancia un tratamiento más detallado.

IV. LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

En aquellos casos en que sobre una misma situación privada internacional confluyen distintas leyes de diferentes países, se producen dificultades de encaje y coherencia con el resultado final de su aplicación, dificultades que el Derecho Internacional Privado procura resolver mediante la técnica de la adaptación. En relación con la materia que estamos estudiando, se produce en las situaciones sucesorias internacionales, cuando existen en el activo hereditario bienes inmuebles, la concurrencia de *lex successionis* y *lex rei sitae*. A ello se suma la frecuente intervención en tales casos de la ley reguladora del Registro de la Propiedad (*lex registrii*). De esta confluencia de leyes distintas de diferentes países surge la necesidad de su «adaptación».

Esta figura de la adaptación aparece regulada en el artículo 31 del Reglamento, conforme al cual: «*Cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo*». Dos son, pues, los condicionantes y requisitos de la adaptación: 1.º que resulte posible (lo que ha de entenderse en el sentido de que la adaptación pueda hacerse sin desvirtuar la esencia de la concreta tipología y naturaleza del derecho sometido a adaptación); 2.º que exista en el Derecho del Estado miembro en el que se invoque el derecho real desconocido otro derecho real que resulte «equivalente» (lo que deberá entenderse en el sentido de que cumpla la misma función jurídica y económica que el Derecho invocado, atendiendo a los objetivos e intereses perseguidos y los efectos producidos por el mismo).

En el Derecho español la doctrina del *numerus apertus* en la configuración de los derechos reales (cfr. arts. 2 de la LH y 7 de su Reglamento), seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, facilita la aplicación práctica de la técnica de la adaptación de derechos reales desconocidos en nuestro sistema, como derechos atípicos o innominados. El problema se plantea con mayor gravedad en aquellos países que se rigen por un estricto sistema de *numerus clausus*. En ellos la circulación de la riqueza inmobiliaria o el tráfico jurídico-inmobiliario es incompatible con el reconocimiento de categorías de derechos reales no conocidos en el Derecho interno (por ejemplo, el derecho de usufructo viudal, desconocido en Inglaterra, o los legados reales, desconocidos en Alemania, donde tiene carácter obligacional).

Pero incluso en el caso de los países que admiten la doctrina del *numerus apertus* existen límites que no se pueden sobrepasar, no siempre definidos con total claridad. En el caso del Ordenamiento Jurídico español la posible recep-

ción de derechos reales desconocidos por el sistema interno y previsto en la ley sucesoria admite en la actualidad diversas modalidades graduadas de mayor a menor en cuatro niveles que van desde la aceptación al rechazo, pasando por la adaptación y la limitación)¹⁷:

- a) Aceptación; en este caso no hay propiamente operación alguna de adaptación, pues es posible incorporar al Ordenamiento interno el derecho real extranjero nominalmente desconocido sin alteración material alguna al adaptarse sus contenidos a la configuración estructural de los derechos reales del Derecho interno. Un caso concreto de esta modalidad lo encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de octubre de 2002, referido a un gravamen de la cuota legitimaria por un fideicomiso que la Dirección General admite por analogía con la cautela sociniana aceptada por los legitimarios. No hace falta una labor de adaptación, sino de mera aplicación analógica.
- b) Adaptación; en este caso se ha de adaptar al derecho interno el contenido y caracteres del derecho real foráneo. En nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del CC). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH, que admiten los derechos reales atípicos o innominados), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del CC y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente (lo que excluye, por ejemplo, por falta de tal razón justificativa las figuras de la servidumbre y la hipoteca de propietario), la determinación precisa de los contornos del derecho real (lo que excluye, por ejemplo, la admisibilidad de el derecho de sobreedificación sin señalar el número máximo de las plantas que se puedan levantar), la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico (lo que impide las prohibiciones de enajenar en actos onerosos o indefinidas), etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993 y 8 de junio de 2011). En este sentido, en nuestro Derecho no ha sido necesaria una expresa consagración normativa para admitir figuras tales como el *leasing* in-

mobiliario, los derechos de *time sharing* o aprovechamiento a tiempo compartido o los derechos de vuelo o sobreedificación. Recientemente la Resolución de la DGRN, de 8 de junio de 2011, ha venido a admitir por primera vez la inscripción de una hipoteca mancomunada en garantía de un importante crédito sindicado, a pesar del principio de la accesoriedad de la hipoteca. Desde el punto de vista inverso, de la adaptación de derechos españoles a otros Ordenamientos, ciertas figuras de nuestro Derecho interno pueden encontrar dificultades a la hora de lograr el reconocimiento de su equivalencia, como son las subhipotecas, la hipoteca del derecho de remate en subasta, los derechos de abolorio (o retractos gentilicios) y los aprovechamientos urbanísticos.

- c) Limitación; en estos supuestos si bien el derecho real extranjero es admisible en el Ordenamiento interno, este impone limitaciones a la extensión del derecho desconocidas en el Ordenamiento extranjero bajo cuya legislación se constituyó, como ocurre, por ejemplo, en el caso español con las sustituciones fideicomisarias o con ciertos usufructos, que no pueden constituirse más allá del límite de la segunda generación a fin de evitar la amortización de la propiedad, ni constituirse, en el caso de los usufructos, por un plazo superior a treinta años.
- d) Rechazo; se produce el rechazo, al no ser viable la aplicación de la técnica de la adaptación, en aquellos casos en que sea de aplicación la excepción del orden público o exista un régimen imperativo o normas de derecho cogente que impiden la inscripción de los derechos reales tal y como se conocen en el derecho extranjero. Este rechazo puede derivarse no solo del hecho de que el derecho real reconocido en el ordenamiento extranjero de la *lex sucessionniss* (v.gr., los derivados de pactos comisorios) sea desconocido en el ordenamiento del lugar de situación, y cuyo régimen sea incompatible con postulados básicos y esenciales de este último desde el punto de vista del Derecho privado (v.gr., hipoteca solidaria, hipoteca de propietario, derechos sin titular, etc.), sino también por su incompatibilidad con normas de Derecho público que impongan limitaciones al dominio privado por razones de interés público (leyes de policía): limitaciones a la propiedad por parte de extranjeros en zonas de interés para la Defensa nacional, limitaciones al uso o a la facultad de disponer de bienes de interés histórico o patrimonio cultural, restricciones derivadas de servidumbres impuestas por la legislación de dominio público (costas, vías pecuarias, autopistas, etc.). Incluso las servidumbres legales en interés particular: como las de luces y vistas, medianerías, etc.

La jurisprudencia registral de la Dirección General de los Registros y del Notariado nos proporciona, al menos, tres ejemplos de rechazo: la Resolución de

12 de mayo de 1992 confirmó la denegación de una anotación de una hipoteca provisional judicial ordenada por un tribunal inglés (pues ni tal asiento está entre los previstos en la legislación hipotecaria, ni tal denominación permite conocer el contenido y facultades que atribuye a su titular), y la Resolución de 23 de febrero de 2004, que denegó la inscripción de un mandamiento judicial decretado por un tribunal alemán para la constitución sobre un inmueble situado en España de una «hipoteca asegurativa» (en este caso el motivo fue la vulneración del fuero exclusivo de los tribunales españoles del artículo 22.1 del Reglamento 44/2001). Más recientemente, la Resolución de 16 de junio de 2009 confirmó la denegación de la inscripción de una transmisión fiduciaria al síndico de la quiebra de un ciudadano inglés.

Ha de valorarse positivamente la introducción de la figura de la adaptación en cuanto procura soluciones lógicas en el campo de los derechos reales en la relación entre el mercado interior y la comunidad de derecho europea de un lado y la autonomía interna de la organización de la propiedad (art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) del otro. Es además una técnica incorporada al Reglamento Bruselas I, tras su revisión y refundición llevada a cabo por el nuevo Reglamento (UE), número 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para las medidas cautelares. Dispone, en concreto el apartado 1 del artículo 54 del mismo que: *«Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Dicha adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen»*.

En España, los Registradores de la Propiedad, en cuanto encargados de la calificación e inscripción de los documentos presentados y de apreciar el encaje de sus contenidos con el derecho real, así como en cuanto responsables de la publicidad de los derechos inscritos, serían las autoridades naturalmente competentes para la práctica de la adaptación, si bien para llevarla a cabo es necesario flexibilizar la interpretación del principio registral de rogación.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El aumento de los supuestos de tráfico jurídico internacional intracomunitario en el ámbito de las relaciones económicas y personales ha conducido al legislador europeo a establecer un régimen unificado y simplificado de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales extranjeras basado en el principio de la confianza mutua, y que se ha desarrollado en diversos instrumentos normativos

comunitarios, y entre ellos en el citado Reglamento Bruselas II bis, a través de la implantación de un modelo de reconocimiento directo (denominado con frecuencia, aunque de forma impropia, de «reconocimiento automático»), esto es, sin necesidad de obtención previa de un acto de autoridad por el que se declare formalmente, en un procedimiento autónomo y a título principal, la homologación de la resolución extranjera por las autoridades competentes del Estado requerido o de destino en que se pretendan hacer valer sus efectos. Es decir, se prescinde del *exequátur* exigido por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Se trata, como ha señalado la Resolución de la DGRN, de 27 de julio de 2012, que contiene un amplio estudio de la materia, de un modelo de reconocimiento que permite invocar la resolución judicial extranjera directamente ante la autoridad del Estado requerido, sin pasar por un procedimiento previo y autónomo con el solo objeto de obtener la declaración de reconocimiento. Este modelo simplificado de reconocimiento ya se introdujo en el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, el Reglamento (CE), número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE), número 1347/2000, o el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos. Y este mismo régimen de reconocimiento simplificado es el que se ha incorporado al nuevo Reglamento de Sucesiones, en particular en su artículo 39 conforme al cual: «las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno», y ello sin perjuicio de que en caso de oposición, cualquier interesado que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal pueda solicitar, por el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58 para la declaración de ejecutividad, que se reconozca la resolución. Finalmente, si el reconocimiento se invoca como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para conocer del mismo.

Pero ese reconocimiento directo y simplificado, como se explica en la citada Resolución de la DGRN, no opera de forma automática o *ex lege* (por lo que resulta inapropiado el uso de la extendida expresión de «reconocimiento automático») en la medida en que lo que se dispensa es la exigencia de un procedimiento específicamente dirigido a la obtención de la declaración formal de reconocimiento de carácter autónomo, pero sin que ello se traduzca en una ausencia de control de la resolución judicial extranjera, sino en una articulación

de los mecanismos de fiscalización más simplificados y sujetos a un régimen de causas tasadas de denegación. Así lo demuestra el hecho de que todos los instrumentos comunitarios citados mantienen la exigencia de verificar por parte de la autoridad competente del Estado de destino, incluidas las autoridades registrales, la no concurrencia en la resolución judicial concreta que se pretende reconocer de ninguno de los motivos de denegación en cada caso establecidos. Además, los instrumentos comunitarios también imponen el cumplimiento de diversos requisitos de carácter formal, que incluyen la presentación de una copia auténtica de la resolución extranjera y una certificación extendida por la autoridad judicial de origen conforme a un formulario preestablecido por el Reglamento. Será la autoridad del Estado requerido en el marco del procedimiento en el que se pretenda hacer valer la resolución extranjera el que a título incidental realice el reconocimiento de dicha resolución mediante el control de los aspectos indicados.

Por otra parte, el conjunto de los instrumentos comunitarios antes citados, si bien establecen el modelo de reconocimiento directo y simplificado expuesto, por el contrario dejan la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo quedan fuera de los instrumentos comunitarios, y por ende sometidos a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que como tales no requieren de un procedimiento de ejecución posterior *stricto sensu*. Así lo ha declarado igualmente la reiterada Resolución de la DGRN, de 27 de julio de 2012, de forma que corresponde a la legislación del Estado del que depende el registrador, determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado «efecto útil» de los instrumentos europeos (vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los asuntos C-388/92, C-443/03 y C-185/2007), entendiéndose por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable, lo que supone en el caso español que deberán quedar desplazadas las exigencias impuestas para las resoluciones judiciales extranjeras contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a las que remite el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, relativas al reconocimiento a título principal de la resolución a través de un *exequátur*, y la obtención de su previa legalización (cfr. art. 954.4).

Desde la perspectiva del Registro de la Propiedad procederá el reconocimiento incidental de la correspondiente resolución, debiendo conectarse los requisitos de reconocimiento con los previstos para el control registral en cada ordenamiento.

El Reglamento de Sucesiones, al igual que los anteriormente citados, carece de normas propias en las que se establezca el procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales a la hora de practicar el control incidental de los requisitos impuestos por el mismo, lo que supondrá que tal control deberá realizarse de acuerdo a las reglas nacionales que regulan el procedimiento en el que esta se invoca. En el caso del acceso a un Registro, ello implica, como han señalado los profesores GARCIMARTÍN ALFÉREZ y HEREDIA CERVANTES¹⁸, la integración de este control en el procedimiento registral y, más en concreto, en la operación calificadora realizada por las autoridades registrales españolas.

El hecho de que el registrador constate que la resolución extranjera puede ser reconocida, no significa necesariamente que esta deba gozar de reflejo registral. La normativa europea mantiene inalterado el régimen de ejecución de las resoluciones extranjeras, incluidas las normas sobre inscripción de títulos judiciales, y eso es así también en el nuevo Reglamento de Sucesiones. En consecuencia, tras constatar que la resolución puede ser reconocida en el Estado en que se pretende su inscripción, entrarán en juego las exigencias relativas a la inscripción de documentos judiciales de la autoridad que lleve el Registro nacional¹⁹.

En definitiva, la integración del control incidental de la resolución extranjera, dentro del juicio de legalidad, implica en realidad que el registrador al calificar una resolución judicial extranjera está obligado a hacer dos operaciones sucesivas: la primera, realizada a partir de la normativa comunitaria, servirá para verificar si la resolución extranjera puede desplegar efectos en España; la segunda, efectuada de acuerdo a la normativa interna española, permitirá determinar si, una vez verificado que la resolución es reconocible en España, esta puede acceder al Registro²⁰. Por tanto, el registrador deberá verificar, en primer lugar, un control externo o formal sobre los requisitos de autenticidad de la resolución extranjera, y a continuación verificará que no concurre ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento (contradicción con el orden público, rebeldía e indefensión del demandado, incompatibilidad de la resolución con otra previa dictada o reconocida en España, o falta de firmeza de la resolución: *ex art.* 40). Queda excluida la revisión en cuanto al fondo (*cfr.* art. 41).

Pero, además, los instrumentos europeos, en general, y el Reglamento de Sucesiones, en particular, no desplazan las reglas nacionales sobre inscripción de resoluciones judiciales. En el caso del ordenamiento español, la consecuencia es la entrada en juego, entre otras, de las reglas sobre inscripción de títulos judiciales (*cfr.* arts. 18 de la LH y 100 del RH), lo que supone que el registrador calificará la congruencia del mandato con el procedimiento, en cuanto que la decisión debe referirse a materia sucesoria, a los requisitos formales del

documento y a los obstáculos que surjan del registro, así como su firmeza (cfr. art. 524.4 de la LEC).

Se ha discutido, sin embargo, que la calificación se pueda extender a la competencia internacional al no estar incluido este elemento entre los motivos de denegación y referirse el artículo 100 del Reglamento Hipotecario a la competencia interna no a la internacional. A mi juicio, esta apreciación no se puede compartir sin reservas puesto que existen importantes argumentos que militan a favor de la tesis contraria, entre los que cabe señalar los siguientes: *a)* el citado artículo 100 del Reglamento Hipotecario alude a la «competencia» en general, sin limitarse a la interna. Afecta, pues, a la interna y a la internacional, a la territorial y a la funcional; *b)* es cierto que no se cita la falta de competencia entre los motivos de denegación del artículo 40 del Reglamento europeo de Sucesiones, pero tampoco se incluye en el artículo 41 que tan solo impide de raíz la revisión en cuanto al fondo de la resolución judicial; *c)* además, no se trata de un requisito de reconocimiento, sino de «ejecución impropia» por aplicación de los controles que se aplican a toda resolución judicial también en el tráfico interno; *d)* el fundamento último del sistema de reconocimiento de la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales es el de atribuir a las resoluciones extranjeras comunitarias la misma confianza y valor que a las nacionales (la misma, no más); *e)* finalmente, hay que recordar que, en concreto, en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España existe un fuero exclusivo a favor de los Tribunales españoles (cfr. art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), criterio que comparte el Reglamento comunitario 44/2001 (art. 22) que sanciona igualmente la atribución de competencia exclusiva a favor de los Tribunales del país de situación de los inmuebles, criterio que ha confirmado recientemente el nuevo Reglamento (UE), número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) —art. 24, números 1 y 3²¹—. Esta posición es también la de la DGRN que en Resolución de 23 de febrero de 2004 confirmó la denegación de la inscripción de un mandamiento judicial decretado por un tribunal alemán que ordenaba la constitución de una «hipoteca asegurativa» sobre un inmueble sito en España, por vulneración del foro exclusivo del artículo 22.1 del Reglamento 44/2001.

Así, por ejemplo, si resulta que el juzgado, tribunal o autoridad que expida el certificado no puede reconocerse entre las que se contarían conforme a la definición del Reglamento ni pueden asociarse a ellas en modo alguno, podríamos hallarnos ante un problema grave de competencia funcional: una resolución adoptada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (por ejemplo, un reconocimiento incidental de una designación de heredero hecho por un tribunal mercantil, o un certificado de heredero hecho por un abogado portugués).

Finalmente, resulta necesario controlar que el derecho reconocido o declarado por la resolución judicial se adapta a alguno de los derechos reales conocidos por el Derecho español, que la certificación o testimonio de la resolución extranjera contiene todos los datos necesarios para la inscripción y que sean relativos a las fincas, a los derechos y a sus titulares, y el cumplimiento de los requisitos de orden fiscal u otros impuestos por razones de interés público por normas imperativas, como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales.

Estos requerimientos resultarían del Reglamento y de las exigencias del Derecho interno como garantía de que al Registro solo accedan títulos plenamente válidos, conforme a la finalidad institucional básica del mismo, como institución preordenada a dotar de seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

VI. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

En el Derecho Comparado europeo las soluciones en relación con la atribución de efectos extraterritoriales a los documentos relativos a las sucesiones hereditarias en supuestos internacionales son ciertamente diversas, y van desde sistemas abiertos y permisivos, hasta otros en los que se impone la atribución de competencias exclusivas a las autoridades del foro, admitiendo tan solo los documentos de producción interna en caso de que la sucesión afecte a bienes inmuebles.

Con la finalidad de solucionar los problemas prácticos derivados de esta diversidad en el ámbito de la Unión Europea, se incorpora al Reglamento de Sucesiones un novedoso título sucesorio específico cuyo objeto es el de acreditar la condición de heredero, legatario, ejecutor o administrador de la herencia con vigencia en toda la Unión, y al que se denomina *certificado sucesorio europeo*. El certificado sucesorio europeo puede cumplir, por tanto, un doble objetivo: a) constituir prueba directa de la condición de heredero o legatario con designación de cuotas sobre la herencia o, en su caso, del derecho a bienes concretos de la misma; y a) acreditar la cualidad de administrador o ejecutor de la herencia con designación de sus facultades. En este sentido, el artículo 63.1 del Reglamento dispone que: «El certificado se expedirá para ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia».

El certificado sucesorio no se configura con el carácter de documento excluyente de los títulos sucesorios nacionales o internos previstos por las leyes de cada Estado, con los que, por tanto, puede coexistir.

A este respecto, el artículo 62.2 del Reglamento establece que: «La utilización del certificado no será obligatoria», aclarando a continuación el apartado 3

del mismo precepto que: «El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares», y ello sin perjuicio de los efectos atribuidos al certificado por el artículo 69 del Reglamento, que después examinaremos.

Por otra parte, en cuanto a los órganos autorizados para emitir estos certificados, se prevé que la competencia para ello corresponda tanto a una autoridad judicial como a otras autoridades no judiciales con competencias en asuntos sucesorios, como los notarios, decisión que corresponde a los Estados miembros (cfr. art. 64).

La citada configuración no excluyente del certificado sucesorio europeo y su posible coexistencia con los títulos sucesorios internos de cada país, puede derivar en un problema de contradicción entre el certificado europeo y el título interno (ya se trata de una resolución judicial o de un documento público extrajudicial), problema que se agrava dado que la amplia definición de las reglas sobre competencia de autoridades puede suponer no solo la coexistencia entre el título europeo y el nacional, sino también la posible existencia de más de un certificado sucesorio europeo, multiplicando el riesgo de incoherencias o contradicciones entre los mismos. Para evitar o prevenir estos riesgos se ha propuesto el establecimiento de un sistema de información centralizada a través de la Red Judicial Europea que dé información sobre la emisión de certificados a los operadores a nivel europeo²². Esta información no es solo relevante a los efectos de evitar duplicidades de títulos, sino también para acreditar la vigencia del certificado y que el mismo no ha sido objeto de un proceso de modificación o anulación en el momento en que se trate de hacer valer ante autoridad extranjera, por ejemplo, ante el registrador de la propiedad ante el que se inste la inscripción de los correspondientes bienes o derechos incluidos en el haber hereditario²³.

A este problema hace referencia el considerando 66 del Reglamento, al señalar que «la autoridad a la que, en el contexto de la aplicación del presente Reglamento, se le presenten dos documentos públicos incompatibles debe evaluar a qué documento público ha de dar prioridad, si ha de dar prioridad a alguno, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En caso de que de esas circunstancias no se desprenda de manera clara a qué documento público se ha de dar prioridad, si se ha de dar prioridad a alguno, la cuestión debe ser resuelta por los tribunales que sean competentes en virtud del presente Reglamento, o, en caso de que la cuestión se plantee como cuestión incidental en el transcurso del procedimiento, por el tribunal ante el que se haya iniciado el procedimiento. En caso de incompatibilidad entre un documento público y una resolución, deben tomarse en consideración los motivos para denegar el reconocimiento de resoluciones en virtud del presente Reglamento». Sin embargo, estas previsiones no alcanzan a proporcionar una solución práctica y efectiva al problema señalado, pues presupone el conocimiento por parte del tribunal de la

existencia de la pluralidad de títulos y el carácter contencioso del procedimiento (en caso contrario no sería precisa la intervención de un órgano judicial), siendo probable que en muchos casos de la realidad práctica no concurra uno u otro de tales presupuestos.

En relación con el procedimiento de elaboración del certificado, el artículo 66 del Reglamento se basa en un doble principio de actuación de verificación de oficio por parte de la autoridad emisora, por un lado, y de colaboración entre autoridades de los distintos países con conexión con el caso concreto. Así, en cuanto al primero dispone en citado artículo en su apartado 1 que: «la autoridad emisora verificará la información y las declaraciones así como los documentos y demás pruebas presentados por el solicitante», incluso realizando «de oficio las averiguaciones necesarias para efectuar esta verificación, cuando así lo disponga o autorice su propia legislación, o instará al solicitante a presentar cualesquiera otras pruebas que considere necesarias».

Por lo que se refiere al principio de colaboración entre autoridades, establece el apartado 5 del mismo precepto de forma muy expresiva que: «A los efectos del presente artículo, las autoridades competentes de los Estados miembros facilitarán a la autoridad emisora del certificado de otro Estado miembro, cuando esta lo solicite, la información contenida, en particular, en los Registros de la propiedad inmobiliaria, en los Registros Civiles y en los Registros de últimas voluntades o de otros hechos relevantes para la sucesión o para el régimen económico-matrimonial o equivalente del causante, cuando dichas autoridades competentes estén autorizadas en virtud de su legislación nacional a facilitar dicha información a otras autoridades nacionales». Este último inciso resulta congruente con la necesidad de condicionar el deber de colaboración con el necesario respeto a la normativa interna de publicidad (en el caso del Registro de la Propiedad, la LH) y a la legislación correspondiente de protección de datos personales.

La expedición de la certificación no podrá tener lugar hasta que hayan quedado acreditados en la forma señalada todos los extremos que vayan a ser certificados (cfr. art. 67).

En relación con el contenido del certificado, caben distinguir distintos aspectos:

- a) Antes vimos cómo la regulación del Reglamento, en cuanto al régimen de elaboración del certificado, atribuye facultades a la autoridad de emisión tendentes a investigar la identidad de los herederos y legatarios y el alcance de sus derechos de acuerdo con el testamento, pacto sucesorio o previsiones abintestato incluidos títulos sucesorios internos, con sujeción, en todo caso, a la ley aplicable a la sucesión. Hay que tener en cuenta que la determinación de los derechos de los herederos requiere determinar previamente la ley aplicable a la sucesión en cuanto

al régimen de adquisición de la herencia y, en el caso de ser más de un heredero, el tipo y naturaleza de comunidad hereditaria (germánica o en mano común, o romana o por cuotas indivisas).

En cuanto al régimen de adquisición de la herencia, en nuestra doctrina es ampliamente mayoritaria la tesis conforme a la cual el Código Civil español sigue el sistema romano de adquisición de la herencia, en el que la delación o llamamiento no convierte al llamado en heredero, sino que para ello hace falta un acto de aceptación expresa o tácita. La adquisición hereditaria descansa, pues, en dos presupuestos: delación o llamamiento y aceptación o adición. Del llamamiento solo nace a favor del llamado el derecho a adquirir la herencia mediante aceptación (el denominado *ius delationis* o *ius adeundi*). Solo en caso de que dicho derecho sea ejercido, el llamado deviene efectivamente heredero. Por el contrario, la tesis de que el Código Civil español sigue el sistema germánico de adquisición *ipso iure* de la herencia al fallecer el causante o producirse la delación hereditaria, es rigurosamente minoritaria. También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sigue la tesis doctrinal mayoritaria. Así, en su sentencia de 15 de abril de 2011, se afirma que «en el ordenamiento español no se pone en duda que se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia, por lo que, producida la muerte del causante (apertura de la sucesión) y tras las llamadas vocación (expectativa jurídica) y delación (derecho subjetivo, *ius delationis*) la adquisición de la herencia se produce por la aceptación, pero esta tiene efecto retroactivo al momento de la muerte del causante (arts. 657 y 661 del CC)», eficacia retroactiva que el Código predica igualmente de la repudiación (cfr. art. 989), por lo que resultaría incongruente incluir en el acta de declaración de herederos los derechos a la herencia de quien previamente ya ha renunciado a ellos, impidiendo así que el llamado a la herencia haya devenido heredero. Hasta la aceptación nos encontramos en una situación de herencia yacente.

A su vez, la adquisición de bienes concretos del haber hereditario, cuotas indivisas sobre los mismos, requiere, en caso de que exista más de un heredero, la ejecución de las correspondientes operaciones particionales. El artículo 1068 del Código Civil, es claro al respecto: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Así lo confirma también la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 2007, señala que: «Esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código... Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus

efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia...». Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que solo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa (cfr. Resolución de la DGRN, de 17 de noviembre de 2012).

Frente a este sistema de la adquisición de la herencia (seguido también por Austria o Italia), otros países se adscriben al sistema germánico de adquisición *ipso iure* de la herencia al fallecer el causante o producirse la delación hereditaria. En rigor, no puede considerarse muy precisa la regulación del Reglamento de Sucesiones al referirse en su artículo 68,1) como parte del contenido del certificado sucesorio europeo a *«la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado»*. Aún cuando se entienda que la «parte alícuota» correspondiente a cada heredero se refiere a la herencia en su conjunto, y no a cada uno de los bienes, lo cierto es que dado que el certificado puede ser solicitado por cualquiera de los interesados en la herencia como herederos, legatarios, administradores o ejecutores testamentarios, lo cierto es que en muchos casos, en los países que se rigen por el citado sistema romano, ni siquiera podrá determinarse la parte alícuota de los herederos en la herencia sin saber quienes entre los llamados aceptarán o repudiarán la herencia, o si el cónyuge superstite aceptará o no sus derechos legitimarios, en función del juego de los derechos de representación o acrecimiento.

- b) La misma imprecisión cabe constatar en relación con el apartado k) del mismo artículo 68, relativo a la *«información sobre la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia de cada beneficiario»*. En relación con este apartado, los aspectos más relevantes serían el de si la aceptación se ha realizado con o sin beneficio de inventario, y tanto respecto de la aceptación como de la renuncia su carácter revocable o irrevocable, o sobre la validez de la misma en función de que se produzca antes o después de la declaración de herederos, en el caso de llamamiento abintestato²⁴.
- c) Por otra parte, es muy dudoso que el certificado pueda incluir como contenido autónomo y propio las manifestaciones de voluntad integrantes del contrato sobre partición de la herencia, contrato que tiene como presupuesto el título sucesorio, pero que es también distinto de él. Por ello, en nuestro Derecho junto al certificado sucesorio deberá acompañarse, si se trata de varios herederos, la partición hereditaria correspondiente (arts. 76 a 82 del RH), si bien el documento particional podrá proceder

no solo de notario español, sino también de notario extranjero (arts. 4 de la LH y 36 del RH, sentencia del Tribunal Supremo —Sala 1.ª— de 19 de junio de 2012, y Resolución de 22 de febrero de 2012).

Por ello, en cuanto a la posible designación de bienes concretos a favor de determinados beneficiarios a que se refiere el mismo artículo 68.l) del Reglamento (*«inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado»*), y el artículo 63.2.b) al referirse en concreto a la «atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado», cabe entender que se tratará de supuestos exclusivamente circunscritos a los casos de heredero único, de heredero instituido *ex re certa* o en relación con legados de cosa cierta y determinada, o bien cuando la partición la haya realizado el mismo causante en el testamento o un tercero contador-partidor designado por él. En los demás casos, como ya se ha indicado, se requerirán operaciones adicionales de partición o entrega de los bienes. Por ello la redacción de estos preceptos ha recibido las críticas de la doctrina en los términos generales en que está planteada, pues de dos una: o bien se trata de una división o partición judicial, en cuyo caso la resolución judicial correspondiente debería proceder de los tribunales del lugar de situación con arreglo a las competencias exclusivas previstas en el Reglamento Bruselas I si en la herencia hay bienes inmuebles; o bien, se trata de una partición contractual, supuesto que no encaja en el ámbito de aplicación de la certificación sucesoria europea. Obsérvese cómo el artículo 66 del Reglamento, al regular el proceso de elaboración del certificado no prevé la documentación de declaraciones de voluntad, sino la recogida de información, a cuyo efecto dará audiencia a cualquier persona interesada, audiencia que tiene por objeto declaraciones de ciencia, pero no de voluntad, por lo que carecerá de todo contenido negocial. Otra cosa es que en el certificado, yendo más allá de su esencial función de título sucesorio, se refleje el contenido de una partición ya verificada. Pero incluso en los casos de legatario de cosa cierta y determinada, o de aquellos otros en que toda la herencia se haya distribuido en legados, se necesita en el caso del Derecho español la escritura pública de entrega de legado por el contador-partidor o albacea facultado para ello o, en su defecto, por el heredero o herederos (art. 81 del RH).

- d) En cuanto al conjunto de datos y circunstancias particularizadas que ha de contener el certificado sucesorio europeo (vid. art. 68), conviene recordar que, como señala la Resolución de la DGRN, de 7 de julio de 2011, «al ser el testamento, según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título fundamental de la sucesión, de donde se derivan los derechos

de los herederos, y sobre el que el registrador ha de realizar su función calificadora, no basta con relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad». En el mismo sentido, la Resolución de la DGRN, de 24 de octubre de 2007, afirma que «lo relativo a los efectos registrales de los derechos sucesorios se rigen por la legislación del Registro de que se trate, por lo que de aplicarse los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento, de lo que se deriva... la suficiencia del título sucesorio otorgado en su día en España para la práctica de la inscripción hereditaria» (con ello revoca la calificación del registrador que había exigido la presentación de la resolución judicial inglesa conocida como *probate* a favor del ejecutor testamentario designado en testamento, y el certificado expedido por este o por el administrador de la herencia a fin de acreditar la cualidad de herederos de los otorgantes —*grant of probate o letters of administration*—). También en los casos de las sucesiones intestadas, y respecto de las correspondientes resoluciones judiciales o actas notariales de declaración de herederos abintestato, cuyas copias íntegras se han de presentar en el Registro (cfr. Resolución de 2 de octubre de 2012), el registrador debe contar para su calificación e inscripción con todos los particulares necesarios para esta, relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la ley reguladora de la sucesión, los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados de sucesión y, finalmente, la específica y nominativa declaración de herederos abintestato. En definitiva, todos aquellos extremos que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley (cfr. Resolución de 12 de noviembre de 2011 y 12 de junio de 2012). Doctrina que cabe extrapolar al certificado sucesorio europeo, que no debe quedar sujeto a efectos registrales a un nivel de control inferior que la documentación interna para los supuestos de sucesión nacionales.

En relación con los efectos del certificado, aparecen en el artículo 69 del Reglamento, y se pueden enunciar del siguiente modo: *a)* reconocimiento automático del certificado; *b)* presunción de prueba (exactitud) del contenido del certificado; *c)* atribución de poder de disposición a favor de los herederos designados; *d)* atribución de la cualidad de título formal inscribible en el Registro de la Propiedad. A continuación los analizados de forma separada.

a) *Reconocimiento directo del certificado*

Dispone el apartado 1 del artículo 69 del Reglamento que: «*El certificado surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial*». Por tanto, este efecto se produce en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. En principio, este primer efecto podría plantear la duda de si, al no excluirse de su ámbito territorial el propio país en que el certificado haya sido emitido, cabe de ello deducir que el certificado europeo está llamado también a constituir un título sucesorio de tráfico interno. Sin embargo, en mi opinión tal conclusión no estaría avalada ni por la finalidad de la norma, ni tampoco por su literalidad, puesto que el artículo 62.1 del mismo Reglamento descarta tal posible interpretación al aclarar que el certificado sucesorio europeo «se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro».

Este efecto de reconocimiento automático supone que producirá efectos extraterritoriales sin necesidad de un procedimiento especial (*exequatur*). En realidad, con carácter previo al análisis de esta cuestión, debería entrarse a determinar, como base y presupuesto de la misma, la naturaleza jurídica del certificado sucesorio europeo. Lo cierto es que la diversidad de regulaciones nacionales en la materia sucesoria, sobre las que se superpone esta figura documental, ha determinado que el certificado quede indefinido en cuanto a su naturaleza, debiendo convenirse en su atipicidad o singularidad o carácter *sui generis*. En este sentido se ha dicho que constituye un *tertius genus* entre el documento judicial y el documento público. En mi opinión, en realidad, dentro de la citada atipicidad, se trata de una figura más próxima al documento público que a la resolución judicial, como lo evidencia el carácter revisable de su contenido, su validez temporalmente limitada y, desde luego, la ausencia total de efecto de cosa juzgada (cfr. arts. 71, 72 y 73 del Reglamento). Esa atipicidad por ello quizá debería reconducirse a la amplia categoría de la jurisdicción voluntaria, en la que no rigen los principios de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante, ni el principio contradictorio, habida cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional. En definitiva, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria un particular solicita la intervención de un tercero investido de autoridad sin que exista conflicto o contraposición de intereses (cfr. art. 1811 de la LEC de 1881)²⁵.

Esta apreciación es importante tenerla en cuenta porque el efecto del reconocimiento directo (ya vimos antes que el término «automático» es inadecuado) del certificado no puede evitar que, tras constatar el carácter «reconoscible» del mismo en el país de destino, la autoridad requerida de este último le de el trata-

miento propio de todo documento público o expediente de jurisdicción voluntaria de tráfico interno. Y en este sentido se ha de recordar la doctrina sentada por la DGRN en sus Resoluciones de 10 de noviembre de 2011 y de 12 de junio de 2012, conforme a las cuales los procedimientos judiciales de declaración de herederos abintestato pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que en rigor no se realizan funciones de carácter jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en el sentido indicado. Hay que observar, a efectos de la inscripción, que la calificación registral de la congruencia o incongruencia del auto de declaración de herederos abintestato a que se refiere el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, deriva de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el tercero que adquiere confiado en lo que el Registro publica con los requisitos de dicho precepto, adquiere de forma inatacable, lo que requiere calificar los requisitos establecidos en dicho precepto, como obstáculos registrales en sentido amplio, derivados de la propia eficacia de los asientos del Registro respecto a terceros. Doctrina que ha de extenderse también, por identidad *ratio*, respecto del certificado europeo de sucesiones incluso en el caso de que la autoridad de emisión del mismo sea judicial (obviamente también en el caso de que dicha autoridad sea notarial).

- b) *Presunción de prueba en cuanto a la determinación de herederos, legatarios y administradores, así como en cuanto a la asignación de las correspondientes cuotas o, en su caso, bienes concretos a favor de herederos y legatarios*

Según el apartado 2 del artículo 69 del Reglamento: «*Se presumirá que el certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Se presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado*».

En mi opinión, este precepto adolece de falta de rigor técnico-jurídico las pruebas no se presumen, lo que se presume es el hecho cierto del que se deriva el presunto, hecho presunto de cuya prueba dispensa la presunción. Presumir la prueba de un hecho es, por tanto, una tautología. Lo que no dice la norma comunitaria es si esta presunción admite o no prueba en contrario, es decir, si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En Derecho español

las presunciones legales admiten siempre prueba en contrario, salvo que la ley expresamente lo prohíba (cfr. art. 386.3 de la LEC). Pero la regulación del propio Reglamento, en lo relativo a la posibilidad de rectificación, modificación o anulación de los certificados (cfr. art. 71), despeja cualquier duda al respecto, pues evidentemente la rectificación, modificación o anulación requieren como presupuesto previo la prueba del error o vicio invalidante.

En todo caso, parece claro que el efecto primario del certificado (y de ahí que su denominación constituya un acierto) es el puramente probatorio. En este sentido, dado que el certificado sucesorio europeo prueba los extremos a que se refiere «de conformidad con la ley aplicable a la sucesión», puede entenderse que integra, a su vez, uno de los medios de prueba del Derecho extranjero a que se refiere el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, de forma que el interesado en hacer valer cualquiera de los extremos a los que se extiende la presunción de veracidad del certificado queda dispensado también de probar el contenido y vigencia de la ley extranjera por la que se rija la sucesión. No obstante, cuando se haga valer el certificado a los efectos de su inscripción registral, dicha presunción podrá ser rebatida por el registrador si tiene conocimiento directo y suficiente del Derecho extranjero (vid. Resolución de la DGRN de 28 de julio de 2011).

Por otra parte, respecto de la determinación de los bienes concretos que correspondan a cada heredero, como ya se ha dicho, no constituye el contenido propio de los títulos sucesorios (al menos en los países cuyo sistema de aceptación de la herencia sigue el modelo romano). Por ello la referencia del Reglamento a la presunción de que el heredero o legatario designado es el «titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado» debe entenderse en sentido genérico respecto de la propia cualidad de heredero o legatario (ausencia de condiciones o términos, etc.), y no respecto de su situación como titular patrimonial de concretos bienes o derechos. De otro modo la presunción de ausencia de otras condiciones o restricciones distintas de las mencionadas podría entrar en conflicto con la publicidad registral de tales bienes o derechos (cuya oponibilidad no podría desaparecer por el hecho de que se silenciasen en la certificación).

c) *Atribución de poder de disposición a favor de los herederos designados*

Dispone el apartado 4 del artículo 69 del Reglamento que: *«Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave»*. Se trata de

una previsión simétrica a la contenida en el apartado 3 del mismo precepto que establece un efecto liberatorio a favor del que pago o entrega bienes a quien en el certificado aparece con facultades que le legitiman para ello, a salvo siempre el requisito de la buena fe.

Este precepto parece instaurar un sistema de legitimación cartular que podría llegar incluso a generar supuestos de adquisiciones *a non domino* en caso de que el disponente designado como facultado por la certificación no sea el *verus dominus* del derecho dispuesto. Por eso esta norma ha recibido, no sin sólidos fundamentos, fuertes críticas doctrinales por su falta de congruencia al llevar al Reglamento a una grave incoherencia interna con el artículo 1.2, letra l), en el que se declara excluido del ámbito de aplicación del Reglamento «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo». Y es que el sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario previsto por los sistemas registrales (con todas sus variantes) difiere sustancialmente del sistema de circulación o legitimación cartular de derechos en que se basa este precepto del Reglamento, lo que implica que los derechos protegidos, cuando difieran (según uno y otro sistema de protección) entrarán en conflicto, sin que se haya previsto norma o criterio alguno dirimente para superar dicho conflicto. Por ello la única interpretación correcta posible es la que parte de entender que la regla sobre atribución de poder de disposición por la «investidura cartular» del certificado se aplica solo en relación con bienes o derechos carentes de régimen de publicidad propios. Por ello, la aparente contradicción señalada debe resolverse reconociendo la prioridad a los efectos de la legislación que regula el régimen de la propiedad y el Registro. De no hacerlo así, como se ha indicado con acierto²⁶, no solo se generaría un conflicto con los principios de los sistemas de adquisición de la propiedad y de organización registral de los Derechos internos de los Estados, sino también con el sistema de preferencias crediticias y rango de derechos, materias totalmente ajenas al ámbito de aplicación del Reglamento. A pesar de que las reglas de la hermenéutica jurídica permiten superar la oscuridad de la antinomia señalada, no por ello se puede hacer economía de la crítica en una materia tan necesitada de seguridad jurídica como la que se refiere a las reglas por las que se rige la protección del tráfico jurídico.

Como argumento adicional basado en el criterio de la *reductio ad absurdum*, baste pensar que un posible conflicto de derechos reales sobre bienes inmuebles con prevalencia, en su caso, del contenido del certificado, supondría dar prioridad a los pronunciamientos de un tribunal o autoridad que podría no corresponder al lugar de situación del bien en una materia en que estos tribunales tienen competencia exclusiva conforme al artículo 22.1 del Reglamento 44/2001. Con mayor motivo ello será así si el certificado procede de una autoridad no judicial, pues implicaría dar prevalencia a tal documento carente de la eficacia

de cosa juzgada, sobre otro dotado de tal eficacia, eficacia reforzada en caso de que haya sido objeto de inscripción registral a través de los principios de salvaguardia judicial de los asientos y de la eficacia de la fe pública registral (cfr. arts. 1.3 y 34 de la LH), es decir, se daría prevalencia a un documento cuya eficacia primaria es de carácter probatorio en base a una presunción *iuris tantum* frente a otro documento dotado de un valor de presunción *iuris et de iure*, e incluso aunque tuviera autoridad de cosa juzgada.

Finalmente, debe observarse que la prevalencia del certificado sucesorio sobre el contenido del Registro generaría, a su vez, una situación de anomia en los conflictos entre los adquirentes plurales del titular del certificado (doble venta, gravamen de cosa ajena, venta de cosa gravada como libre de gravamen, etc.), lo que generaría una situación de inseguridad gravísima, pues tales conflictos carecen de todo criterio dirimente, incluso del de la mera inoponibilidad, al actuar al margen del Registro.

En definitiva, el apartado 4 del artículo 69 debe ser interpretado en el sentido de que dicha norma actuará sin perjuicio de los efectos propios del sistema registral que resulte aplicable en cada caso. Así lo confirma el Considerando 71 del Reglamento al afirmar, en relación con el artículo 69.4, que el Reglamento «no debe determinar si dicha adquisición de bienes por una tercera persona es efectiva o no», y ello sin perjuicio de que, como señala el mismo considerando, toda persona que, basándose en la exactitud de la información acreditada en el certificado, adquiera o reciba bienes sucesorios de una persona que en el certificado figure facultada para disponer de esos bienes reciba «una protección adecuada» si ha actuado de buena fe, protección que no tendrá por qué consistir en el mantenimiento de la adquisición, pues el Reglamento no impone, como se ha visto, que la adquisición por dicha persona sea efectiva, pudiendo consistir dicha protección en el reconocimiento de vías legales para obtener la resolución del título adquisitivo, con la consiguiente restitución de la contraprestación, y reclamar la correspondiente indemnización de los datos y perjuicios sufridos.

d) *Atribución de la cualidad de título formal inscribible en el Registro de la Propiedad*

Dispone al respecto el apartado 5 del artículo 69 del Reglamento que venimos examinando, lo siguiente: «El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)». Este último, como ya se ha señalado anteriormente, excluye del ámbito de aplicación del Reglamento tanto «la naturaleza de los derechos reales», como «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, in-

cluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo».

La exclusión del ámbito del Reglamento de la materia registral incluye lo relativo a sus reglas de organización y funcionamiento y, por tanto, a sus modalidades de asientos. En este sentido, como ya se ha señalado, en el Derecho sucesorio español hay que distinguir claramente entre el derecho hereditario *in abstracto*, esto es, la cuota ideal que a cada comunero corresponde sobre el conjunto del haber hereditario (sujeto a un régimen de comunidad de tipo germánico), y la inscripción del derecho hereditario concreto sobre cada uno de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado en la partición hereditaria. El primero (el derecho abstracto) solo puede reflejarse en el Registro mediante una anotación preventiva, conforme al artículo 46 de la Ley Hipotecaria, pudiendo también anotarse las sucesivas transmisiones que respecto de tal derecho realice el heredero titular. Esta situación demuestra la inevitable aplicación de la *lex rei sitae* también en relación con los efectos traslativos que se deriven del título sucesorio cuando estén implicados bienes inmuebles, pues tales efectos traslativos resultan inescindibles del régimen de la publicidad registral de la correspondiente mutación jurídico-real.

En cuanto a los requisitos y efectos de la inscripción, quedan sujetos a la ley interna del Estado del que depende el Registro de forma que, sin perjuicio de los efectos probatorios y de reconocimiento directo, exento de procedimientos especiales, se aplica la legislación interna a efectos de la calificación o control de legalidad, previa a la inscripción registral, inscripción que una vez practicada producirá los efectos determinados también por la *lex registrii*. Cabe reproducir aquí lo ya señalado sobre reconocimiento de resoluciones, y sobre el carácter documental y, como máximo, de jurisdicción voluntaria, del certificado sucesorio europeo, con su corolario de la plena aplicación en este ámbito del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento.

De ambos aspectos se ocupan los considerandos del Reglamento, confirmando lo señalado. Así en el Considerando 18 se declara que: «Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción». El Reglamento señala, a título de ejemplo por su importancia práctica, la comprobación por las autoridades registrales de que «el derecho del causante sobre los bienes sucesorios mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que esté situado el registro». Se refiere, pues, al control del requisito del tracto sucesivo, lo que demuestra una vez más la falta de acierto en la redacción del artículo 69.4 del Reglamento.

Ahora bien, esta entrada de las normas del foro registral respecto de los requisitos para el acceso al Registro de las mutaciones jurídico-reales derivadas de una sucesión hereditaria, a su vez, tiene ciertas limitaciones a fin de no frustrar el «efecto útil» del Reglamento comunitario. Y así, en particular, el mismo considerando: «Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades del registro deben aceptar los documentos expedidos por las autoridades competentes de otro Estado miembro cuya circulación se contempla en el presente Reglamento. En particular, el certificado sucesorio europeo expedido en virtud del presente Reglamento debe constituir un documento válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro». Del mismo modo, en el caso español algunos de los requisitos impuestos por la normativa registral, como la exigencia de obtener el reconocimiento a título principal de una resolución judicial en materia sucesoria proveniente de otro Estado comunitario, o la exigencia de legalización o apostilla deben quedar descartadas en los supuestos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (cfr. arts. 4 de la LH y 36 de su Reglamento, y 69.1 y 74 del Reglamento).

Pero la complejidad de la materia hace que, a su vez, esta excepción esté limitada, y en tal sentido el mismo considerando precisa que: «Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que esté situado el registro, por ejemplo información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente puede indicar a la persona que solicita la práctica del asiento cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten».

En cuanto a los efectos, el Considerando 19 se expresa también con claridad: «Se deben excluir también del ámbito de aplicación del presente Reglamento los efectos de la inscripción de los derechos en el registro. En consecuencia, debe corresponder al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo. Así pues, en caso de que, por ejemplo, la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble deba ser inscrita con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro para producir efectos *erga omnes* o para la protección legal del negocio jurídico, el momento de dicha adquisición deberá regirse por el Derecho de ese Estado miembro».

En este sentido queda plenamente vigente en nuestro Derecho el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: «Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúan las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos», de forma que frente al adquirente del heredero aparente, el heredero real mantendrá sus acciones civiles derivadas de la *hereditatis petitio*, de forma que solo tras el transcurso de ese plazo de dos años el tercero hipotecario

del artículo 34 de la Ley Hipotecaria quedará protegido por el carácter *a non domino* de su adquisición.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2009, págs. 17-49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: «La Ley aplicable a los pactos sucesorios en la propuesta de Reglamento sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, núm. 7.726, 31 de octubre de 2011.
- BALDÚS, Ch.: «¿Hacia un nuevo Derecho Sucesorio europeo?», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, págs. 419-438.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 7.^a ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, en prensa (extractado en Consulta/Informe, núm. 43: Derecho Internacional Privado en materia de sucesiones tras la promulgación del Reglamento (UE) 650/2012, Servicio de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España).
- FONTANELLAS MORELL, J. M.: «Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, págs. 465-484.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., y HEREDIA CERVANTES, I.: *Acceso al Registro de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo*, trabajo inédito.
- HEREDIA CERVANTES, I.: «*Lex successionis* y *lex rei sitae* en el Reglamento de Sucesiones», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, págs. 415-445.
- «El nuevo Reglamento europeo sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, núm. 7933, de 28 de septiembre de 2012.
- PRATS ALBENTOSA, L.: «La Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y la creación del certificado sucesorio europeo», en *Diario La Ley*, núm. 7929, de 24 de septiembre de 2012.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, L.: «La propuesta de Reglamento sobre sucesiones y testamentos y su posible aplicación al Derecho interregional: especial consideración de los pactos sucesorios», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, págs. 639-6.
- TORRALBA MENDIOLA, E.: «Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre la ley aplicable y el paradigma concursal», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fascículo III, julio-septiembre de 2008, págs. 1261 y sigs.

NOTAS

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor el día 23 de julio de 2012 en el Seminario sobre «Seguridad jurídica preventiva y Derecho de la Unión Europea: últimos avances», en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Autónoma

de Madrid. Para el estudio realizado en dicho momento se utilizó el texto de la, entonces, última versión de la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y de los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio, según el texto de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012. A efectos de preparar la presente publicación, dicho texto se ha actualizado y adaptado a la versión del Reglamento definitivamente aprobada.

² Excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012.

³ Así I. HEREDIA CERVANTES, en el trabajo «*Lex successionis y lex rei sitae* en el futuro Reglamento de Sucesiones», en *Anuario de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, págs. 415-445.

⁴ Por ejemplo, en Derecho común el cónyuge superviviente tiene derecho a la mitad indivisa de los bienes gananciales y al usufructo del tercio de mejora como derecho sucesorio legal, frente a lo cual en el Derecho catalán, el cónyuge viudo no tiene derecho a nada por la liquidación de la comunidad conyugal, inexistente, pero su derecho de usufructo es universal sobre todos los bienes de la herencia.

⁵ La solución del Reglamento en esta materia viene a coincidir con la de otros instrumentos internacionales como la Convención de La Haya, de 14 de marzo de 1978, relativa a la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (ley aplicable en Países Bajos, Luxemburgo, Francia y Austria) que excluye expresamente de su ámbito de aplicación los derechos sucesorios del cónyuge viudo, y la Convención también de La Haya, de 1 de agosto de 1989, relativa a la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (en vigor en Países Bajos, Luxemburgo, Suiza y Argentina), que excluye las cuestiones relevantes relativas al régimen económico-matrimonial.

⁶ «En una sucesión abintestato solo en defecto de descendientes y ascendientes el cónyuge viudo va a ser llamando a la herencia como tal heredero abintestato. Ciertamente, la jurisprudencia ha asumido una posición alejada de dogmatismos en torno al tema de la naturaleza jurídica de la legítima del viudo, de forma que el Tribunal Supremo ha afirmado su cualidad a los efectos de reconocerle el derecho de intervenir en las operaciones particionales, a los de negarle la posibilidad de ser contador partidor, en tanto que ha negado tal carácter de heredero al cónyuge viudo para protegerle frente a las reclamaciones por deudas hereditarias, sosteniendo que no responde de las mismas. Pero en todos los casos, como se ha señalado por la doctrina, la afirmación o negación alternativa de dicha cualidad de heredero se ha realizado con carácter incidental y de forma instrumental para la defensa de las soluciones que en cada caso parecían más justas. En este sentido se ha observado que la propia dicción literal del artículo 807, número 3 del Código Civil, se autolimita en su afirmación, pues declara que el viudo o viuda es *heredero forzoso solo en la forma y medida que establece este Código*, es decir, de una forma limitada y no absoluta. En definitiva, si se puede afirmar sin lugar a dudas que el viudo es un sucesor *ex lege*, no cabe decir lo mismo sin reservas a la hora de afirmar que tiene la cualidad de heredero» (cfr. Resolución de 27 de febrero de 2013).

⁷ Dispone el párrafo segundo del citado artículo 75.1, lo siguiente: «los Estados miembros que son partes contratantes en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, seguirán aplicando lo dispuesto en ese convenio, en lugar del artículo 27 del presente Reglamento, en lo que atañe a la validez en materia de forma de los testamentos y testamentos mancomunados».

⁸ En el mismo sentido cabe citar el artículo 24.1 de la revisión hecha en el nuevo Reglamento (UE), número 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁹ Sin prejuzgar ahora sobre su naturaleza jurídica.

¹⁰ Sobre la contraposición de ambos sistemas de concreción de la ley aplicable a la sucesión (unidad y fragmentación), y sus respectivas ventajas e inconvenientes, vid. el estudio

«Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre la ley aplicable y el paradigma concursal», de E. TORRALBA MENDIOLA, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fascículo III, julio-septiembre de 2008, págs. 1261 y sigs.

¹¹ Así se reconoce en el Considerando 24 que: «En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos, el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un periodo prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas».

¹² Vid. artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹³ Reglamento (CE), número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹⁴ Que no quedará, pues, en el ámbito de la norma de conflicto señalada por el artículo 9.1 del Código Civil.

¹⁵ Aquí más que de «capacidad» habría que hablar de «idoneidad» para suceder. Cuando el artículo 26.1.b) del Reglamento menciona «las causas específicas que impidan al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel» es evidente que no se refiere al concepto de capacidad jurídica del llamado o beneficiario (art. 745 del CC), sino a su falta de aptitud o idoneidad para ser beneficiario de tales atribuciones sucesorias, por imponer la ley determinadas prohibiciones, generalmente relacionadas con la garantía de la libertad de la voluntad del testador (que explica, v.gr., la prohibición de testar a favor del sacerdote que atiende al causante en su última enfermedad, a favor de su tutor o a favor del notario que autoriza el testamento: vid. arts. 752, 753 y 754 del CC). Vid. sobre esta distinción en «Consulta/Informe, núm. 43: Derecho Internacional Privado en materia de sucesiones tras la promulgación del Reglamento (UE) 650/2012», extracto de la 7.ª edición de la obra de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, en prensa.

¹⁶ Así J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *opus cit.* Este interesante argumento plantea, sin embargo, el inconveniente de poder suscitar dudas en el Derecho interno, y por sus mismos fundamentos, sobre la constitucionalidad de los regímenes de legítimas amplios, como los del Derecho común.

¹⁷ Vid. *Comentarios a la propuesta de Reglamento de Sucesiones UE. Texto de junio de 2011*, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de agosto de 2011.

¹⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ e I. HEREDIA CERVANTES, *Acceso al Registro de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo*, trabajo inédito proporcionado por sus autores.

¹⁹ En este sentido, con relación al reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia concursal, vid. Informe VIRGÓS/SCHMIT, núm. 182.

²⁰ En rigor, a estas dos etapas precede otra previa consistente en verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza.

²¹ Establece este precepto que: «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros: 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito... 3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro».

²² Documento: *Comentarios a la propuesta de Reglamento de Sucesiones UE. Texto de junio de 2011*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de agosto de 2011.

²³ Tampoco ayuda a resolver el problema el mecanismo de cooperación internacional instaurado por el Convenio del Consejo de Europa hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972, relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, ratificado por España el 3 de junio de 1985, no solo por tener un ámbito de aplicación que no se extiende al conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, sino porque, además, se limita objetivamente a la inscripción de los testamentos, por lo que ninguna información proporciona sobre procedimientos judiciales o extrajudiciales de declaración de herederos o de atribución de derechos sucesorios entre los mismos.

²⁴ Así, por ejemplo, en el caso del Derecho español, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1910, se manifestó en el sentido de ser necesaria la previa declaración de herederos abintestato para la validez de la renuncia, si bien de las más recientes de 15 de abril y 16 de junio de 2011 se desprende que la certeza que exige el artículo 991 del Código Civil sobre el fallecimiento del causante y la delación a favor del herederos no es preciso que sea una certeza absoluta.

²⁵ La jurisdicción voluntaria pertenece a ese «agregado de actividades que se ha dado en llamar la Administración Pública del Derecho Privado, también identificada genéricamente como función legitimadora, y cuyas actividades vienen atribuidas por la Ley ya a órganos jurisdiccionales, ya a órganos administrativos, ya a notarios o registradores. Esta función legitimadora, como categoría propia del Estado y con autonomía específica dentro de la administrativa, pero claramente diferenciada de la jurisdiccional, ha sido explicada por la civilística moderna con precisión. Así se afirma que la misión del Estado en orden a la realización del Derecho no solo supone formular abstractamente la norma jurídica, tarea que entraña la función legislativa, y declarar el Derecho en los casos de violación de la norma, actividad consistente en la función jurisdiccional, sino que exige, además, coadyuvar a la “formación, demostración y plena eficacia” de los derechos en su desenvolvimiento ordinario y pacífico, no litigioso, mediante instituciones que garanticen su legitimidad, confieran autenticidad a los hechos y actos jurídicos que les dan origen y faciliten la publicidad de los derechos que tales actos originen» (cfr. Resoluciones de la DGRN de 1 de febrero de 2007 y de 10 de noviembre de 2011).

²⁶ Colegio de Registradores, documento cit.