

# El certificado sucesorio europeo

## *European Certificate of Succession*

por

JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE  
*Registrador de la Propiedad*  
*Doctor en Derecho*

RESUMEN: La globalización y los movimientos migratorios intracomunitarios han propiciado la aprobación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, sobre sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En el presente estudio se contempla exclusivamente el certificado sucesorio europeo. El certificado se adopta con respeto al principio de subsidiariedad. No se pretende la unificación del derecho sucesorio, sino su armonización, de forma que pueden coexistir el certificado europeo con el título sucesorio nacional. Se estudia el concepto del certificado, basado en el Erbschein alemán y su eficacia. El respeto a la *lex rei sitae* en materia de derechos reales y Registro de la Propiedad se examina con detalle, tanto en la admisión del *numerus clausus* en los derechos reales, cuanto en la adaptación de los mismos a derechos extranjeros. La salvaguarda de los derechos internos exige claramente el control del certificado por el titular del Registro de la Propiedad al que pretende acceder para el examen formal del título y el respeto a instituciones como las legítimas y el orden público. Se presume que el certificado prueba su contenido, aunque se admite la prueba en contrario, a diferencia de lo que ocurre con la fe pública registral. Por ello la presunción que se predica de los actos realizados por el titular del certificado no es equiparable a la protección del tercero hipotecario. Se examina también la plena vigencia del artículo 28 de la Ley Hipotecaria en favor del heredero aparente.

*ABSTRACT: Globalization and migratory movements inside the EU have led to the adoption on 4<sup>th</sup> July, 2012 of Regulation 650/201 by the European Parliament and the Council 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. The present study examines only the European Certificate of Succession. The Certificate is adopted respecting the principle of subsidiarity. The unification of the law in matters of succession of the different Member States is not sought, but its harmonisation, so that the European Certificate of Succession can coexist with national deeds of succession. The concept of the certificate, based on the German Erbschein, and its effectiveness are studied. Respect for the lex rei sitae in rights in rem and Land Registry issues is examined in detail, both in the admission of the limited number (numerus clausus) of rights in rem, as in their adaptation to foreign Laws. Safeguarding of national laws clearly requires an internal control of the certificate by the Land Registrar to whom access is sought for the formal examination of the title deeds and respect for the institutions as legitimate and for public order. It is assumed that the certificate demonstrates its content, although the contrary may be proved, unlike what happens with the principle of public trust in registration. Thus presumption granted to acts performed by the certificate holder is not comparable to the third party mortgage protected by the Land Registry. The full effectiveness of Article 28 of the Spanish Mortgages Act in favor of the apparent heir is also examined.*

**PALABRAS CLAVE:** Certificado sucesorio europeo; diversidad sucesoria en Europa; título sucesorio; calificación registral; *lex rei sitae*; adaptación de derechos reales; eficacia del certificado sucesorio; principio de subsidiariedad; heredero aparente; legítimas; orden público.

**KEY WORDS:** European Certificate of Succession; diversity of succession regulations in Europe; deed of succession; examination of legality by land registrars; *lex rei sitiae*; rights in rem adaptation; effectiveness of the certificate of succession; principle of subsidiarity; apparent heir; reserved portions; public order.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. EL ORIGEN DE LA PREOCUPACIÓN DE LA UE.—2. LA BASE JURÍDICA PARA LA ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO.—3. CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO.—4. LOS MODELOS DE CERTIFICADO SUCESORIO TENIDOS EN CUENTA POR LA COMISIÓN.—5. EL CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO.—6. LA COMPETENCIA PARA LA EMISIÓN.—7. EL CERTIFICADO SU-

CESORIO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD.—8. LA NECESIDAD DE UN CONTROL POR PARTE DE LAS AUTORIDADES *REI SITAE*.—9. LAS RAZONES DEL CONTROL REGISTRAL DE LA DOCUMENTACIÓN EXTRANJERA.—10. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—11. LA LEGALIZACIÓN.—12. LAS CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN: ORDEN PÚBLICO Y LEGÍTIMAS.—13. LA DEFENSA DE LA APARIENCIA.—14. EL HEREDERO APARENTE. EL ARTÍCULO 28 LH.—BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Desde sus comienzos, la UE se ha preocupado de mantener y desarrollar el espacio de libertad, seguridad y justicia que permita y fomente la libre circulación de personas y bienes en la Unión Europea, desde antiguo perseguida por la UE<sup>1</sup>. Para ello se estableció en el Consejo de Tampere, de octubre de 1999, el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, más tarde el programa de medidas para la aplicación de ese reconocimiento en materia civil y mercantil<sup>2</sup>. El Consejo, en noviembre de 2004<sup>3</sup>, adoptó el «Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», en el que se acordó ya «la necesidad de adoptar un instrumento en materia de sucesiones, que aborde en particular las cuestiones de los conflictos de leyes, la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo».

Para alcanzar los expuestos objetivos, como señalan los considerandos del Reglamento 650/2012, «el presente Reglamento debe reunir las disposiciones sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, los documentos públicos y las transacciones judiciales, así como sobre la creación de un certificado sucesorio europeo».

En estas páginas se va a abordar tan solo el certificado de sucesiones europeo dejando, para mejor ocasión, el del administrador de la herencia y, dentro de él, los efectos del mismo, con una mayor consideración de su acceso al registro de la propiedad.

Parece que hay acuerdo entre los países de la UE en que el Reglamento es la fórmula más adecuada para el logro de los objetivos previstos. Cuando se habla de competencia internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones, la elección del reglamento ya ha sido experimentada en supuestos como el Reglamento (CE) 44/2001 sobre competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). De lo que se trata es de que todos los Estados miembros tengan un certificado de heredero con la misma forma. La adopción de una directiva sería insuficiente

por el margen que se deja a los Estados miembros para la transposición, lo que implicaría correr el riesgo de comprometer el logro del objetivo pretendido.

No obstante lo anterior hay que tener en cuenta que el reglamento, en cierto modo, sobrepasa su función normativa al regular cuestiones sobre aspectos materiales como cuando se ocupa indirectamente de las legítimas (art. 29) o, directamente, de la conmoriencia (art. 32)<sup>4</sup>.

La mejor manera de conocer el iter seguido por el Reglamento (UE) 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 es acudir al propio texto y a sus antecedentes.

La preparación del Reglamento fue precedida de una amplia consulta a los Estados miembros, las demás instituciones y el público en general. La Comisión recibió<sup>5</sup> un «Estudio sobre las sucesiones internacionales en la Unión Europea», realizado por el Instituto Notarial alemán en noviembre de 2002. Su Libro Verde «Sucesiones y testamentos», publicado el 1 de marzo de 2005, suscitó alrededor de sesenta respuestas y fue seguido por una audiencia pública el 30 de noviembre de 2006. Un grupo de expertos denominado «PRM III/IV», constituido por la Comisión el 1 de marzo de 2006, se reunió en siete ocasiones entre 2006 y 2008 y la Comisión organizó una reunión de expertos nacionales el 30 de junio de 2008. Las contribuciones recibidas confirman la necesidad de un instrumento comunitario en este ámbito. La adopción de este instrumento recibió el apoyo del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social Europeo. La Comisión realizó también una evaluación de impacto, que se adjuntó a la propuesta de Reglamento de 2009, antecedente próximo del vigente.

Una vez aprobada insiste en resolver el problema el Programa de Estocolmo, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 4 de mayo de 2010 y en el que se establece el programa de actuación en materia de cooperación civil y penal para el periodo 2010-2014 al decir que «el reconocimiento mutuo debería ampliarse a los ámbitos que todavía no están cubiertos pero son fundamentales en la vida diaria, por ejemplo la sucesión y los testamentos».

Fruto de todo ello fue la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo COM (2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y de un certificado sucesorio europeo, que fue el antecedente inmediato del Reglamento vigente. El Parlamento Europeo realizó una primera lectura de la Propuesta el 13 de marzo de 2012, y se publicó la redacción definitiva en el Diario Oficial de la UE el 27 de julio de 2012.

## 1. EL ORIGEN DE LA PREOCUPACIÓN DE LA UE

Como han puesto de relieve los documentos comunitarios preparatorios del Reglamento y los muchos autores que se han ocupado del tema<sup>6</sup>, en el fondo son la globalización y los movimientos migratorios intracomunitarios que la misma ha propiciado quienes generan las relaciones sucesorias intracomunitarias. Los alemanes residen en Mallorca y tienen bienes en Alemania y en España; los ingleses trabajan en Madrid y tienen segunda vivienda en Valencia o, simplemente, compran la vivienda en España y vienen a jubilarse y en muchas ocasiones a morir aquí, mientras que es otra ley comunitaria la que ha de aplicarse a su herencia. Hasta aquí, poco cambio, pero de 1998 a esta parte han sido los europeos, comunitarios o no, los que se han vinculado al suelo o la legislación española<sup>7</sup>.

Las sucesiones son un fenómeno universalmente conocido pero desigualmente regulado de ahí la preocupación comunitaria. La diversidad legislativa y la contraposición *civil law/common law* hacen muy difícil para los herederos y acreedores de los causantes extranjeros el ejercicio de sus derechos cuando no concuerdan las leyes aplicables a la sucesión y al lugar de ejecución de sus pretensiones.

Por otro lado están los problemas de competencia jurisdiccional: ante qué tribunal, organismo o autoridad delegada plantear las pretensiones y cómo hacer efectiva la resolución en un país donde no tiene jurisdicción el órgano o tribunal que la dictó.

La Conferencia de La Haya desde sus inicios se preocupa por la movilidad de las personas y sus disposiciones sucesorias<sup>8</sup>, aunque con poco éxito, ya que la última solo rige para un Estado. Ello prueba que la cuestión es de las principales inquietudes de la comunidad de derecho Internacional Privado, pero también que es de las más difíciles, prueba de ello es que el Convenio de 1 de agosto de 1989, sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte solo ha sido suscrito por los Países Bajos.

El estudio del certificado sucesorio europeo implica examinar prácticamente todo el Reglamento porque: *a) la determinación de quién deba emitirlo implica en ocasiones determinar tanto la ley aplicable al fondo como, en todo caso, la jurisdicción competente; b) la necesidad de especificar los efectos fuera del país emisor; c) los efectos del certificado fuera del país emisor; d) la necesidad de *exequátur* u otra forma de control; e) la eficacia del certificado respecto a los inmuebles sitos en territorio distinto del Estado emisor, etc.*

## 2. LA BASE JURÍDICA PARA LA ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO

Según la Exposición de Motivos de la citada Propuesta del Reglamento que es el antecedente inmediato del texto objeto de estudio «El artículo 61 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, el «Tratado») prevé el establecimiento progresivo de un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia mediante, entre otras cosas, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Su artículo 65 menciona expresamente medidas tendentes a «mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales», así como a «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción».

Los numerosos instrumentos ya adoptados sobre esta base, en particular el Reglamento (CE), número 44/20011, excluyen las sucesiones de su ámbito de aplicación.

Más adelante pone de relieve el estricto cumplimiento del principio de subsidiariedad<sup>9</sup>, así como la proporcionalidad del instrumento empleado y la no injerencia del Derecho comunitario en los derechos materiales nacionales, ya que no pretende una unificación de los mismos, sino una armonización de las normas de derecho internacional privado. Otro objetivo no habría sido admitido por las grandes diferencias entre ordenamientos sucesorios que antes se apuntaba.

En todo caso no es deseable la armonización del derecho sustantivo ya que, según el Tratado CE, este campo es y debe seguir siendo competencia exclusivamente nacional. Se deben uniformar solo las normas que rigen los conflictos jurídicos y jurisdiccionales.

Esta es la única técnica que permite a los Estados miembros preservar sus propios sistemas jurídicos y sus propias costumbres y tradiciones jurídicas. Solo entonces será posible coordinar efectivamente los sistemas jurídicos nacionales implicados en una sucesión determinada. Para prevenir posibles conflictos de ley en materia de herencia, es necesario y suficiente saber a ciencia cierta, y sin margen de error, qué ley será aplicable. Lo cierto es que el Parlamento ha conseguido, salvo lo que se dirá en cuanto a inmuebles, no inmiscuirse en lo que son competencias exclusivamente nacionales<sup>10</sup>.

La insuficiencia de la regulación actual<sup>11</sup> va unida a la mejora que para los ciudadanos de la Unión Europea puede representar la existencia de normas que de forma clara y predecible permitan determinar la legislación aplicable a las sucesiones hereditarias y que faciliten la tramitación de la adquisición de la herencia mediante criterios como el reconocimiento mutuo y la creación de un certificado sucesorio europeo. Con ello, además, se da un paso más en uno de los objetivos de la Unión Europea, el desarrollo progresivo de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (art. 2 del Tratado de la Unión Europea).

Los objetivos del Reglamento solo pueden alcanzarse, según sostiene la Comisión, en forma de normas comunes en materia de sucesiones internacionales, normas que deben ser idénticas para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad. Por otra parte, la Comisión Europea sostiene que las normas de Derecho Internacional Privado existentes hasta la fecha (el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de disposiciones testamentarias, y el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte) no han logrado resolver los problemas en la materia.

La seguridad jurídica y la previsibilidad, junto con la facilitación de la libre circulación de resoluciones sucesorias, judiciales o no, son los motivos fundamentales del Reglamento.

Incluso se preocupa el Reglamento de tener en cuenta los Estados plurilegislativos, cual es el nuestro, para evitar conflictos de derecho interregional<sup>12</sup> y se prevé también la ausencia de normas internas sobre conflicto de leyes (art. 36.2 del Reglamento). Incluso dedica un precepto, mejorando la Propuesta de 2009, a los conflictos interpersonales de leyes (art. 37)<sup>13</sup>.

### 3. CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO

En todos los derechos se precisa de un título para que el patrimonio del difunto pase a los herederos, ya sea en el sistema del *common law* en que un tercero ha de entregar los bienes a los herederos tras el pago de las deudas, son ejemplos los sistemas del Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia y Dinamarca; o en el sistema continental donde conviven sistemas en que es precisa la aceptación de la herencia, como en Italia, España o Austria (con intervención judicial), u, otros en que los herederos a través de la *saisine* pueden tomar posesión por sí mismos de los bienes hereditarios y ejercitar los derechos del difunto (Alemania, Bélgica, Francia, Países Bajos, Grecia y Luxemburgo). La forma de acreditar la cualidad de heredero también es variada: la *grant of probate* o *letter of Administration* del *common law*; las actas de notoriedad españolas, francesas o italianas; el certificado sucesorio alemán, el austriaco, el griego e, incluso, el francés de la región de Mosella o el del Tirol italiano<sup>14</sup>.

Lo que se observa en toda la documentación preparatoria del Reglamento es que únicamente la Europa de los 15 de 2002, y no la de los 27, es la que se tuvo en cuenta. Lo exiguo de este estudio no permite tampoco ocuparse con mayor amplitud del Derecho Comparado de los nuevos Estados miembros, lo cual no estaría de más hicieran la Comisión y el Parlamento europeo a través de sus abundantes y multilaterales funcionarios y parlamentarios.

Se trata de solucionar el problema que supone la diversidad sucesoria y su documentación para la libre circulación de los títulos expedidos en todos los Estados miembros de la UE.

#### 4. LOS MODELOS DE CERTIFICADO SUCESORIO TENIDOS EN CUENTA POR LA COMISIÓN

No hay en Europa un concepto unitario de certificado sucesorio. El certificado de heredero alemán (*Erbschein*), o el austriaco (*Einantwortungsurkunde*), las declaraciones notariales de herederos de los países de derecho romano (Francia, Bélgica, Luxemburgo, España<sup>15</sup>) también podrían ser reconocidas en los países de la UE, lo que habría de valer también para *l'atto di notorietá* italiano o la *verklaring van Erfrecht* holandesa, la *grant of probate* o la *letter of administration*, y el *dokument* y *skifteattest* del derecho danés. Ante esa variedad de órganos jurisdiccionales, o no, competentes para la expedición, era preciso buscar un instrumento común.

Entre los modelos barajados por la doctrina para la solución del problema de las sucesiones transnacionales, la doctrina contempló los siguientes:

- a) El puro reconocimiento de los documentos extranjeros, sin necesidad de ningún otro requisito. Es el sistema suizo, y en este sentido del artículo 96 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado, según la cual: «Las decisiones, medidas o documentos relativos a una sucesión, del mismo modo que los derechos derivados de una sucesión abierta en el extranjero, se reconocen en Suiza: a') cuando han sido declarados, redactados, acordados o constatados en el Estado del último domicilio del difunto o en el Estado al que el difunto sometió su sucesión o si han sido reconocidos en uno de esos Estados, o b') cuando se refieran a inmuebles y hayan sido declarados, redactados, acordados o constatados en el Estado en el que los bienes estén situados o si están reconocidos en ese Estado. 2. Tratándose de un inmueble sito en un Estado que reivindica una competencia exclusiva, únicamente las decisiones, medidas o documentos que emanen de ese Estado se reconocen. 3. Las medidas cautelares tomadas en el Estado del lugar de situación de los bienes del difunto se reconocen en Suiza<sup>16</sup>».

El simple reconocimiento plantea problemas en el ámbito de la Unión, por un lado porque la prueba de la cualidad de heredero no es la misma en todos los Estados miembros que serán los emisores (simple hecho o declaración de derecho) y, además, no producen los mismos efectos en cuanto a legitimación y protección de terceros. Por otro lado, la prueba de la cualidad de heredero no es la misma en todos los países: en unos es judicial, con o sin fuerza de cosa juzgada; en otros notarial con simple prueba de hechos y sin otros efectos que la indemnización de daños y perjuicios (art. 730.5 Code Civil français), incluso sin otra participación que la de los interesados, sin necesidad de notario: artículo 14 de la Ley Hipotecaria española o en el sistema finlandés, aunque

este requiere una previa intervención judicial<sup>17</sup>. Como se ha señalado por la doctrina, la regulación del reconocimiento no sirve sino en casos particulares, pero no podría constituir un modelo a nivel europeo<sup>18</sup>.

- b) La otra posibilidad apuntada por la doctrina fue la de crear un certificado europeo *ad hoc*, tal como hizo el Derecho quebécois con su carta de verificación (*lettre de vérification*). Según el artículo 892 del Code de procédure civil: «Cualquier interesado puede solicitar al secretario del tribunal correspondiente al último domicilio del causante o a un notario, las cartas de prueba o verificación destinadas a utilizarse fuera de Québec para probar su cualidad de heredero, de legatario de bien determinado o de liquidador de la sucesión»<sup>19</sup>. Esta ha sido la opción propuesta por el informe del Deutsches Notarinstitut y aceptada por la propuesta de la UE: «Artículo 36. Creación de un certificado sucesorio europeo. 1. El presente Reglamento introduce un certificado sucesorio europeo, que acredita la cualidad de heredero o de legatario y los poderes de los ejecutores testamentarios o de los terceros administradores. Este certificado será expedido por la autoridad competente en virtud del presente capítulo, de conformidad con la ley aplicable a la sucesión en virtud del capítulo III del presente Reglamento».

Asimismo sirvió de modelo a la redacción del Reglamento el Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre la Administración Internacional de las Sucesiones, ratificado tan solo por Eslovaquia, Portugal y República Checa. Quizás el Reglamento no haga sino comunitarizar el certificado de administrador de sucesiones que estableció, con muchos enfrentamientos derivados de la elección de la ley de la última residencia (hoy perfectamente admitido ese punto de conexión), la Convención citada.

Como se ve, se respeta el sistema interno manteniendo el certificado europeo junto con el título sucesorio nacional. Es decir, en principio, subsistirían la declaración de herederos abintestato, el acta notarial de declaración de herederos, la instancia de heredero único junto con el testamento y las distintas formas de participación hereditaria con la última voluntad.

El Reglamento, cumpliendo con el principio de subsidiariedad, establece en el Considerando (67) que [el certificado] «se expedirá para su uso en otro Estado miembro. Conforme al principio de subsidiariedad, el certificado no debe sustituir a los documentos que puedan existir con efectos similares en los Estados miembros».

Se cumple así con el principio de subsidiariedad imperante en el Derecho comunitario, por ello el artículo 62.3 del Reglamento, dispone que: «El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares. No obstante, una vez expedido para ser utilizado en otro Estado miembro, el certificado producirá igualmente los efectos enumerados en

el artículo 69 en el Estado miembro cuyas autoridades lo hayan expedido con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo».

Si bien se salva el principio de subsidiariedad el último inciso del precepto admite la validez interna del certificado sucesorio europeo, lo cual puede plantear dificultades cuando exista contradicción entre el certificado sucesorio europeo y el local, o la figura similar correspondiente: acta de declaración de herederos, por ejemplo<sup>20</sup>.

El ideal habría sido el sistema señalado por el Max Plank Institute<sup>21</sup>: Solo debería haber un único certificado sucesorio europeo. Si existe más de uno será por error. Si existe un certificado europeo y otro nacional, concédase prevalencia al primero, ya que si existe uno europeo no puede existir el nacional. Para ello sería preciso coordinar a los Estados miembros para evitar *ex ante* el problema. Por los mismos motivos, solo el emisor podría rectificar o anular su propio certificado, lo cual sí admitió la Propuesta [de Reglamento] en el artículo 43. El círculo se cerraría con la creación de un Registro de Certificados Sucesorios europeos.

También en Derecho alemán (al que sigue el Reglamento, como se verá, en cuanto a los efectos) existe la figura<sup>22</sup>. En el fondo, el documento inicial (Libro Verde) y las proposiciones de la audiencia pública han hecho que sea el modelo alemán de certificado sucesorio el adoptado, aunque con cierta adaptación notarial.

## 5. EL CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO

El certificado sucesorio viene a ser un documento, inicialmente judicial (Alemania, Austria) y en el Reglamento también emitido por «otra autoridad»<sup>23</sup> que se libra al heredero o herederos para acreditar donde proceda su derecho a la herencia. En el Reglamento lo que se necesita es un certificado uniforme para toda la UE que, además, provenga de autoridad que tenga una clara competencia para su emisión y con una ley material del fondo única para todos los Estados de la UE, de forma que se eviten los posibles conflictos entre ley de emisión, ley del fondo y lugar de efectividad del certificado. La ley aplicable, de la que no se ocupa el presente trabajo, ha de regir, según la mayoría de los autores y colegios notariales que se han ocupado de la cuestión, no solo el llamamiento sucesorio, sino la aceptación, partición y liquidación de la herencia, a diferencia de la Convención de La Haya de 1989, que se ocupaba exclusivamente de la aceptación. La seguridad jurídica solo se logrará con un amplio campo de aplicación de la *lex successoria*: desde la apertura a la partición y entrega de bienes. No ha de ocultarse que la solución apuntada por el Reglamento (amplitud del campo de aplicación) tiene el riesgo de una ingerencia excesiva en el derecho interno.

Vendría a ser una declaración de la autoridad emitente que contiene el nombre del difunto y de los herederos y legatarios<sup>24</sup>. Implica la declaración de la autoridad de que las personas citadas son reconocidas como herederas o

legatarias, a reserva de las acciones de nulidad, petición de herencia o reducción (arts. 71 a 73 del Reglamento) Los efectos, como se verá, son limitados ya que nadie puede cambiar la situación jurídica material al reservarse las acciones de nulidad y petición de herencia. El certificado sucesorio, como el acta de notoriedad, se funda en una apreciación provisional de la sucesión y no excluye que otras personas estén legitimadas sobre el fondo. La presunción de veracidad a favor del heredero aparente, por más buena fe que este tenga, no excluye la posible existencia del heredero real. La realidad y los hechos son muy tozudos, salvo para el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que adquiere de titular registral un inmueble y lo inscribe a su favor.

Bien es verdad que el certificado sucesorio o la declaración notarial o judicial de heredero tienen más peso que una simple declaración de hechos. Reflejan una situación jurídica que es la que contempla el tribunal al tiempo de su emisión. Los herederos que figuran en el certificado están, además, legitimados frente a autoridades y terceros como herederos, tal y como luego se explica.

La regulación alemana viene dada por el parágrafo 2353 BGB, que dispone: «Certificado sucesorio. “El tribunal de testamentarias ha de conceder al heredero, a petición, un testimonio sobre su derecho hereditario, y si solo está llamado a una parte de la herencia, sobre la cuantía de la porción hereditaria (certificado sucesorio)”. El BGB dedica los artículos 2353 a 2369 a la regulación del certificado: solicitud, pruebas que ha de realizar el tribunal, clases (totales, parciales), documentos que han de acompañarse con la solicitud y efectos, de los que se tratará más adelante.

La finalidad del certificado es la de legitimar al heredero o legatario frente a terceros como sucesor del causante. En el fondo, en el ámbito de la UE es lo mismo, pero además se trata de eliminar la reiteración de trámites e intervenciones judiciales y notariales, con el coste de transacción y de tiempo que ello implica a través de un certificado sucesorio europeo armonizado. No es otra cosa, en este caso, que la solución a problemas de reconocimiento y ejecución abreviados, sin *exequátor* ni legalización alguna<sup>25</sup>.

En el fondo es la sustitución del histórico procedimiento interdictal que el poseedor de la herencia instaba contra todos los pretendientes a la misma. Cuando el adquirente en virtud de dicho procedimiento quería disponer de bienes inmuebles como heredero intestado debía realizar otro nuevo expediente para obtener del juez una exclusión contra terceros pretendientes de la herencia. Los herederos voluntarios obtenían una declaración judicial basada en el testamento. Para simplificar el proceso y para adaptarse a sociedades más avanzadas y extensas, se acudió por la ley prusiana de 1869 a la denominada certificación judicial. En otros territorios alemanes (Baden, Hamburgo), se crearon documentos similares en la segunda mitad del siglo XIX<sup>26</sup>.

Pienso que la inexistencia de un Registro General de Actos de Última Voluntad en derecho alemán junto con la necesidad de proporcionar al heredero

aparente una legitimidad en la creación de terceros protegidos por la fe pública hacen que se arbitre una intervención judicial «ligera» que proporcione, tras el examen judicial<sup>27</sup>, un título (el certificado sucesorio) para proteger al adquirente del que aparece en el certificado.

De ahí la regulación del BGB:

- § 2365 (Presunción de autenticación del certificado sucesorio). Se presume que a aquel que está designado como heredero en el certificado sucesorio le corresponde el derecho sucesorio indicado en dicho certificado y que no está limitado por otras ordenaciones que las indicadas».
- § 2366 (Presunción de exactitud del certificado sucesorio). Si alguien adquiere de aquel que en un certificado sucesorio está designado como heredero, por negocio jurídico, un objeto de la herencia, un derecho sobre tal objeto o la liberación de un derecho perteneciente a la herencia, el contenido del certificado sucesorio, en tanto la presunción del § 2365 baste, vale en su beneficio como exacto, a no ser que conozca la inexactitud o sepa que el Tribunal de testamentarías ha exigido la restitución del certificado sucesorio a causa de inexactitud.

En nuestro Derecho la existencia de un depurado Registro General de Actos de Última Voluntad, junto con la suspensión de efectos de fe pública del artículo 28 de la Ley Hipotecaria hacen superflua la necesidad de atribuir los efectos que predica el artículo 42.5 del Reglamento: «El certificado constituirá un título válido para la transcripción o la inscripción de la adquisición sucesoria en los registros públicos del Estado miembro en que estén situados los bienes. La transcripción se llevará a cabo según las modalidades establecidas por la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleva el registro y producirá los efectos previstos por esta». El último inciso salva la soberanía territorial, como luego se sostiene.

El Gobierno alemán sostuvo en los comentarios del gobierno de la RFA sobre el Libro Verde [relativo a sucesiones y testamentos] de la Comisión que era favorable a la adopción de un certificado de heredero en el marco de las sucesiones que revistiera un carácter internacional, el cual debería permitir probar más fácilmente el estatuto sucesorio en los demás Estados miembros en lo que concierne a las sucesiones internacionales, pues así el reconocimiento de los actos auténticos nacionales extranjeros sería superfluo<sup>28</sup>.

La ausencia de normas como la española del artículo 28 de la Ley Hipotecaria hace que tanto el BGB (§ 2361 a § 2363) como el Reglamento (arts. 71 y 72) hayan de estar pendientes de la duración del certificado, su sustitución e impugnación.

En sus comentarios al texto de la Propuesta de Reglamento de 2009, acerca del certificado sucesorio dice la Comisión que: «La coherencia con las normas

de competencia sobre el fondo impone que sea el mismo tribunal que es competente para conocer de la sucesión.

Este certificado no sustituye a los certificados ya existentes en algunos Estados miembros. En el Estado miembro de la autoridad competente, la prueba de la cualidad de heredero y de los poderes del administrador o ejecutor de la sucesión se efectúa, por tanto, conforme al procedimiento interno».

## 6. LA COMPETENCIA PARA LA EMISIÓN

La competencia preferente, según los artículos 64, 4, 7, 10 y 11 del Reglamento es la de la *professio iuris*, en su defecto, o en caso de no acoger la competencia, la correspondiente a la última residencia habitual del causante y, con un recuerdo al fuero real de situación de los bienes, junto con la residencia del causante anterior al fallecimiento o la del heredero o legatario, los supuestos del artículo 10<sup>29</sup>. La última previsión es la del *forum necessitatis* del artículo 11<sup>30</sup>.

Órganos competentes son, como señala el artículo 4 con carácter general, «los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio tuviera su residencia habitual el causante en el momento de su fallecimiento». A su vez el artículo 2.2 en las definiciones señala que: «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan:

- a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y
- b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 79».

En este punto de los órganos competentes, el Notariado europeo (UINL), tanto en sus intervenciones institucionales<sup>31</sup>, como en las doctrinales<sup>32</sup> ha presionado insistentemente y ha conseguido su inclusión en el artículo 37 de la Propuesta de Reglamento<sup>33</sup> de 2009. Creo que el Notariado tenía razón en la conveniencia de incluir la competencia de los notarios para la expedición de los certificados sucesorios europeos, tanto por aligerar a los juzgados de su carga de trabajo, cuanto por su conocimiento y especialización en derecho sucesorio<sup>34</sup>.

Sin embargo pensaba, como muchos notarios, que era necesaria una nueva redacción del artículo 37.2 pues la inclusión del notariado dentro del concepto «órgano jurisdiccional competente» podría plantear dudas<sup>35</sup>.

Al final el *lobby* notarial europeo consiguió reformar el actual artículo 64 del Reglamento (37 de la Propuesta) que tiene la siguiente redacción: «El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11. La autoridad expedidora deberá ser:

- a) un tribunal tal como se define en el artículo 3, apartado 2, y
- b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*.

Cabía pensar que autoridad judicial es autoridad competente en el sentido del artículo 2.b) de la Propuesta de Reglamento y que los notarios ejercen funciones jurisdiccionales por delegación, como en el caso finlandés, donde la persona designada por el juez, no necesariamente notario, ni siquiera jurista, es quien liquida la herencia y sus decisiones equivalen a una resolución judicial<sup>36</sup>.

No debe olvidarse, abundando en la necesidad de la reforma del artículo 37, la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, de 24 de mayo de 2011 (recurso C-54/08) en la que, entre otras cosas, se dice que: «A pesar de que el planteamiento de la Comisión se limite a atacar una discriminación por razón de nacionalidad, la cuestión que subyace a este asunto es significativamente más compleja. En efecto, estos procedimientos van encaminados a que el Tribunal de Justicia declare que la función notarial latina, con el perfil que le caracteriza en un número significativo de Estados miembros, queda comprendida dentro del ámbito de la libertad de establecimiento, al no estar relacionada con el «ejercicio del poder público»<sup>37</sup>.

El Reglamento es más completo con una consideración específica del notario en la emisión de los certificados sucesorios<sup>38</sup>.

## 7. EL CERTIFICADO SUCESORIO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD

El nuevo Reglamento establece la frontera entre el derecho sucesorio y el derecho de propiedad. Según el artículo 345 (antiguo art. 295 TCE) del Tratado consolidado de la UE<sup>39</sup>: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». De este precepto deducen la unanimidad de los autores que la subsidiariedad y la no injerencia de la UE en los sistemas de propiedad alcanzan también al Registro de la Propiedad, como luego se expone. La UE no debe intervenir en las reglas de los Estados miembros que regulan el régimen de la propiedad.

A modo de ejemplo, cabe recordar que el pacto de sobrevivencia, el derecho expectante de viudedad aragonesa, la comunicación foral de bienes, los retractos de abolorio, sacas forales, colaciones e imputaciones, forma de adquisición de los bienes legados, etc., no deben ser objeto de regulación por el Reglamento.

En el texto normativo del Reglamento el artículo 1.2, letras *k*) y *l*) declara excluidos de la aplicación del Reglamento: «*k*) la naturaleza de los derechos reales, y *l*) 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».

Igualmente el Considerando (68) del Reglamento declara que: «La autoridad que expida el certificado debe tener en cuenta las formalidades que se exigen para la inscripción de bienes inmuebles en el Estado miembro en que esté situado el registro. A este fin, el presente Reglamento debe prever el intercambio de información sobre tales formalidades entre los Estados miembros»<sup>40</sup>. Como se ve, la UE tiene muy clara la necesidad de la intervención de las autoridades o funcionarios del lugar de situación de los bienes a la hora de determinar la competencia para la emisión de certificados sucesorios y medidas cautelares, sobre todo teniendo en cuenta que la unidad en la *lex successionis* evita ya la escisión mueble/inmueble en la determinación de la ley aplicable.

Se prevé la aplicación de la *lex rei sitae* en supuestos especiales: *Artículo 30. Disposiciones especiales que imponen restricciones o aplicables a la sucesión de determinados bienes*. Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión.

Por todo ello quiere dejar clara la Exposición de Motivos de la Propuesta del Reglamento que: «No armoniza ni el Derecho de Sucesiones *ni los derechos reales de los Estados miembros*»<sup>41</sup>. Una vez más la soberanía territorial queda indemne. Serán las leyes del Estado en que se encuentren los inmuebles las que determinen los derechos reales admisibles, su extensión y límites, la forma de adquisición, la de publicidad, o, con palabras de nuestro legislador (art. 10.1 CC): «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».

Por los mismos motivos el Proyecto de Informe sobre sucesiones y testamentos del Parlamento Europeo de 10-5-2006 dice: «La influencia de la *lex rei sitae* es especialmente fuerte cuando, entre los bienes que componen la herencia, figuran bienes inscritos en registros públicos (principalmente los bienes inmuebles).

Las consecuencias que resultan de la inscripción en los Registros Públicos de los datos concernientes a los bienes implican que solo pueden inscribirse en estos registros los tipos de actos indicados por la ley del Estado bajo cuya autoridad se mantiene el registro y a condición de que estos actos tengan el contenido exigido por esta ley»<sup>42</sup>.

Igualmente, con rotundidad, el Considerando (15) del Reglamento dice: «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».

Todo ello en la línea de respetar el artículo 345 del TUE, pero decae toda la estructura «real» al llegar al artículo 69 en sus apartados 3, 4 y 5: «*Efectos del certificado*. 3. Se considerará que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello, 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.

4. 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.

5. 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*)».

Estas últimas afirmaciones desplazan la Exposición de Motivos y los Considerandos citados antes, con lo que quiebra el consenso generalizado en aceptar que los aspectos reales derivados de los bienes inmuebles de la masa hereditaria sean competencia de la jurisdicción en cuyo territorio se encuentran.

Como se ha señalado por la doctrina<sup>43</sup> se trata de actos relativos a la entrada en el registro o a la transferencia de la propiedad en los que es preciso considerar los efectos declarativos o constitutivos que tiene la intervención de los funcionarios registrales, según el ordenamiento del lugar de situación de los bienes inmuebles.

Lo mismo quiere decir en el fondo el considerando 10 de la Propuesta de Reglamento: «Si bien en el presente Reglamento se ha de abordar la forma en que se adquiere un derecho real sobre los bienes corporales e incorporales tal como prevé la ley aplicable a la sucesión, deben ser las normas nacionales de conflictos de leyes las que establezcan la lista restrictiva (*numerus clausus*) de derechos reales que reconoce el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, cuestión que se rige, en principio, por el principio de *lex rei sitae*. También debe excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento la publicidad de estos derechos, en particular el funcionamiento del registro de la propiedad inmobiliaria y los efectos de la inscripción o no inscripción en el mismo, aspectos que regula igualmente la legislación local».

El respeto por la tipología de los derechos reales [«(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»] debe conjugararse en nuestro sistema con la relativa apertura de los tipos reales que consagran tanto los artículos 2 LH y 7 de su Reglamento, como la jurisprudencia<sup>44</sup>, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>45</sup> o la doctrina de los autores<sup>46</sup>, aunque con los límites que señalan las sentencias y resoluciones apuntadas: que el nuevo derecho real cumpla los requisitos típicos de los derechos reales, de forma que se trate de un verdadero derecho real, que no atente contra el orden público económico (una garantía que excediera los principios de prelación y concurso de la *lex rei sitae*); la adecuada descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse, conforme al artículo 9 LH, así como, el respeto de los requisitos formales para acceder al Registro; por último, es necesaria la existencia de una concreta tutela jurídica de los intereses de las partes, a través de la creación del derecho real.

Esa posibilidad del *numerus apertus* en nuestro sistema, junto con la figura de la adaptación en derecho internacional posibilitaría la aceptación en nuestro sistema de figuras desconocidas por el legislador. Piénsese en los primeros tiempos del *leasing* o en los inicios del derecho de sobreelevación.

No aparecía en la Propuesta de Reglamento de 2009 la adaptación como figura dentro del ámbito de los derechos reales, sin embargo han tenido el acierto de incorporarla en la versión definitiva y así, en el artículo 31 dispone: «*Adaptación de los derechos reales*: 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»<sup>47</sup>.

## 8. LA NECESIDAD DE UN CONTROL POR PARTE DE LAS AUTORIDADES *REI SITAE*

Señala el Libro Verde, tantas veces citado, que: «La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles da lugar a inscripción en distintos Registros. En algunos Estados miembros, los asientos en estos Registros solo se inscriben a la vista de una resolución dictada o de un documento extendido por las autoridades nacionales. Cabría prever que la modificación de las inscripciones pueda efectuarse sobre la base de documentos expedidos en otro Estado miembro».

Acto seguido realiza a los Estados miembros (recuérdese que solo eran entonces 17) la siguiente pregunta: ¿Hay que reservar la competencia de las autoridades del lugar de ubicación de los bienes inmuebles que dependen de la sucesión, cuando la competencia principal se atribuye a las autoridades de otro Estado miembro para:

- expedir los documentos necesarios para modificar las inscripciones en los Registros de la Propiedad;
- realizar actos de administración y de transmisión de la propiedad?

De la pregunta se desprende ya la base de que parte la Comisión: se precisa un control *rei sitae*.

Muy claro lo dice el Considerando (18) del Reglamento: «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, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios<sup>48</sup>, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria. En particular, las autoridades podrán comprobar 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. 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. 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».

El último párrafo tiene, como en tantas otras ocasiones, un defecto de traducción ya frecuente en los documentos legales de la Unión Europea. En la versión española se dice que: «Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita», mientras que en la francesa se dice: «Cela ne devrait pas empêcher les autorités chargées de l'inscription de solliciter de la personne qui demande l'inscription». En inglés dice el documento: «This should not preclude the authorities involved in the registration from asking the person applying for registration». La peor redacción de las tres es la de nuestro idioma que traduce «autorités chargées de l'inscription» o «authorities involved in the registration», lo cual está muy lejos de «autoridades que tramiten la inscripción» pues incluye a secretarios judiciales, jueces, administración, notarios y registradores, excluyendo a particulares (art. 14 LH). La redacción correcta para países latinos es la francesa: «autoridades encargadas de la inscripción», que comprende a los jueces territoriales alemanes, a los conservadores franceses y a los registradores españoles o del Reino Unido, pero a nadie más.

Así cabía deducirlo también del artículo 9 de la Propuesta de Reglamento COM (2009) 154 final y del Considerando 15 de la misma Propuesta: «Dada la estrecha imbricación entre la dimensión sucesoria y la dimensión relativa a los derechos reales, el presente Reglamento ha de establecer la competencia excepcional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar en que esté situado el bien cuando la legislación de dicho Estado exija la intervención de sus órganos jurisdiccionales para adoptar medidas que atañan al derecho real relativas a la transmisión de dicho bien y a su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria».

Al Registro de la Propiedad solo deben acceder en nuestro sistema títulos perfectos o con grandes posibilidades de serlo. Para ello se exige que la documentación sea fiable y la calificación del registrador encargado del registro. En algunos casos, en materia sucesoria, la fiabilidad resulta del título testamentario sin otro requisito que una instancia en la que se describan los bienes incluidos en la sucesión<sup>49</sup>. Estos aspectos quedan regulados en los artículos 34, 36 y 37 del Reglamento hipotecario.

Debidamente documentada la herencia extranjera se somete el documento que la contiene a un doble control que realiza el registrador de la propiedad: *a)* el con-

trol formal o externo que determina la autenticidad del documento (legalización o apostilla y traducción oficial, salvo lo dispuesto en el art. 37 RH), y *b*) el control interno de la forma, capacidad dispositiva y validez de los actos dispositivos, según exige el artículo 18 de la LH, y *c*) control de fiscalidad que exige el artículo 254 LH.

Cuando se trata de documentos extranjeros el artículo 38 RH exige el reconocimiento de la sentencia o el laudo arbitral dictado en el extranjero. Al reconocimiento se le aplica el Convenio internacional que pudiera existir o el exequáutur de los artículos 952 a 954 de la LEC.

Debe señalarse que el excesivo protagonismo notarial —en la intervención española para el Reglamento hizo que se hablara en la versión de 27/09/2005 de las contestaciones al Libro Verde presentado por la Comisión relativo a sucesiones y testamentos— hizo que en la página 24 se hablara de un inexistente control de legalidad notarial que «dificulta enormemente el reconocimiento [de escrituras públicas y testamentos]. Lo que se pretendió con ese desajustado informe<sup>50</sup> fueron dos objetivos: 1.º Enmascarar el exclusivo control registral del documento público extranjero por los registradores hablando de un inexistente «doble control», y 2.º Impedir la inscripción directa, sin intermediario ni coste adyacente, de las escrituras públicas y sentencias extranjeras<sup>51</sup>.

Más que la UE quienes han sostenido la necesidad de control registral han sido los Estados miembros en sus respuestas (*contributions*) al Libro Verde: españoles, en los términos que vienen exponiéndose; alemanes, las autoridades del lugar de situación del bien «deberían ser las únicas competentes» porque «están en mejores condiciones que los otros Estados para decidir sobre la materia»<sup>52</sup>. Más adelante<sup>53</sup> siguen diciendo que es importante precisar que «todas las personas que quieran hacer eficaz la modificación de un derecho real sobre un bien inmueble deben dirigirse a las autoridades del lugar de situación del bien y deben seguir el procedimiento vigente en ese lugar; los franceses son todavía más duros pues, por un lado, sostienen «la necesidad de que sean las autoridades *rei sitae* quienes decidan las formalidades para la oponibilidad de las transmisiones sucesorias inmobiliarias», pero además indican que «no es posible, a falta de actos y formalidades idénticas en todos los Estados miembros, permitir el reconocimiento de documentos auténticos extranjeros que tengan el efecto de modificar los registros de la propiedad»<sup>54</sup>.

Las dudas acerca del acceso del certificado sucesorio europeo a los registros de bienes o de derechos hacen que el Parlamento Europeo en su Recomendación número 7, diga: «que el certificado constituirá el título para la transcripción de la adquisición por herencia en los registros públicos del Estado miembro de situación de los bienes, respetando las normas de este último Estado en lo que concierne al funcionamiento de estos registros y a los efectos e informaciones que contienen».

También el CES dice algo parecido al ocuparse de la inscripción directa en el registro y a la entrega a las autoridades competentes para registrar los derechos en materia inmobiliaria.

## 9. LAS RAZONES DEL CONTROL REGISTRAL DE LA DOCUMENTACIÓN EXTRANJERA

La razón de ser del control por parte de las autoridades del lugar de situación es la salvaguarda del derecho interno en el sentido del artículo 345 del Tratado UE antes transcrita. Ni la Comisión ni el Parlamento quieren inmiscuirse, como se viene sosteniendo, ni en el sistema de derechos reales (creación, declaración, modificación, transmisión y extinción) ni, menos aún, en el de publicidad jurídica de los derechos reales.

Como se ha puesto de relieve en la audiencia pública realizada por la Comisión sobre el Libro Verde de sucesiones<sup>55</sup>, «numerosas aportaciones temen que un procedimiento de reconocimiento automático (supresión de la totalidad de los procedimientos, incluso el *exequátur*) de los actos producidos por autoridades judiciales o extrajudiciales de otro Estado miembro, principalmente para la inscripción de un bien en el registro de la propiedad, alteren demasiado los procedimientos existentes en derecho interno».

En parecido sentido los holandeses<sup>56</sup> niegan la inscripción directa, sin control por considerarla desaconsejable e inconveniente porque perturbaría, más que favorecer, el comercio europeo. En el informe oficial el gobierno holandés no se opone a la inscripción «directa» del certificado sucesorio europeo, pero reservan a las autoridades del lugar de situación de los bienes el control del certificado<sup>57</sup>. Los finlandeses<sup>58</sup> dijeron que «no estamos convencidos de que la inscripción de bienes en el registro tenga aquí su lugar [en el Reglamento sucesorio]». Los alemanes señalaron que «las únicas competentes deberían ser las autoridades *rei sitae*, porque ellas están en mejores condiciones que los demás Estados para decidir sobre la materia». También los franceses indicaron<sup>59</sup> que: «La lógica parece militar a favor de la competencia de las autoridades del lugar de situación del inmueble para establecer los documentos necesarios para la modificación de los registros de la propiedad y para realizar actos de administración y transmisión de dominio».

El gobierno español dijo en su informe lo siguiente: «Las autoridades del lugar de situación de los inmuebles tienen una competencia reservada en estas materias en cuanto son cuestiones ligadas al sistema de adquisición del dominio y judicialmente presentan fúeros exclusivos. El lugar de situación del inmueble determina la *competencia administrativa* en relación a documentos públicos y registros inmobiliarios.

Asimismo, la administración y disposición de bienes inmuebles debe regirse, en todo caso, por el lugar de situación del inmueble, aunque sea otra la ley aplicable a la sucesión o la jurisdicción competente»<sup>60</sup>.

Sorprende algo esa confusión acerca de la «competencia administrativa» en relación a documentos públicos y registros inmobiliarios. Probablemente, salvo en el aspecto probatorio, los documentos públicos pertenezcan al ámbito

de la competencia administrativa, pero, como señala el artículo 1 de la LH, los asientos del registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, lo que implica, como han puesto de relieve tantos autores<sup>61</sup>, que el Registro de la Propiedad nada tenga que ver con los registros administrativos<sup>62</sup>. Al final es lo mismo que el resto de los Estados miembros, pero con otro desliz y falacia como el del inexistente «doble» control de legalidad efectivo, que, como tantas veces se ha dicho es sencillo: únicamente el registrador de la propiedad controla la legalidad de todos los documentos que sirven de vehículo a los derechos que pretenden inscribirse en el Registro de la Propiedad.

En el Reino Unido, incluidos Gales y Escocia, entienden que el modo y efectos de la inscripción (*registration*), son propiamente cuestiones de la *domestic law of property* más que de Derecho Sucesorio<sup>63</sup>. Por otro lado, la escritura notarial no es conocida en el Reino Unido a efectos sucesorios. Es el imprescindible administrador de la herencia (nombrado por el juez) quien redacta el documento que se inscribe. El título no es la herencia ni la declaración de heredero.

## 10. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El control del acceso al Registro de la Propiedad varía de unos Estados miembros a otros en función del sistema registral. En los registros de títulos es el autor del documento quien controla la adecuación del título a la legalidad (Francia, Argentina). Lo que se transcribe e incorpora al registro es el documento. En los registros evolucionados con eficacia de fe pública lo que se inscribe (que no transcribe<sup>64</sup>) son derechos, no documentos y es el registrador quien en exclusiva controla el acceso al registro (Alemania, España).

Italia propuso a través del notariado italiano<sup>65</sup>, para los certificados sucesorios que hubieran de inscribirse en Registros de la Propiedad situados fuera del Estado emisor, la creación de un anexo al certificado que acredite la conformidad con el orden público y con las disposiciones imperativas del Estado miembro requerido, expedido por la jurisdicción del Estado en cuya circunscripción se halla el registro o donde deba realizarse la inscripción o transcripción.

En los sistemas de control registral, que a la postre habrán de calificar y controlar el documento que contiene los derechos sucesorios con arreglo a la *lex rei sitae*, es totalmente superfluo el certificado en cuestión, pues no haría sino encarecer y dilatar el proceso de inscripción del certificado sucesorio.

El control ha de efectuarlo quien ostente la función de guardián de acceso al registro, lo cual en nuestro sistema es indudable: corresponde en exclusiva al registrador de la propiedad (art. 18 LH). Correspondría al registrador el examen de si el documento que pretende inscribirse es contrario o no al orden público

a efectos de lograr la inscripción. Si fuera contrario por darse alguno de los supuestos previstos en el Reglamento o por contradecir el ordenamiento de la *lex rei sitae*, el propio registrador rehusará (denegará o suspenderá) la inscripción. Tan es así que en el sistema finlandés el control se deja al encargado del catastro: «l'autorité pour l'action de laquelle la reconnaissance du jugement est importante, par exemple le *gestionnaire du cadastre*, pourrait vérifier elle-même s'il y a un motif de refus ou non»<sup>66</sup>.

## 11. LA LEGALIZACIÓN

En lo que sí están de acuerdo todos los países es en la necesidad de la supresión de la legalización. Como señala el Gobierno finlandés<sup>67</sup>: «la legalización o la formalidad correspondiente no deberían ser obligatorias. Sin embargo sería interesante encontrar un método simple que permita a la autoridad, que dude de la autenticidad de un acto, poder verificarlo». Creo que la forma electrónica, en el fondo, es la más segura a través de la firma electrónica certificada. Los franceses son partidarios también de la supresión de la legalización, pero siempre que se trate de documentos auténticos, es decir, notariales<sup>68</sup>. No parece que la posibilidad de falsificación sea menor en un documento notarial legalizado que en uno confirmado electrónicamente en el que se certifique la cualidad del fedatario firmante, incluso que en un documento no auténtico pero con firma electrónica<sup>69</sup>.

## 12. LAS CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN: ORDEN PÚBLICO Y LEGÍTIMAS

Según el artículo 35 del Reglamento que regula el orden público: «Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro».

Con relación al orden público cabe hacer las siguientes matizaciones<sup>70</sup>:

- a) Una de carácter general: su aplicación debe revestir carácter excepcional. El orden público aparece como límite al reconocimiento y aceptación de la legislación y el documento extranjero, pero siempre que contradigan «manifiestamente» orden público del foro. Así, en el Considerando 58 del Reglamento<sup>71</sup>, se excluye la aplicación de la ley extranjera «cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate»; el artículo 35 del Reglamento únicamente permite la exclusión de ley aplicable cuando sea «manifiestamente incompatible» con el orden público del foro; en el mismo sentido (manifiestamente incompatible) se

pronuncia el artículo 40 en cuanto a la denegación del reconocimiento de resoluciones contrarias al orden público del Estado miembro requerido; lo mismo dice el artículo 59.1 en cuanto a la aceptación de documentos públicos; el artículo 60.3 para la negación de fuerza ejecutiva a los documentos públicos por los tribunales también exige que la contradicción entre el documento y el orden público sea *manifesta*; lo mismo establece el artículo 61.3 para las transacciones judiciales. También el «Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano»<sup>72</sup> respeta el orden público para el reconocimiento de documentos dentro de la UE junto con las peculiaridades de los sistemas judiciales y la tradiciones nacionales en ese ámbito<sup>73</sup>.

Pero no cabe excluir la ley extranjera ni la denegación del reconocimiento o la aceptación, o ejecución de 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.

- b) La falta de coincidencia entre la *lex successionis* y la *lex rei sitae* en materia de legítimas, no puede justificar por sí sola la exclusión de la aplicación o el reconocimiento de la norma extranjera. Por otro lado, la existencia de menores, mayores o discapacitados en la sucesión debe tenerse en cuenta para poder aplicar la norma más favorable en todo caso.
- c) El control del orden público en materia inmobiliaria debe realizarse por el encargado del registro tanto por su proximidad a la legislación del lugar, como por su especificidad, los conocimientos específicos en la materia y por el bajo coste comparativo con otros controles. En cualquier caso será el Estado del lugar de situación del bien quien determine la competencia en este aspecto.
- d) No es este lugar para entrar en detalles, pero el orden público puede intervenir en materia sucesoria en cuestiones como la sucesión de los concubinos; las discriminaciones en contra de homosexuales (Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda), esta cuestión y la anterior ligadas a la tutela de los derechos humanos y la discriminación cuando ello 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; las segundas nupcias navarras; la sucesión a favor de los hijos adulterinos o sacrilegos y un etcétera no muy largo, pero tampoco corto, al que habría de añadirse la sucesión a favor del Estado (del lugar de situación de los bienes) o de las Comunidades Autónomas, Regiones o Länders.
- e) La discriminación legitimaria tiende a su desaparición y, además, en Estados plurilegislativos como el nuestro donde conviven sistemas de

absoluta liberalidad como el navarro (salvo para las segundas nupcias) con otros de legítima larga (castellano) no cabe alegar orden público alguno, a no ser que se entienda que el sistema legitimario lo es allí donde radique el bien. Además, como señala la diferencia entre las leyes relativas a la protección de los intereses legítimos de las personas próximas al causante no podría justificar su intervención, lo que sería incompatible con el objetivo de garantizar la aplicación de una única ley al conjunto de los bienes de la sucesión».

- f) No debe olvidarse la conexión régimen matrimonial con el sucesorio y los problemas que pueden producirse en relación con la protección del viudo. En nuestro sistema interregional no debe omitirse el régimen aragonés y su derecho expectante (art. 14 CC).

### 13. LA DEFENSA DE LA APARIENCIA

En el artículo 69 se regulan los efectos del certificado sucesorio siguiendo, como se ha dicho, el Derecho alemán.

Suele ser lugar común afirmar que los efectos del certificado sucesorio son los mismos que derivan de nuestro artículo 34 LH. Probablemente el origen de la afirmación en nuestro derecho sean las traducciones españolas de algunas obras alemanas<sup>74</sup>. Sirva de ejemplo el siguiente texto: «El efecto del certificado sucesorio consiste, lo mismo que el de una inscripción en el Registro Inmobiliario, en dar lugar a una presunción de derecho en favor del que es acreditado como heredero, y en la protección de los terceros de buena fe. Los preceptos respectivos están inspirados en los 891-893»<sup>75</sup>.

La afirmación, por extendida, no debe tomarse al pie de la letra: *a)* porque el certificado sucesorio solo actúa frente a adquisiciones hereditarias de bienes concretos que figuren en el mismo (§ 2366 del BGB). La presunción solo fundamenta una presunción de que el designado es heredero del causante. No es la base de ninguna presunción de que un determinado objeto pertenezca al caudal relicito; *b)* porque admite prueba en contrario<sup>76</sup>, y *c)* porque la certificación hereditaria no otorga ninguna presunción sobre la efectividad de las cláusulas que se hacen constar; únicamente excluye la presunción de que no existen. La falta de legados, modos, deudas de legítimas no se presumen, puesto que tales obligaciones, aunque sean evidentes al Juzgado, no pertenecen al documento. La presunción tampoco se refiere a que un coheredero, que se haga constar en la certificación hereditaria, no haya enajenado su participación.

Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de adquisiciones intraregistrales tanto el Derecho español como el alemán (no se ovide que el Reglamento salva siempre el registro *rei sitae*) salvan siempre la buena fe del tercero y el carácter oneroso de la adquisición. En España, además, dando más seguridad y ante la

ausencia de la intervención judicial se exige el transcurso de dos años para que opere la plena protección del artículo 34 (art. 28 LH).

En cuanto a la buena fe del tercero, el Reglamento podría haberla definido de alguna manera para evitar discusiones, pues, de otro modo, tendría que acudirse, sin dudas, al sistema del Registro de la Propiedad del Estado correspondiente<sup>77</sup>.

Las presunciones que a favor del titular del certificado sucesorio establece el Reglamento tienen, en materia inmobiliaria registral el límite del artículo 345 del Tratado, tal como antes se ha señalado, y como reconoce la Exposición de Motivos del Tratado. Frente a la presunción de exactitud caben los recursos de los artículos 71 y 72.

No se olvide que en el modelo legislativo seguido, el alemán, la presunción admite prueba en contrario. El juez del proceso debe admitirla. En el Derecho Registral Inmobiliario rige (LRI 36 prop. 1) el principio de que la prueba de la sucesión hereditaria únicamente puede llevarse a cabo mediante una certificación de heredero. Si la sucesión hereditaria descansa en una disposición por causa de muerte que está contenida en un documento público, entonces basta la presentación de este documento y del acta de la apertura de la disposición; pero el Registro de la Propiedad puede, cuando considera que con ello no se ha hecho prueba de la sucesión hereditaria, exigir una certificación de heredero (LRI prop. 2). Una certificación de heredero siempre es necesaria si la prueba del derecho hereditario debe hacerse, además, mediante prueba de la repudiación de la herencia por un llamado como fiduciario o fidicomisario o la ulterior desaparición de alguno de ellos<sup>78</sup>.

El registrador no está atado al contenido del certificado sucesorio, si le son conocidos hechos de los que resulta su inexactitud. En tal caso, puesto que está contradicha la presunción del 2.365, puede rechazar la solicitud de inscripción y pedir la presentación de un nuevo certificado sucesorio.

En nuestro derecho junto al certificado sucesorio deberá acompañarse, si se trata de varios herederos, partición hereditaria correspondiente (arts. 76 a 82 del RH), sea española o de cualquier otro Estado miembro (arts. 4 LH y 36 RH) sin que se precisen más documentos, pues el testamento o la declaración de herederos se anexarán al certificado y si se trata de heredero único bastará con la instancia y el certificado sucesorio al que se anexe el testamento. Tratándose de legatarios haría falta la entrega del legado. Se precisaría una leve modificación legislativa de los preceptos citados para respetar el sistema inmobiliario español que, se insiste, no queda afectado por el Reglamento. Todo ello según los preceptos indicados y el sistema de adquisición hereditaria de nuestro Derecho.

El registrador, en el Estado español, calificará el certificado sucesorio, controlará la totalidad de los aspectos y extremos del mismo, así como de la partición o aceptación si existieran, y procederá, previa acreditación del pago de los impuestos correspondientes, según los tratados suscritos entre el Estado

español y el tercero donde hubieran podido pagarse, en su caso, y procederá, sin más trámites ni costes transaccionales a la inscripción.

#### 14. EL HEREDERO APARENTE. EL ARTÍCULO 28 LH

La situación del heredero aparente surge de la inexistencia de alguno de los presupuestos necesarios para que se produzca la adquisición hereditaria: la aparición de un nuevo testamento, la declaración de nulidad del que dio lugar al nombramiento de heredero, la ineficacia de la declaración de heredero al aparecer otro pariente con mejor derecho, o de alguien que determine otra proporción en la adquisición; la existencia de vicios del consentimiento en la aceptación<sup>79</sup> o incluso el hecho de la propia muerte del causante en los supuestos de ausencia.

La debilidad del título hereditario se refuerza, en materia inmobiliaria, dentro del Derecho español con el artículo 28 LH que establece una «suspensión» de efectos de la fe pública del artículo 34<sup>80</sup>. El tercer adquirente de un titular hereditario es un tercero claudicante durante dos años. Es una disposición en beneficio del heredero real de la que carecen los Estados con certificado sucesorio y ello, como se ha señalado por la doctrina<sup>81</sup>, porque esta disposición representa un resorte cautelar que se fundamenta en la desconfianza que suscita la situación del transferente como consecuencia de la debilidad de su título hereditario, dada la ausencia de un procedimiento general para emitir con suficientes garantías certificados que acrediten de modo absoluto e incontestado la condición de heredero, lo que impide asegurar a los terceros que el heredero voluntario inscrito del que traen causa, no sea un titular aparente o, cuando menos, claudicante<sup>82</sup>.

No se olvide que durante el plazo de los dos años del artículo 28 LH frente al adquirente del heredero aparente, el heredero real tiene sus acciones civiles, que no hipotecarias, fundamentalmente la *hereditatis petitio*, pero si surge un tercero hipotecario por el transcurso de esos dos años, el tercero del artículo 34 siempre quedará protegido por el carácter de su adquisición *a non domino*, si reúne los requisitos del citado precepto<sup>83</sup>.

En Derecho catalán (considérese a efectos del art. 30 del Reglamento) han de tenerse en cuenta los artículos 464.15 (si ha concurrido a la partición un heredero aparente, la parte que se le ha adjudicado debe adicionarse a la de los demás coherederos, si procede, en proporción a sus cuotas. Sin embargo, la mayoría de los coherederos, según el valor de su cuota, pueden acordar dejar la partición sin efecto para que vuelva a hacerse) y 465.2 del Codi de Sucessions aprobado por Ley del Parlamento catalán 10/2008, de 10 de julio<sup>84</sup>. En realidad la regulación ya aparecía en el artículo 275 de la Compilación, de 19 de julio de 1984, y en el artículo 64.4 del Codi de Sucessions, de 30 de diciembre de 1991<sup>85</sup>.

El sistema del artículo 28 rige también en Cataluña como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución española.

No habría estado de más que en un sistema como el vigente en los Estados miembros sin un registro general de actos de última voluntad fiable, y hasta tanto se consolide un registro europeo de testamentos se hubiera adoptado en el reglamento un período de vacancia similar al español en protección del heredero aparente. En todo caso la no injerencia en el sistema inmobiliario de los Estados miembros hace que la garantía del heredero aparente en nuestro registro perdure aun con la redacción del Reglamento. Proporcionar un arma tan fuerte como el certificado sucesorio sin las garantías existentes en nuestro sistema más que agilizar el tráfico redundaría en la inseguridad del mismo.

## CONCLUSIONES

I. El Reglamento trata de que todos los Estados miembros tengan un certificado de heredero con la misma forma. La adopción de una directiva sería insuficiente por el margen que se deja a los Estados miembros para la transposición, lo que implicaría correr el riesgo de comprometer el logro del objetivo pretendido.

El reglamento sobrepasa su función normativa al regular cuestiones sobre aspectos materiales como cuando se ocupa indirectamente de las legítimas (art. 29) o, directamente, de la conmociencia (art. 32).

II. Se cumple estrictamente con el principio de subsidiariedad, así como la proporcionalidad del instrumento empleado y la no injerencia del Derecho comunitario en los derechos materiales nacionales pues no se pretende una unificación de los mismos, sino una armonización de las normas de derecho internacional privado. Otro objetivo no habría sido admitido por las grandes diferencias entre ordenamientos sucesorios que antes se apuntaba.

Para cumplir con el principio de subsidiariedad imperante en el Derecho comunitario el certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares.

Debería haber un único certificado sucesorio europeo. Si existiera más de uno únicamente sería por error. De existir un certificado europeo y otro nacional habría que dar prevalencia al primero.

III. Implica la declaración de la autoridad de que las personas citadas son reconocidas como herederas o legatarias, a reserva de las acciones de nulidad, petición de herencia o reducción. El certificado sucesorio, como el acta de notoriedad, se funda en una apreciación provisional de la sucesión y no excluye que otras personas estén legitimadas sobre el fondo. La presunción de veracidad a favor del heredero aparente, por más buena fe que este tenga, no excluye la posible existencia del heredero real. La realidad y los hechos son muy tozudos, salvo para el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que adquiere de titular registral un inmueble y lo inscribe a su favor.

La finalidad del certificado es la de legitimar al heredero o legatario frente a terceros como sucesor del causante. En el fondo, en el ámbito de la UE es lo mismo, pero además se trata de eliminar la reiteración de trámites e intervenciones judiciales y notariales, con el coste de transacción y de tiempo que ello implica a través de un certificado sucesorio europeo armonizado. No es otra cosa, en este caso, que la solución a problemas de reconocimiento y ejecución abreviados, sin *exequátor* ni legalización alguna.

IV. El nuevo Reglamento establece la frontera entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Propiedad. Según el artículo 345 (antiguo art. 295 TCE) del Tratado consolidado de la UE: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». De este precepto deducen la unanimidad de los autores que la subsidiariedad y la no injerencia de la UE en los sistemas de propiedad alcanzan también al registro de la propiedad, como luego se expone. La UE no debe intervenir en las reglas de los Estados miembros que regulan el régimen de la propiedad.

Serán las leyes del Estado en que se encuentren los inmuebles las que determinen los derechos reales admisibles, su extensión y límites, la forma de adquisición, la de publicidad.

También se excluyen del ámbito de aplicación del 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.

La posibilidad del *numerus apertus* en nuestro sistema, junto con el respeto por la tipología de los derechos y la figura de la adaptación en derecho internacional posibilitaría la aceptación en nuestro sistema de figuras desconocidas por el legislador. Piénsese en los primeros tiempos del *leasing* o en los inicios del derecho de sobreelevación.

V. Al Registro de la Propiedad solo deben acceder en nuestro sistema títulos perfectos o con grandes posibilidades de serlo. Para ello se exige que la documentación sea fiable y la calificación del registrador encargado del registro. En algunos casos, en materia sucesoria, la fiabilidad resulta del título testamentario sin otro requisito que una instancia en la que se describan los bienes incluidos en la sucesión.

Debidamente documentada la herencia extranjera se somete el documento que la contiene a un doble control que realiza el registrador de la propiedad: *a)* el control formal o externo que determina la autenticidad del documento (legalización o apostilla y traducción oficial, salvo lo dispuesto en el art. 37 RH), y *b)* el control interno de la forma, capacidad dispositiva y validez de los actos dispositivos, según exige el artículo 18 de la LH, y *c)* control de fiscalidad que exige el artículo 254 LH.

VI. Solo podrá excluirse con carácter excepcional la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si

esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro. Revestir carácter excepcional. El orden público puede intervenir en materia sucesoria en cuestiones como la sucesión de los concubinos o las discriminaciones en contra de homosexuales (Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda).

El control del orden público en materia inmobiliaria debe realizarse por el encargado del registro tanto por su proximidad a la legislación del lugar, como por su especificidad, los conocimientos específicos en la materia y por el bajo coste comparativo con otros controles. En cualquier caso será el Estado del lugar de situación del bien quien determine la competencia en este aspecto.

VII. Suele ser lugar común afirmar que los efectos del certificado sucesorio son los mismos que derivan de nuestro artículo 34 LH. Probablemente el origen de la afirmación en nuestro derecho sean las traducciones españolas de algunas obras alemanas.

La afirmación, por extendida no debe tomarse al pie de la letra: *a)* porque el certificado sucesorio solo actúa frente a adquisiciones hereditarias de bienes concretos que figuren en el mismo. La presunción solo fundamenta una presunción de que el designado es heredero del causante. No es la base de ninguna presunción de que un determinado objeto pertenezca al caudal relicto; *b)* porque admite prueba en contrario, y *c)* porque la certificación hereditaria no otorga ninguna presunción sobre la efectividad de las cláusulas que se hacen constar; únicamente excluye la presunción de que no existen.

Se mantiene sin alteración (no injerencia y respeto a la regulación interna del registro de la propiedad). No habría estado de más que en un sistema como el vigente en los Estados miembros sin un registro general de actos de última voluntad fiable, y hasta tanto se consolide un registro europeo de testamentos se hubiera adoptado en el reglamento un periodo de vacancia similar al español en protección del heredero apparente (art. 28 LH).

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZALO, Santiago: «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», en *AEDI*, 2011, pág. 371 y bibliografía allí citada.
- BINDER, Julius: *Derecho de Sucesiones*, traducido de la segunda edición alemana, por LACRUZ BERDEJO, Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1953, II, § 14, y DREWES, KGBI 1926, págs. 62 y sigs.
- BOUZA VIDAL, Nuria: *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.
- CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, 2.<sup>a</sup> ed., Tomo I, Madrid, 1997.  
— *Consiglio del Notariato Italiano en su «contribution» al Libro Verde*.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: *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*.

- DÍEZ PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, págs. 284-294.
- DÖRNER, Heinrich, y LAGARDE, Paul: *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Étude pour la Commission des Communautés Européennes*. Direction Générale Justice et Affaires intérieures, pág. 107 y sigs.
- ENNECERUS, KIPP y WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, T. 5.º, vol. II, 2.ª ed. española a cargo de PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., Barcelona, 1976, pág. 177.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M.: «La protección registral del tercer adquirente de un heredero voluntario: un supuesto de excepción a la fe pública registral», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2000, págs. 258 y sigs.
- FONT SEGURA, A.: «Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial», en *Perspectivas de derecho sucesorio europeo*, cit., pág. 79.
- GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, T. II, Madrid, 1880. GARCÍA GARCÍA \*.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: Revista en Noticias de la Unión Europea: «El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de Bienes Inmuebles», núm. 265, 2007.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Artículo 12, apartado 3 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, págs. 894-826. ISBN: 84-7130-826-6.
- LEYVA DE LEYVA, J. A.: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, marzo-abril de 1989, págs. 261-308.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, págs. 120 y sigs.
- MELÓN INFANTE, F.: *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones a non domino, de bienes muebles)*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 75, principalmente.
- QUINZA REDONDO, P. y CHRISTANDL, G.: *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*.
- REVILLARD, M.: «L'Introduction d'un Certificat International d'Héritier et la Pratique du Droit International Privé des Successions», en *Les Successions Internationales dans l'UE*.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.: *La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero*, págs. 175 a 218.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S.: «La propuesta de Reglamento de Sucesiones de la Unión Europea y su proyección en el Registro de la Propiedad: blogautoritas.es. En el Notariado: En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo», FUGARDO ESTIVILL, J. M., Barcelona, 2010.
- VIÑAS, R. y GARRIGA, G.: *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, (coords.), Madrid, 2009.

## NOTAS

<sup>1</sup> Así, el artículo 81.2.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>2</sup> De este asunto, aunque no con referencia a sucesiones, me ocupé en la revista en *Noticias de la Unión Europea. El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de Bienes Inmuebles*, núm. 265, 2007.

<sup>3</sup> DO C 53 de 3-3-2005, pág. 1.

<sup>4</sup> En este sentido, vid. ÁLVAREZ GONZALO, Santiago, «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», en *AEDI*, 2011, pág. 371 y bibliografía allí citada.

<sup>5</sup> Recibió porque había encargado. En ocasiones, como se verá, se observa con toda claridad en la propuesta de reglamento, «la mano que mece la cuna», que en el caso fue el lobby notarial europeo.

<sup>6</sup> Además de la bibliografía concreta que se citará en las notas cabe recordar, en Derecho español la obra colectiva, *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coors.), Madrid, 2009, especialmente RODRÍGUEZ BENOT, A., «La acreditación de la calidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero», págs. 175 a 218. Entre los registradores de la propiedad cabe consultar RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S., *La propuesta de Reglamento de sucesiones de la Unión Europea y su proyección en el Registro de la Propiedad: blogautoritas.es*. En el Notariado, *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, FUGARDO ESTIVILL, J. M. Barcelona, 2010.

La bibliografía europea no española es amplia, sobre todo la alemana.

<sup>7</sup> Segundo el censo de 2009, el 12 por 100 de los residentes en España era de nacionalidad extranjera. A causa de la crisis económica que atraviesa España, del 2010 al 2011 se produjo un descenso de 37.056 personas en cifras absolutas.

En 2011, la población de origen foráneo representaba el 14,1 por 100 de una población total registrada de 47,1 millones de personas. Esta cifra contrasta con la de los años noventa, cuando el número era de cerca de un millón y su porcentaje rondaba el 2,5 por 100 de la población total. Durante la última década el origen de los inmigrantes se ha diversificado. En enero de 1998, los inmigrantes provenientes de la UE-15 constituyan el 41,3 por 100 del total de residentes no nacidos en España. En enero de 2011, su porcentaje suponía menos del 20 por 100. Al mismo tiempo, el mayor aumento lo registraban los inmigrantes de países europeos no incluidos en la categoría UE-15, especialmente aquellos provenientes del este europeo.

El número de inmigrantes europeos de países fuera de la UE-15 entre 1998 y 2011, y su peso porcentual en el total de la inmigración pasó de 6,6 a 21 por 100. Considerando los países de origen de la inmigración vemos que en 1998 las cinco nacionalidades dominantes eran marroquíes (190.497), franceses (143.023), alemanes (115.395), británicos (87.808) y argentinos (61.323). En 2011 esta lista era: rumanos (809.409), marroquíes (766.187), ecuatorianos (478.894), británicos (392.577) y colombianos (372.541).

<sup>8</sup> El Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Oxford de 1880 y, desde ahí, los convenios de La Haya de 1893, 1894, 1904 y 1905 y los más recientes de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la Administración Internacional de las Sucesiones y Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte.

<sup>9</sup> Para el Estado español se aceptó la subsidiariedad mediante resolución de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 9 de diciembre de 2009 (*BOCG* de 22 de diciembre de 2009 en aplicación del denominado *Sistema de Alerta Temprana*). Recuérdese que el artículo 5 del Tratado UE dispone que: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

<sup>10</sup> En este sentido, vid. el punto 1.3 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a

la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo» COM(2009) 154 final.

<sup>11</sup> Recuérdese que el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte —en el que sí se fijan puntos de conexión para la determinación de la ley aplicable a las sucesiones hereditarias—, no ha logrado entrar en vigor puesto que únicamente lo han firmado cuatro Estados y solo uno —los Países Bajos— lo ha ratificado.

<sup>12</sup> *Artículo 36. Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes.*

En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

El artículo 38 establece la inaplicación del Reglamento, respetando así las normas de Derecho interno, a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

<sup>13</sup> Con razón critican QUINZA REDONDO, P. y CHRISTANDL, G., en *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, www.indret.com, Barcelona, 2013, donde señalan que: «Uno de los mayores interrogantes que el método de remisión “subsidiario” plantea en nuestro sistema es especificar qué concreto Derecho Civil español resulta de aplicación cuando un extranjero fallece en España sin haber elegido la ley de su nacionalidad. Este problema resulta particularmente relevante para los extranjeros que fallecen teniendo residencia habitual en España, a la vista de que en el ordenamiento jurídico español la sujeción al Derecho Civil Común o Foral viene determinada por la vecindad civil (art. 14.1 CC)». Como soluciones señalan la posibilidad de aplicar: a) derecho común; b) aplicar el artículo 12.5 del Código Civil de forma analógica, o c) el artículo 36.2 del reglamento estudiado, pronunciándose en favor de esta tercera posibilidad.

<sup>14</sup> Sobre estas cuestiones, puede verse una exposición breve relativa a muchos países europeos sobre la eficacia de la declaración de herederos, *statutory declaration* o certificado sucesorio en REVILLARD, M., *ob. cit.*; RODRÍGUEZ BENOT, A., «La acreditación de la calidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero», págs. 190 y sigs., en *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*; VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coords.), Madrid, 2009, y Heinrich DÖRNER et Paul LAGARDE, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Étude pour la Commission des Communautés Européennes*. Direction Générale Justice et Affaires intérieures, págs. 107 y sigs.

<sup>15</sup> Recuérdese que en España coexisten la declaración judicial de herederos con el acta notarial de declaración de herederos.

<sup>16</sup> Traducción libre del autor del texto: «1. Les décisions, les mesures ou les documents relatifs à une succession, de même que les droits qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger, sont reconnus en Suisse:

a) lorsqu'ils ont été rendus, pris, dressés ou constatés dans l'Etat du dernier domicile du défunt ou dans l'Etat au droit duquel le défunt a soumis sa succession ou s'ils sont reconnus dans un de ces Etats, ou

b) lorsqu'ils se rapportent à des immeubles et ont été rendus, pris, dressés ou constatés dans l'Etat dans lequel ces biens sont situés ou s'ils sont reconnus dans cet Etat.

2. S'agissant d'un immeuble sis dans un Etat qui revendique une compétence exclusive, seuls les décisions, mesures ou documents émanant de cet Etat sont reconnus.

3. Les mesures conservatoires prises dans l'Etat du lieu de situation des biens du défunt sont reconnues en Suisse».

<sup>17</sup> Livre vert sur le droit successoral et testamentaire COM(2005) 65 final. Réponses du ministère finlandais de la justice, pág. 10.

<sup>18</sup> Heinrich DÖRNER et Paul LAGARDE, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*. Étude pour la Commission des Communautés Européennes Direction générale Justice et Affaires intérieures.

<sup>19</sup> Texto legal: 892. Toute personne intéressée peut demander au greffier du tribunal où le défunt avait son domicile ou à un notaire, des lettres de vérification destinées à servir hors du Québec pour prouver sa qualité d'héritier, de légataire particulier ou de liquidateur de la succession.

<sup>20</sup> En este sentido, el Consejo de Notarios de la Unión Europea dice: «Los notarios de Europa observan que el artículo 36 de la Proposición [de Reglamento] establece que el certificado no sustituye a los procedimientos internos. Sin embargo, advierten que igualmente que la Comisión desea que el certificado produzca de la misma manera sus efectos en el Estado miembro cuyas autoridades lo han emitido, sin precisar que este certificado no puede emitirse sino cuando se den elementos de extranjería». Más adelante proponen la siguiente redacción: «A fin de asegurar la libre circulación de las pruebas de la calidad de heredero y de los poderes de los ejecutores testamentarios o terceros administradores, sin que sea necesario recurrir a un procedimiento intermedio en el Estado miembro de la ejecución, se crea un certificado sucesorio europeo».

<sup>21</sup> MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW. «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», pág. 120 y sigs.

<sup>22</sup> Como señalan ENNECERUS, KIPP y WOLF (*Tratado de Derecho Civil*. T. 5.<sup>º</sup>, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed. española a cargo de PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., Barcelona, 1976, pág. 177).

<sup>23</sup> Según el artículo 64: La autoridad expedidora deberá ser: *a) un tribunal, tal como se define en el artículo 3, apartado 2, o (sic) b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*.* Normalmente el notario, aunque en Dinamarca, donde no rige el Reglamento (cfr. Considerando 83 del Reglamento), pueden expedirlo los abogados.

<sup>24</sup> No se ocupa el presente trabajo de ejecutores testamentarios o administradores de la herencia. La previsión, aunque vale para los derechos germánicos y latinos (albaceas) está hecha fundamentalmente pensando en los Estados de derecho sajón que, como señala el Considerando 82: «De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo número 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del presente Reglamento y no quedan vinculados por él ni sujetos a su aplicación».

<sup>25</sup> Con el certificado sucesorio quedará en el olvido la extravagante y errónea doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2005, anulada por sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 2007, y ratificada por la STS de 19 de junio de 2012, entendiendo que la fuerza «con arreglo a las leyes» del artículo 4 de la Ley Hipotecaria son las normas de Derecho Internacional Privado (art. 323 de la LEC) y no los requisitos de la legislación notarial española. Puede verse mi crítica a esa resolución en esta misma revista, *El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de Bienes Inmuebles*, núm. 265, 2007, págs. 101 a 110 y, sobre todo ÍRIARTE DE ÁNGEL, J. L. en la crítica que realiza a esta sentencia en este mismo número de la revista Noticias UE.

<sup>26</sup> Para un estudio más detallado BINDER, Julius, *Derecho de Sucesiones*, traducido de la segunda edición alemana, por LACRUZ BERDEJO, Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1953, II, § 14, y DREWES, KGBI 1926, págs. 62 y sigs.

<sup>27</sup> El § 2356 BGB (Prueba de exactitud de las indicaciones) dispone: «*Prueba de exactitud de las indicaciones.* 1. El solicitante ha de probar por documento público la exactitud de las

indicaciones hechas en conformidad con el 2354,1, núms. 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup>, y párrafo 2, y en caso del 2355 ha de exhibir el documento en que descansa su derecho hereditario. Si los documentos no pueden obtenerse, o solo con desproporcionadas dificultades, basta la indicación de otros medios de prueba.

2. En relación con las restantes indicaciones necesarias según los 2354 y 2355, el solicitante ha de asegurar mediante juramento ante el Tribunal o ante un notario que no es conocido para él nada que vaya en contra de la exactitud de sus indicaciones. El tribunal de testamentarías puede dispensar la aseveración si no la considera necesaria.

3. Estas disposiciones no se aplican siempre que los hechos sean notorios para el Tribunal de testamentarías». Por su parte el § 2358 del mismo BGB establece: «2358. *Investigaciones del caudal relictio*. 1. El Tribunal de testamentarías, con aprovechamiento de los medios de prueba indicados por el solicitante, ha de disponer de oficio las pesquisas necesarias para la fijación de los hechos y admitir la prueba que parezca adecuada

2. El Tribunal de testamentarías puede ordenar un requerimiento público para la aducción de los derechos hereditarios correspondientes a otras personas; la clase de publicación y la duración del plazo de aducción se determinan según las disposiciones existentes para el procedimiento intimatorio».

<sup>28</sup> Bien es verdad que el Gobierno de la RFA sostenía que el certificado debía inspirarse fundamentalmente en las normas del BGB. Nada de subterfugios. Y así fue. De nuevo se germaniza Europa.

<sup>29</sup> *Artículo 10. Competencia subsidiaria.*

1. Aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que:

- a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto,
- b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual.

2. 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.

<sup>30</sup> «Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.

El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él».

<sup>31</sup> Puede verse el trabajo de Heinrich DÖRNER et Paul LAGARDE antes citado, encargado por la Comisión al Deutsches Notarinstitut y las numerosas colaboraciones de instituciones notariales europeas en la Audiencia Pública convocada por la Comisión sobre el Libro Verde.

<sup>32</sup> Vid., por todos, REVILLARD, M., «L'Introduction d'un Certificat International d'Héritier et la Pratique du Droit International Privé des Successions, en *Les Successions Internationales dans l'UE*. Así, por ejemplo, olvidando a jueces, abogados y registradores de la propiedad, señala: «De tous les praticiens du Droit, le notaire est sans doute celui qui est le plus souvent confronté aux problèmes de droit international privé de la famille. Dans ce domaine, les successions internationales occupent une place importante du droit international privé notarial».

<sup>33</sup> El Consiglio del Notariato Italiano en su «contribution» al Libro Verde señalaba que: «On pourrait donc introduire une phrase qui préciserait que par “autorisé juridictionnelle” on entend “toutes les autorités des Etats membres compétentes pour les matières relevant du champ d’application” du règlement (de même l'article 2, règlement 2201/2003). En ce sens,

les dispositions de l'article 2 de l'Avant-projet nous semblent conformes aux précédents règlements dès lors qu'elles énoncent que par "juridiction" on entend "toute autorité judiciaire ou toute autre autorité publique ou tout délégate desdites autorités, notamment les notaires, des Etats membres compétentes dans les matières relevant du champ d'application du règlement". Cette formulation tient compte du rôle d'autorités différentes des tribunaux en matière de successions».

<sup>34</sup> Afirmación no predictable de los corredores de comercio asimilados a notarios por un poco acertado Real Decreto, sin perjuicio de honrosas excepciones como la de Fugardo ESTIVILL.

<sup>35</sup> El artículo 6 de la Convención de La Haya sobre administración de sucesiones de 2 de octubre de 1973, habla de que «cada Estado elige la autoridad judicial o administrativa competente para librar el certificado».

<sup>36</sup> Vid. el informe antes citado.

<sup>37</sup> La sentencia declaró que la República Federal de Alemania [al igual que Austria, Luxemburgo, Portugal, Grecia y Bélgica], al adoptar una medida como la prevista en el artículo 5 del código federal del notariado, modificado por la Ley de 26 de marzo de 2007, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales alemanes, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

<sup>38</sup> Además del precepto antes citado, el Considerando (20) del Reglamento dice que: «El presente Reglamento debe respetar los distintos sistemas para sustanciar sucesiones que se aplican en los Estados miembros. A efectos del presente Reglamento, se debe dotar al término "tribunal" de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal. Todos los tribunales tal como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo. En cambio, el término "tribunal" no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro que, en virtud del Derecho nacional, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros, en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen funciones jurisdiccionales».

<sup>39</sup> Versión del Diario Oficial núm. C 83 de 30-3-2010.

<sup>40</sup> También la Propuesta de Reglamento de 2009 excluía con toda claridad de la aplicación del Reglamento los derechos reales y la organización, régimen y efectos del Registro de la Propiedad. Entre los considerandos relativos a este extremo, cabe destacar los siguientes: En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento se dice: «La letra j) precisa que el Reglamento se aplica a la adquisición por vía sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido de dicho derecho. El Reglamento no afecta al *numerus clausus* de derechos reales de los Estados miembros, a la cualificación de los bienes y derechos ni a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos. Por consiguiente, no es válida, en principio, la constitución de un derecho real no reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de situación del bien. La legislación sucesoria no puede tener como consecuencia la introducción en el Estado del lugar en que está situado un bien de un fraccionamiento o una modalidad de derecho de propiedad no reconocido por dicho Estado. A título de ejemplo, no es posible introducir un usufructo en un Estado que no reconozca esa figura. En cambio, la excepción no se aplica a la transferencia por vía sucesoria de un derecho real reconocido en el Estado miembro en el que está situado el bien».

Se excluye igualmente la publicidad de los derechos reales, en particular el funcionamiento del Registro de la Propiedad y los efectos de la inscripción o no inscripción en dicho registro».

Por su parte, el Considerando número 10 de la misma Propuesta dice: «Si bien en el presente Reglamento se ha de abordar la forma en que se adquiere un derecho real sobre

los bienes corporales e incorporales tal como prevé la ley aplicable a la sucesión, deben ser las normas nacionales de conflictos de leyes las que establezcan la lista restrictiva (*numerus clausus*) de derechos reales que reconoce el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, cuestión que se rige, en principio, por el principio de *lex rei sitae*. También debe excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento la publicidad de estos derechos, en particular el funcionamiento del Registro de la Propiedad Inmobiliaria y los efectos de la inscripción o no inscripción en el mismo, aspectos que regula igualmente la legislación local».

El Considerando número 15 de la Propuesta específicamente se dedica al Registro de la Propiedad: «Dada la estrecha imbricación entre la dimensión sucesoria y la dimensión relativa a los derechos reales, el presente Reglamento ha de establecer la competencia excepcional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar en que esté situado el bien cuando la legislación de dicho Estado exija la intervención de sus órganos jurisdiccionales para adoptar medidas que atañan al derecho real relativas a la transmisión de dicho bien y a su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria».

<sup>41</sup> Aspectos jurídicos de la Propuesta 3.3: «Principio de proporcionalidad e instrumentos elegidos».

<sup>42</sup> Pág. 10.

<sup>43</sup> FONT SEGURA, A., «Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial», en *Perspectivas de Derecho Sucesorio europeo*, cit., pág. 79.

<sup>44</sup> SSTS: 11-12-1992; 17-7-1998; 20-7-1998; 16-12-2004 ó 27-5/2009.

<sup>45</sup> Vid. Resoluciones 11-4-1930, 23-11-1934, 13-5-1936, 1-3-1939, 25-12-1943, 21-12-1943, 4-5-1944, 27-3-1947, 27-10-1947, 31-5-1951, 19-5-1952, 29-3-1955, 1-9-1959, 20-9-1966, 26-6-1987, 24-3-2007, 15-9-2009, 28-9-2010 ó 3-6-2011.

<sup>46</sup> DÍEZ PICAZO, L. «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, págs. 284-294.

<sup>47</sup> Sobre esta cuestión, vid. BOUZA VIDAL, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho Internacional privado e interregional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977. Más específicamente, en esta misma revista, DÍAZ FRAILE, J. M., *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*.

<sup>48</sup> De nuevo la mano que mece la cuna logró introducir una absurda y torticera modificación frente a la redacción de la Propuesta de Reglamento que para nada se refería a la intervención notarial en el procedimiento registral, cosa perfectamente lógica, entre otros motivos por la posibilidad en algunos ordenamientos, como el danés o el nuestro (art. 14 LH), de la inscripción de instancias sin intervención notarial alguna. De todas maneras poco puede el considerando frente al texto legal del Reglamento que en el artículo 1.2.l) excluye, como no podía ser de otra manera, de la 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». La inclusión de referencia carece de todo sentido en general y, en nuestro sistema concreto, nada pretende frente al artículo 18 LH.

<sup>49</sup> Por cierto que en la página de la UE [http://www.successions-europe.eu/es/spain/topics/Cuál-es-el-órgano-competente\\_Con-quién-debo-ponerme-en-contacto/](http://www.successions-europe.eu/es/spain/topics/Cuál-es-el-órgano-competente_Con-quién-debo-ponerme-en-contacto/), de forma un tanto alterna se olvida la Unión Internacional del Notariado Latino del artículo 14 de la LH, que permite la inscripción de la instancia de heredero único con la copia del testamento, sin intervención de notario.

<sup>50</sup> Contrario a las múltiples sentencias del TS que anularon abundantes preceptos de la reforma del Reglamento notarial por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

<sup>51</sup> Vid. nota 23 sobre la STS de 19 de junio de 2012.

<sup>52</sup> Informe cit., pág. 10.

<sup>53</sup> Cit., pág. 12.

<sup>54</sup> Informe, págs. 12 y 13.

<sup>55</sup> Audition publique «successions et testaments», Bruxelles, 30 novembre 2006, resume des reponses au livre vert, pág. 5.

<sup>56</sup> Informe del Instituto de Derecho Internacional Privado de Ulrik Huber, pág. 14.

<sup>57</sup> Projet de réponse du gouvernement néerlandais aux questions du Livre vert sur les successions et les testaments COM(2005) 65 final, pág. 8.

<sup>58</sup> Contribución al Libro Verde, pág. 11(13).

<sup>59</sup> *Observations et propositions du parquet général de la Cour de cassation Paris*, France, Septembre 2005, pág. 15.

<sup>60</sup> Contestaciones al Libro Verde presentado por la Comisión relativo a sucesiones y testamentos (Sec. 2005, 270). Versión 27-9-2005, pág. 20.

<sup>61</sup> Vid., por todos, LEYVA DE LEYVA, J. A., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, marzo-abril de 1989, págs. 261-308.

<sup>62</sup> Más que de un error conceptual, teniendo en cuenta la época en que se produce el informe, se trata de un reflejo más de la mano que mece la cuna.

<sup>63</sup> Appendix b to UK response dated August 2006. Replies of the government of the United Kingdom to the questions raised in the European Commission's Green paper on succession and wills, págs. 29-31.

<sup>64</sup> Algun desgraciado intento en la época infame tuvo hasta reflejo legislativo en el artículo 12 LH. El TS en sentencia de 16 de diciembre de 2009 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de 2009 han ido matizando y enderezando las erróneas Resoluciones de 2007 y 2008 sobre esta cuestión.

<sup>65</sup> Otra vez la mano que mece la cuna. Consiglio Nazionale del Notariato Commission des Affaires Européennes et Internationales Réponses aux questions posées par le Livre Vert Succession et testaments COM (2005) 65 final du 1 mars 2005 {SEC (2005) 270}, pág. 48.

<sup>66</sup> *En contribution*, cit., pág. 9(13).

<sup>67</sup> Doc. cit., pág. 12 (13).

<sup>68</sup> NOTE DE LA DELEGATION FRANÇAISE. Objet: Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de successions et testaments, págs. 16 y 17.

<sup>69</sup> Piénsese en los problemas de autenticidad que han derivado de la necesidad de legalización de firmas para el depósito de cuentas en el Registro Mercantil o para la legalización de libros. Cfr. Instrucción de 30 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos. Y la Instrucción de 31 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos.

<sup>70</sup> Sobre el concepto de orden público en Derecho español, vid.: DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, 2.<sup>a</sup> ed., Tomo I, Madrid, 1997. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Artículo 12, apartado 3 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, págs. 894-826. ISBN: 84-7130-826-6.

<sup>71</sup> Antes en los 24 y 21 de la Propuesta de Reglamento en el mismo sentido.

<sup>72</sup> DO C 115 de 4-5-2010, pág. 1.

<sup>73</sup> Vid. Considerando (6).

<sup>74</sup> BINDER y ENNECERUS, *ob. cit.*

<sup>75</sup> ENNECERUS, cit., pág. 179.

<sup>76</sup> Id., pág. 179, nota 4.

<sup>77</sup> En Derecho alemán: No es tercero de buena fe en el sentido de lo que va dicho, el que conoce la inexactitud de la certificación sucesoria, o si sabe tan solo que el Juzgado del caudal relicto ha exigido la devolución de dicho título a causa de su inexactitud (2.366); siendo indiferente que estime justificado o no lo que exige el Juzgado. El desconocimiento por negligencia, aunque sea grave, no puede ser equiparado al conocimiento. Al que confía en un certificado emitido después de averiguaciones oficiales, no puede imponérsele un propio deber de comprobación. Conoce la inexactitud del certificado sucesorio quien está enterado de

la verdadera situación jurídica, de la que discrepa el contenido del documento; es indiferente que conozca el contenido de la certificación o simplemente su existencia.

Es de buena fe el que desconoce la verdadera situación jurídica, aunque no conozca el contenido o existencia del certificado sucesorio y derive de otras fuentes de información su creencia en el derecho de quien aparece como heredero. La ley quiere extender lo más posible la protección a terceros (*id.*, pág. 181).

<sup>78</sup> ENNECERUS, *cit.*, págs. 179 y 180.

<sup>79</sup> En nuestro Derecho el artículo 997 admite el supuesto como una excepción a la irrevocabilidad de la aceptación. A este supuesto no le sería de aplicación el artículo 28 LH, pues la nulidad que establece es exclusivamente la del título sucesorio, no la del particional.

<sup>80</sup> Fuera del Derecho Hipotecario no existe un precepto parecido, pues la aplicación de los artículos 464 del Código Civil (*vid.*, sobre esta cuestión, MELÓN INFANTE, F., *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones a non domino, de bienes muebles)*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 75, principalmente), y artículo 1164 del Código Civil suponen la adquisición por el tercero sin esa limitación antes vista. El adquirente del inmueble o del crédito habrán de acudir a los medios permitidos por la doctrina para la protección. La protección del heredero real frente a los actos dispositivos del aparente se rigen por la teoría general del heredero aparente, salvo cuando de inmuebles inscritos se trata.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, M., «La protección registral del tercer adquirente de un heredero voluntario: un supuesto de excepción a la fe pública registral», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2000, págs. 258 y 259.

<sup>82</sup> La razón de ser del precepto nos la dan los autores clásicos (GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, T. II, Madrid, 1880. GARCÍA GARCÍA \*\*). Además es la probabilidad la que se tiene en cuenta: cuando de herederos forzados se trata, no hay suspensión de efectos. Cuando se trata de parientes lejanos crece la duda.

<sup>83</sup> Al titular registral que adquirió del heredero aparente, sí le protegen los artículos 17, 20, 38, 82, etc., únicamente la aparición del heredero real provocaría el decaimiento de su adquisición (y de los posteriores) siempre dentro de los dos años.

<sup>84</sup> 1. El heredero aparente o el poseedor vencido por el ejercicio de la acción de petición de herencia debe restituir al heredero real los bienes de la herencia, aplicando las normas de liquidación de la situación posesoria y distinguiendo si la posesión ha sido de buena o mala fe.

2. Se excluyen de la restitución los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y las normas sobre la irreivindicabilidad de los bienes muebles.

3. En los supuestos a que se refiere el apartado 2, el heredero aparente o el poseedor vencido debe entregar al heredero real el precio o la cosa que ha obtenido como contraprestación o los bienes que ha adquirido con estos. Si la contraprestación aún no ha sido pagada, el heredero real se subroga en las acciones del transmitente para reclamarla.

<sup>85</sup> En Navarra, téngase en cuenta el artículo 323 del Fuero Nuevo: «Cuando el demandado hubiere enajenado bienes de la herencia, deberá restituir lo obtenido por ellos a no ser que los enajenare de mala fe, en cuyo caso responderá de todos los perjuicios que ocasionó. En cuanto a los frutos y mejoras se aplicará la Ley 362».