

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**11327** *Resolución de 28 de agosto de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de San Vicenç dels Horts n.º 1 a inscribir una escritura de herencia internacional.*

En el recurso interpuesto por don José Antonio García Vila, notario de Barcelona, contra la negativa de la registradora de la propiedad de San Vicenç dels Horts, n.º 1, doña María Belén Gómez Valle a inscribir una escritura de herencia internacional.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Barcelona don José Antonio García Vila, doña E.G.B. liquida la comunidad de adquisiciones sometida a Derecho francés por la que se rigió su matrimonio y manifiesta y adjudica la herencia de su esposo de nacionalidad francesa, residente en Cataluña.

##### II

Presentado el citado título en el Registro de la Propiedad de San Vicenç dels Horts número 1, fue objeto de la siguiente calificación negativa:

Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) n.º 98 siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen calificación del documento presentado por Boldu Pla Associats, el día once de Febrero del año dos mil veinte, bajo el asiento número 971 del tomo 130 del Libro Diario de Operaciones de este Registro y número de entrada 781/2020, que corresponde al documento otorgado en Barcelona. el veintidós de enero de dos mil veinte, ante el Notario José Antonio García Vila, número 126/2020 de su protocolo, he resuelto no practicar el asiento solicitado por calificar la documentación como defectuosa en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos:

Primero. Que en el citado documento doña E G B procede a disolver y aceptar la herencia de don J.L.R.M.H., que declara consistir, como únicos bienes correspondientes a la demarcación de este Registro, en la finca registral número 6.835 bis de Corbera que se adjudica en su calidad de heredera.

Segundo. Que en la propia escritura se hace constar que «el citado don J.L.R.M. H., falleció con nacionalidad francesa y residencia habitual en España, por lo que su sucesión, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 21.1 y 23.2 h) y concordantes del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, su sucesión se rige por la legislación española, y dentro de ésta, por la ley catalana.»

Tercero. Que si bien es cierto que el causante falleció en España tras la entrada en vigor del Reglamento UE número 650/2012, su sucesión no se rige por la legislación española, pues en su testamento otorgado en Corbera de Llobregat, ante el Notario don Luis Gasch Cabot, de fecha trece de junio de dos mil seis, manifiesta expresamente que «Se hallaba sujeto al derecho civil francés, por el cual habría de regirse su sucesión». pudiendo haber cambiado tal disposición con posterioridad, y no habiéndolo hecho,

deberá acreditarse el derecho sucesorio francés y comparecer el hijo del causante en su herencia (a *sensu contrario* RDGRN 2.1 de julio 2019, RDGRN 14-04-2017, 15-06-2016).

Fundamentos de Derecho:

I. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en su número I y el artículo 98 del Reglamento Hipotecario señalan que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los otorgantes, la validez de los actos dispositivos y la representación circunstancias que debe contener la inscripción.

Y en el caso de documentos administrativos y judiciales el artículo 100 del Reglamento Hipotecario nos señala que dicha calificación se limitará a la competencia, a la congruencia del mandato, a las formalidades y a los obstáculos registrales.

II. El artículo 36 del Reglamento Hipotecario señala que ...«Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático. Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente.

III. El artículo 83 del Reglamento de la Unión Europea, en su punto 2, señala:

...«Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía.»

Resolución: En consecuencia, se suspende la inscripción a que se refiere la documentación presentada por el/los defecto/s observado/s, que califico de subsanable/s:

Debe acreditarse el derecho sucesorio francés y comparecer el hijo del causante en su herencia.

III

Don José Antonio García Vila, notario autorizante, interpuso recurso contra la referida calificación, en el que alega resumidamente los siguientes fundamentos jurídicos:

El objeto del presente recurso es que no ha habido una verdadera elección (siquiera sea tácita) por el causante en el acto o negocio de disposición *mortis causa*.

Son de aplicación al presente supuesto los artículos 21, 22 y 83 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, así como el considerando 39.

La facultad jurídica (para otros derechos potestativos o de configuración jurídica) que se concede en el Reglamento (artículo 22) al futuro causante para determinar en una disposición *mortis causa* la ley aplicable, en todo o en parte, a su sucesión se suele denominar *professio iuris*.

Se trata siempre de la posibilidad de emitir una declaración de voluntad a la que se le suele atribuir por la doctrina la naturaleza jurídica de negocio jurídico autónomo y propio del Derecho privado internacional. A los efectos del presente recurso interesa retener su

consideración por la totalidad de la doctrina que se ha ocupado de esta figura como una declaración de voluntad negocial de carácter unilateral.

El Reglamento europeo de referencia parte del principio de universalidad de la ley aplicable a la sucesión,

Pero a continuación el Reglamento atribuye al futuro causante la posibilidad de planificar (a «organizar» se refiere el considerando 38 del Reglamento) su sucesión mediante el ejercicio de la *professio iuris*, si bien limitada a la posibilidad de elegir la ley correspondiente al Estado de su nacionalidad (bien en el momento de realizar la elección bien al tiempo del fallecimiento) cuando se trata de elecciones realizadas después de la entrada en vigor del Reglamento, ya que para las elecciones anteriores el artículo 83 tiene una consideración más amplia (si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía).

De lo dicho anteriormente creo que vale la pena destacar que la *professio iuris* cumple así una función de «desplazamiento» de la normativa que, como regla general, ha de regir una sucesión que haya de sustanciarse ante ciertas autoridades y órganos de los Estados de la Unión Europea. Esta función de desplazamiento obliga a realizar una precisión que ha de tenerse en cuenta en materia de interpretación de declaraciones de voluntad, y es la necesidad de que de la disposición mortis causa resulte una voluntad clara de excluir el juego de la norma general ordenando o estableciendo de modo indubitado que la ley que haya de regir la sucesión sea una de las elegibles.

Al mismo tiempo, parece conveniente resaltar que si la ley del Estado con un vínculo más intenso puede desplazar la del Estado de la residencia habitual en el supuesto general, no se contempla este desplazamiento en el caso de la elección de ley; pero esto no debe ser obstáculo para tener en cuenta otro criterio en materia de interpretación de la *professio iuris*, y es, nuevamente, la de que sea indubitada la elección o designación voluntaria para excluir la ley de la residencia habitual cuando ésta es, además, la del Estado con la que el causante tenía un vínculo más estrecho al tiempo de fallecer. Y hay que señalar que, por la propia configuración institucional de las funciones públicas atribuidas a dos funcionarios distintos, la apreciación de vínculos, en cuanto supone el examen de una realidad extradocumental, le corresponde al notario y no al registrador, mucho más limitado en su importante calificación. De ahí que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de julio de 2016 pudiera decir que la compleja regulación de las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizantes realicen los correspondientes juicios instrumentales acerca de tales extremos y aconseja un razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes a la sucesión.

Y una consideración final antes de entrar en puridad en el examen del supuesto de hecho: las dos interpretaciones que se sustentan sobre el sentido de la manifestación contenida en el testamento del causante causan perjuicio a alguien; bien la viuda bien el hijo han de resultar perjudicados, pues el incremento legitimario (además, la propia naturaleza de la legítima francesa respecto de la catalana) que para el hijo supone acoger la tesis que se recurre supone disminuir el patrimonio que habrá de recibir la viuda. No es pues, un «juego» en que se discuta sobre, la protección del legitimario, sino también sobre la posición de la heredera (juego de suma cero). En defecto de acuerdo, ambos han de acudir a los Tribunales de Justicia para defender su posición. No existe, pues, un plus de protección a los legitimarios, o más exactamente, no debe ser la protección de los legitimarios un criterio que haya de seguirse o que pueda orientar la interpretación de un problema como el presentado a fin de favorecer dicha protección. La protección de los legitimarios deriva de la legislación aplicable.

Uno de los primeros problemas que nos encontramos es con el relativo a la admisibilidad de la *professio iuris* realizada antes de que se dictara el Reglamento.

La tesis negativa o limitativa (es decir, aceptar solamente las profesiones realizadas después de dictado el Reglamento y antes de la entrada en vigor del mismo, ya que es de suyo que las posteriores son una de las especialidades de la norma) se apoyó por prestigiosos autores basándose en la diferenciación entre la admisibilidad de la *professio iuris* en un momento en que el ordenamiento aplicable con arreglo al Derecho internacional privado a la disposición de última voluntad no admitía esta profesión, y el problema, diferente, de la existencia y validez del consentimiento emitido por quien elige el Derecho competente. Esta posición puede tener apoyo en la dicción del propio Reglamento que, al regular la facultad electiva, se remite sólo en punto a la validez material del acto a la ley elegida (artículo 22.3) y la regulación de los pactos sucesorios, en los que se diferencia sistemáticamente, artículo 24.1 y 2, entre admisibilidad y validez material, así como en el artículo 83.3 en que, también, se diferencia entre admisibilidad y validez de la disposición *mortis causa* en cuanto al fondo y a la forma. La consecuencia derivada de esta tesis restrictiva es que sólo habrían de ser consideradas admisibles las profesiones realizadas antes de que se dictara el Reglamento por los nacionales de los países que, aunque fuera limitadamente, venían admitiendo la *professio iuris*, ya como firmantes del Convenio de La Haya de 1989, ya por establecerlo su Derecho nacional, rechazando las elecciones realizadas en un momento en que, si el disponente hubiera fallecido en el momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa* (principio que el artículo 24.1 aplica al pacto sucesorio), no hubieran sido entendidas como admisibles.

No obstante, hay hoy una posición casi unánime que defiende la admisibilidad de las profesiones realizadas antes de 2012. La Resolución de 17 de julio de 2016 citada realiza un examen de la *professio iuris*, desconecta totalmente la eficacia de la misma de que fuera o no admitida por la ley precisamente elegida (en el caso, la inglesa, que la rechaza), citando expresamente el considerando 40 del Reglamento que el artículo 83.2 inciso final intenta dar validez a profesiones efectuadas conforme a las reglas de conflicto del Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual del causante en el momento de la elección; es decir, se trata (como ha señalado alguna autora) de dar validez retroactiva a disposiciones o profesiones inválidas en el momento en que fueron realizadas. Y vale la pena recordar que según el artículo 26 del Reglamento, la ley aplicable para determinar la validez material de la disposición *mortis causa* se aplica en materia de interpretación testamentaria.

Siendo esto así, es decir, que las disposiciones transitorias suponen dar validez a un negocio electivo o a una disposición electiva inválida en el momento del otorgamiento y que no habría surtido efecto (como tal elección, se entiende, si la elección hubiera sido de una ley que no hubiera sido aplicable) si el causante falleciera al otorgarla, creo que es forzoso reconocer que la *professio iuris* habrá de estar rodeada de una certidumbre casi incontestada, lo que se traduce en un principio de interpretación contra *professionem* cuando de profesiones tácitas anteriores a que se dictara el Reglamento se trata.

Uno de los autores que con más detenimiento ha estudiado la figura de la *professio iuris* señaló que, formalmente, la voluntad del causante puede exteriorizarse de cuatro formas: expresamente, como un acto *mortis causa* separado; *expresís verbis* (como cláusula separada independiente) en una disposición de última voluntad de alcance general; tácitamente inferida de una declaración aislada e inequívocamente colegida de una atribución patrimonial por causa de muerte.

La doctrina más reciente diferencia entre la *professio iuris* expresa y la tácita.

La *professio iuris* es expresa cuando el causante, en un acto especial *mortis causa*, o dentro de las disposiciones materiales de uno, declara su voluntad de que su sucesión sea regida por una ley elegible; es tácita cuando esta voluntad se colige de algún extremo de sus declaraciones. Así resulta del artículo 22.3 del Reglamento cuando establece que la elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

Ahora bien, los términos del Reglamento no son uniformes, ya que si bien el artículo citado exige que la elección resulte de los términos de una disposición mortis causa, el considerando 39 amplía la dicción legal al señalar que «puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición mortis causa en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley».

Si se acepta que los considerandos de los Reglamentos comunitarios tienen una función interpretativa auténtica del texto legal, y si basta exclusivamente con que el causante haya «mencionado explícitamente de otro modo» la ley del Estado de la nacionalidad del causante, la calificación registral que se combate es ajustada a Derecho.

No creo, sin embargo, que esa interpretación sea la correcta, es decir, no creo que baste con la simple mención explícita de otra legislación.

Toda la doctrina entiende que la *professio iuris* o elección de ley aplicable es un negocio jurídico o una declaración de voluntad negocial, esto es, destinada a producir ciertos efectos; pero si esto es así, habrá de acudirse a la doctrina sobre el negocio jurídico; y es básico para que una declaración sea negocial que el disponente conozca y quiera. Conocimiento y voluntad son pues los dos elementos decisivos para que una declaración pueda tenerse por negocial. Por ello, la resolución de 2016 citada insiste en que para que se entienda que hay una *professio iuris* tácita es preciso «que pueda inferirse del acto que la persona comprendió lo que está haciendo y consintió en ello». Es preciso, pues, diferenciar entre declaraciones reconocitivas y declaraciones dispositivas (la distinción es semejante a la clásica de declaración de ciencia y de voluntad). En las primeras el autor afirma la existencia de una regulación; en las segundas quiere una regulación. Esta distinción es semejante, pero no es exactamente igual, a las remisiones contractuales a una ley como expresión de la voluntad de incorporarla al negocio y la remisión a un Derecho concreto para que sea él el que regule el negocio y todas sus incidencias.

Sólo las verdaderas disposiciones son elecciones reales (sean expresas sean tácitas), que se oponen a las elecciones presuntas o hipotéticas, en las que lo que hacemos es preguntarnos qué hubiera elegido el causante si hubiera sabido que podía elegir. Y dentro del terreno de lo hipotético la doctrina señala cómo el causante tenderá a elegir la legislación que le atribuya mayor libertad para regular su sucesión.

Por lo tanto, no podemos preguntarnos qué hubiera elegido el causante si hubiera sabido que su elección surtiría efectos. Hay que preguntarnos qué quiso. Y lo primero que hemos de preguntarnos es cómo puede elegir en realidad quien no sabe que puede elegir, y mucho menos quien sabe que no puede elegir. Si mantenemos la idea de elección como declaración de voluntad negocial hemos de concluir que en la interpretación de una *professio iuris* tácita ha de exigirse que derive inequívocamente de lo expresado por el testador, que resulte clara e indubitada; y por eso el Reglamento nos dice que es así, que hay *professio* tácita cuando el testamento está redactado siguiendo los criterios de la normativa propia de la regulación de la ley elegida. Si un inglés hace el testamento exactamente como lo hacen los ingleses cuando quieren someter su sucesión a la legislación inglesa o cuando está sometida a esta legislación, hay algo más que un indicio de que ese causante concreto quiso algo, no exactamente porque eligiera la legislación designándola, sino porque reguló materialmente su sucesión conforme a una determinada legislación.

Y esta exigencia de que la elección sea clara, inequívoca e indubitada es la que, a mi juicio, se deriva de los criterios interpretativos antes señalados, y la que mejor cohonesta el Reglamento sobre Sucesiones con otra normativa comunitaria, en la que, por ejemplo, el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) establece en su artículo 3.1 o el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

(Roma II), en su artículo 14.1 párrafo final, comienza el causante diciendo que tiene en el momento de otorgar el testamento nacionalidad francesa, y continúa diciendo que «por ello» está sujeto al Derecho civil francés. Ese «por ello», muestra que se trata de una consecuencia de su nacionalidad, sin rastro de voluntad negocial de ningún tipo. A continuación, el testador dice que es por ese Derecho «por el cual se ha de regir su sucesión». En la calificación que se recurre, a la señora registradora se le escapa una curiosa sustitución al indicar que el testamento dice que la expresión es «por el cual habría de regirse su sucesión». El castellano es suficientemente sutil; «se ha de regir» es una manifestación de un hecho, la consecuencia legal de una normativa concreta; «habría de regirse» tiene un doble elemento, de constatación (habría de regirse si el testador falleciera hoy, porque es así por ley) y volitivo, al hacer referencia a un futuro, y en cierto modo imperativo, pero derivado de la voluntad.

Corresponde al notario redactar el testamento traduciendo al lenguaje jurídico más preciso la verdadera voluntad del testador. Es un elemento interpretativo a tener en cuenta que ni la legislación francesa ni la española permitían la *professio iuris*, pero con la interpretación que sustenta la señora registradora parece que queremos deducir de lo que no es sino una constatación de un hecho una verdadera voluntad negocial dirigida a elegir la ley reguladora de la sucesión. Como he dicho antes, en el terreno de lo hipotético ¿Elige un testador la ley que le da menor libertad testamentaria?

Y es que esta interpretación de la manifestación (de hecho, está incluida precisamente en el apartado de las manifestaciones o declaraciones, no de las cláusulas testamentaria, como el propio testamento se encarga de indicar) no se ve apoyada por el contenido dispositivo testamentario, sino que éste se muestra completamente neutro.

En realidad, si se examina el contenido dispositivo del testamento, éste se muestra totalmente extraño a una consideración «francesa» del mismo, ya que la legítima francesa se suele denominar «reserva hereditaria», mientras que precisamente es en los distintos Derechos españoles donde las legítimas se suelen configurar como atribuciones legales o forzosas. La pretendida elección, pues, no se infiere (como indica el Reglamento) de las disposiciones testamentarias.

Creo que puede concluirse que en el presente testamento no hay nunca una propia elección porque sea la legislación francesa la que rija su sucesión, ni siquiera consentimiento a que sea ésta la legislación aplicable, sino una constatación de su sumisión al Derecho francés.

Pero esto está en las antípodas de lo que es una *professio iuris*, que no es sino una voluntad bien de sujetarse a una legislación bien de que sea una ley la que rija, nunca la constatación de que, en el momento en que se otorga un testamento, la ley aplicable impone unas consecuencias que después no se asumen.

No hay elección clara, indubitada e inequívoca y esta elección no se deriva del contenido testamentario (más bien neutro), y creo que la solución contraria significa, y sea dicho con el máximo respeto, la consagración de la eficacia de la sumisión jurídica, contra lo que la *professio iuris* es.

#### IV

Mediante escrito de 30 de marzo de 2020, la registradora de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 2, 3.1 d) 21, 22, 23, 26, 59,60, 71, 72, 73, 82 y 83, considerandos 23, 37, 38 39,40, 80 y 83 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; los

artículos 69 del Reglamento (UE) 2016/1103; 9.2, 9.8 y 12.2 del Código Civil; 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 36, 76, 80 y 92 del Reglamento Hipotecario, 17 de la Ley del Notariado, 168 del Reglamento Notarial; las sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre de 2017, asunto C- 218/16 (Kubicka) y de 16 de julio de 2020, C- 80/19 (Lituania); Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 y 21 de noviembre de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 2015, 15 de junio y 4 y 17 de julio de 2016, 2 de febrero y 10 y 24 de abril de 2017, 2 de marzo de 2018 y 4 de enero, 14 de febrero, 1 de marzo, 24 de mayo y 21 y 24 de julio 2019, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de julio de 2020.

1. Es objeto del presente expediente una herencia con elemento internacional, en la que el causante es de nacionalidad francesa y residencia habitual en España. Aunque no resulta de la escritura calificada la expresión de un juicio ponderado del que resulte una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento (Considerando 23 del Reglamento (UE) n.º 650/2012) es indicio que el causante, casado con una española, testa y fallece en Cataluña con 13 años de diferencia, siendo titular junto a su esposa del inmueble sobre cuya inscripción versa el presente recurso.

Dado que su fallecimiento tiene lugar en 2019, es de aplicación el citado Reglamento (UE) n.º 650/2012.

2. El causante había otorgado testamento en el año 2006, por tanto, varios años antes de la aprobación del Reglamento, en Corbera de Llobregat.

En él manifestaba ser vecino de dicha localidad, estar casado con hoy su hoy viuda en régimen de comunidad francés y tener un único hijo de un matrimonio anterior.

En la manifestación tercera de dicho testamento afirmó: «Que tiene en la actualidad la nacionalidad francesa. Por ello se halla sujeto al Derecho civil francés, por el cual se ha de regir su sucesión».

Por la disposición primera: «lega a su hijo lo que por legítima (atribución legal forzosa) le corresponda»

Por la segunda «nombra heredera universal a su nombrada esposa doña E.G.B sustituida vulgarmente por su hijo don B.L.F.M.H., sustituido a su vez vulgarmente por sus descendientes».

Y por la tercera revoca cualquier otra disposición de última voluntad que hubiera podido otorgar con anterioridad.

3. La viuda comparece ante el notario recurrente y por si misma liquida la comunidad conyugal preexistente, regida, sin que sea discutido, por el Derecho francés y se adjudica hereditariamente la totalidad de los bienes asumiendo asimismo el pasivo derivado de la previa liquidación conyugal. Y en dicha escritura se expresa que el citado causante «falleció con nacionalidad francesa y residencia habitual en España, por lo que su sucesión, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 21.1 y 23.2 h) y concordantes del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, su sucesión se rige por la legislación española, y dentro de ésta, por la ley catalana...».

4. La registradora suspende la inscripción en cuanto, a la vista del testamento, considera debe acreditarse el Derecho sucesorio francés y comparecer el hijo del causante en su herencia.

Considera el notario que no ha operado *professio iuris*. Muy resumidamente, primero, porque ésta cumple una función de desplazamiento que obliga a realizar una precisión que ha de tenerse en cuenta en materia de interpretación de declaraciones de voluntad, y es la necesidad de que de la disposición mortis causa resulte una voluntad clara de excluir el juego de la norma general ordenando o estableciendo de modo indubitado que la ley que haya de regir la sucesión sea una de las elegibles. Segundo porque es forzoso reconocer –en relación a la validez material– que la *professio iuris* habrá de estar rodeada de una certidumbre casi incontestada, lo que se traduce en un principio de interpretación contra *professionem* cuando de profesiones tácitas anteriores a que se

dictara el Reglamento se trata. Y tercero ¿Elige un testador la ley que le da menor libertad testamentaria?

5. Por lo tanto, la cuestión se centra en determinar si puede considerarse a la luz de la interpretación del Reglamento europeo, que en el testamento del causante ha existido o no elección de ley, aun siendo anterior a la aplicación del mismo. Por tanto, si la manifestación realizada por el causante, puede o no bastar para considerar aplicable la ley de su nacionalidad, entonces y en el momento de la apertura de la sucesión.

Es un tema ya abordado por este Centro Directivo, que se ha referido en varias ocasiones a la *professio iuris*, incluida la tácita transitoria en relación a la validez material de una disposición mortis causa previa a la aplicación del Reglamento. Sin embargo, dada la singularidad del supuesto planteado, la resolución del recurso exige realizar algunas consideraciones previas sobre la *professio iuris* en el preciso contexto del R (UE) n.º 650/2012.

6. La expresión medieval *professio iuris* fue adoptada por el Derecho suizo de la época codificadora, a finales del siglo XIX, para aludir a la elección de un testador de la ley que habría de regir su sucesión, aun limitadamente.

Posteriormente el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 (Sucesiones) y ahora el Reglamento europeo consagran el término, con ciertas diferencias entre ambos, en relación a la elección de ley sucesoria

Antes de la aprobación del Reglamento, no era muy conocida en los Derechos nacionales europeos. Si lo era en el Derecho italiano, de los Países Bajos; en Estonia, Bulgaria y Bélgica permitiendo una limitada elección entre el domicilio y la *lex rei sitae*; o nacionalidad y *lex fori*, en el caso de Alemania.

España, como Francia (o Reino Unido) no conocen la institución en su Derecho nacional.

Una de las novedades que del Reglamento (EU) n.º 650/2012, fue, por tanto, la consagración de la *professio iuris* en todos los Estados miembros participantes (a día de hoy todos, menos Irlanda y Dinamarca) y la aceptación de la proveniente de un tercer Estado, con independencia de que fuera conocida en las tradiciones nacionales.

Así el artículo 22.1 establece que «cualquier persona» (utilizando la misma expresión que el artículo 5 del Convenio Sucesiones) podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Estableciendo en el párrafo segundo una regla para el caso de doble o múltiple nacionalidad.

Su antecedente, con la debida distancia, puede ser analizado en el Informe Waters, Informe explicativo del Convenio, pp. 23 y 40 que señala la introducción de una *professio iuris* limitada como característica principal del Convenio.

7. La *professio iuris* tiene como fundamento evitar la imprevisibilidad de la ley sucesoria que resultare aplicable conforme a la posterior y última residencia habitual del causante y con ello garantizar la seguridad jurídica (Considerandos 37 y 38 del Reglamento). No obstante, se parte de una limitada elección de ley, más aún que el Convenio, que presenta una cierta inclinación a respetar la *lex rei sitae*, a fin de aglutinar los sistemas del Common Law.

En este contexto, la *professio iuris* o manifestación de elección de ley en las disposiciones mortis causa unipersonales (Vid artículo 3.1 d del Reglamento) presenta unos perfiles singulares, que deben ser valorados conforme al concreto Reglamento n.º 650/2012 exclusión hecha de otras elecciones de ley previstas en otros Reglamentos sobre ley aplicable, como en relación a las relaciones contractuales, –Reglamento (CE) n.º 593/2008, Roma I–, en cuanto cada instrumento europeo presenta sus concretos conceptos autónomos, aunque existan características comunes.

8. En efecto, establecida la conexión de la ley aplicable en el artículo 21, el Reglamento potencia una limitada elección de ley reducida a la posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad.



Elección que, tanto para las disposiciones de última voluntad otorgadas tras la aplicación del Reglamento como para las previas, transitorias, puede ser expresa o tácita, con ciertas matizaciones para estas últimas en el artículo 83.

9. Prescindiendo de la valoración que pudiera merecer la solución adoptada, la elección de ley requiere un vehículo formal expreso, (disposición mortis causa, válida material y formalmente, arts. 26 y 27 del Reglamento, como el artículo 5.2 del Convenio Sucesiones).

La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Una elección de ley contextual referida al momento del otorgamiento del acto de última voluntad, supondrá que la efectiva elección de ley habrá de valorarse en relación a aquel momento y conforme a la ley putativa.

10. La elección de ley prevista en el artículo 22, expresa o tácita, presenta matices respecto de la prevista en el artículo 83.2, en sus distintos contextos.

El artículo 83.2 se refiere a la *professio iuris* realizada por el causante antes del 17 de agosto de 2015, (incluso antes de la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en DOCE, es decir, el 17 de agosto de 2012), ampliando los criterios tanto de validez de la elección como de la validez material de la disposición mortis causa, para la primera: «Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía».

Para la segunda, establece el artículo 83.3: «Una disposición mortis causa hecha antes del 17 de agosto de 2015 será admisible y válida en cuanto al fondo y a la forma si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de admisibilidad y validez en cuanto al fondo y a la forma en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía o en el Estado miembro de la autoridad que sustancie la sucesión».

11. A la vista de este marco normativo, uno de los problemas prácticos más relevantes en la aplicación del Reglamento es la interpretación que haya de hacerse de las cláusulas de elección presuntiva en cuanto en el momento que se realizaron no podía conocerse ni la futura existencia de un Reglamento que versara sobre la materia sucesoria ni el sentido del mismo.

12. El considerando 39 que completa el artículo 22.2 del Reglamento aclara que resultará de la disposición mortis causa «en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley». Por su parte, el considerando 40 hace hincapié en que corresponde a la determinación de la validez material de la disposición «si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello».

13. Por otra parte, como señalare la sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2017 (Kubicka) debe destacarse la importancia y autonomía que para el Reglamento presentan las disposiciones mortis causa, regidas por las normas reguladoras de su validez material y formal, conforme a la ley putativa (es decir, la que regiría si el causante falleciera el día de su otorgamiento).

Todo ello sin perjuicio de la adecuación a la ley sucesoria de las disposiciones del mismo, especialmente las partes reservadas, de acuerdo al artículo 23.2 (en el presente supuesto, presuntivamente la voluntad del causante se mantiene inalterada durante los trece años que median entre su disposición mortis causa y el fallecimiento).

14. Un tema singular, es el aspecto instrumental de la disposición *mortis causa*.

En relación a los actos auténticos, el Reglamento distingue con nitidez entre *instrumentum* y *negotium* –sin a su vez hacer distinción entre las disposiciones de última voluntad y los actos notariales en ejecución de la herencia– (arts. 59 y considerandos 62 y 63) aunque solo estos últimos tendrán, sobre esta clasificación, determinadas las reglas de competencia jurisdiccional.

Otorgado ante un notario español, con independencia de la elección expresa o tácita de la ley de una nacionalidad extranjera, el contenido del testamento podrá –deberá– acomodarse a esa ley –aplicación extraterritorial– pero la forma instrumental se registrará por la *lex auctor –regit actum–*, es decir las solemnidades del *instrumentum* se rigen por la ley notarial del lugar del otorgamiento mientras que su contenido sucesorio, se acomodará a la ley elegida que será además la *lex putativa* o de buena fe a los efectos del artículo 26 del Reglamento.

Así resulta subsidiariamente del artículo 11.1 del Código Civil en relación al Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias que, aunque superado entre Estados miembros por el Reglamento, artículo 75.1, estaba en vigor entre Francia y España al tiempo del otorgamiento de la disposición *mortis causa* ahora discutida.

15. Finalmente, como sabemos, el Reglamento habilita la elección, sin perjuicio de las normas reguladoras de la validez material establecidas en el artículo 26, aunque la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones.

Del considerando 40, para la *professio iuris* regida por el artículo 22. 1, resulta que: «La elección de la ley realizada en virtud del presente Reglamento debe ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones. Debe corresponder, no obstante, a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello. Esto mismo debe aplicarse al acto de modificar o revocar la elección de la ley».

16. La fuerza de la conexión basada en la nacionalidad en las tradiciones jurídicas hizo valorar, especialmente en relación al artículo 83, que puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley. La remisión del artículo 83 a las disposiciones sobre la validez material de la disposición *mortis causa* supone la aplicación de la ley putativa o de buena fe: Cuando en el presente Reglamento se hace referencia a la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante que realizó la disposición *mortis causa* si hubiera fallecido en la fecha en que, según fuera el caso, realizó, modificó o revocó tal disposición, esa referencia se ha de entender como una referencia a la ley del Estado de residencia habitual del causante en esa fecha, o, en caso de haber hecho una elección de ley en virtud del presente Reglamento, a la ley del Estado de su nacionalidad en dicha fecha.

17. Coherente con la *lex auctor* española en 2006, la sucesión se rige por la ley nacional del causante, es decir, la ley francesa de igual fecha. Esta ley entonces y hasta la aplicación del Reglamento era secesionista para las herencias internacionales, es decir, se regía la sucesión en los bienes inmuebles por la ley del Estado en que se encontraban (Vid Resolución de 13 de octubre de 2015).

Siendo la disposición *mortis causa* de 2006 la que rige la sucesión del causante, las bases sobre las que testó el causante fueron alteradas por el Reglamento, que a salvo una limitada aplicación del reenvío, artículo 34 (que no rige en caso de *professio iuris*, aun la tácita retroactiva) no contempla la posibilidad de remitir al Derecho español, *rectius*, catalán en este caso (artículo 36 R) la sucesión respecto del inmueble situado en España.

18. Tiene indicado la Sala primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de enero de 2019, en la estela de las sentencias de la misma Sala de 23 de septiembre de 2002 y 12 de enero de 2015, siempre para herencias abiertas antes del 17 de agosto

de 2015 que, en el supuesto de existir solo bienes en España, se aplicará la ley española, aunque fuera otra la nacionalidad, en cuanto no rompe la unidad de sucesión.

Aquí, siendo aplicable el Reglamento son de aplicación sus normas, sin reenvío posible y en todo caso, la redacción del testamento debe ser compatible con la ley francesa de 2006 (validez material).

19. El notario debe realizar al aceptar o rechazar la *professio tacita* retroactiva, un análisis de su compatibilidad o no con la ley nacional del testador, referida al momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa* (considerando 51 y artículo 26, sobre la validez material).

En el presente caso, a salvo las disposiciones instrumentales, la concordancia es posible tanto en cuanto al legado de atribución forzosa -parte reservada- como la institución de heredero a favor de la esposa. Sobre una correspondencia razonable con el Derecho francés en la parte dispositiva del testamento. Vid. arts. 967 y siguientes del Código Civil, versión consolidada a 1 de agosto de 2020. (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200803>)

20. Por último, debe analizarse el rol del notario autorizante como autoridad sucesoria en este caso en que pese a existir un elemento internacional la eficacia del acto autentico es meramente interna.

Dado que, tanto la autorización notarial, la situación del único inmueble y por tanto la actividad registral tienen lugar en España, es de plena aplicación el artículo 18 de la ley Hipotecaria (artículo 2 del Reglamento (UE) n.º 650/2012).

Cuestión distinta será la aceptación del documento notarial en otro Estado miembro (artículos 59 y 60 y considerandos 59 a 61) o la expedición del certificado sucesorio europeo en base al documento notarial (disposición final 26.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en redacción de la disposición final 2.ª de la ley 29/2015, de Cooperación jurídica internacional); ahí el notario, como autoridad internacional – siempre que realice los correspondientes juicios y bajo su responsabilidad–, determina la ley aplicable solo sujeto a las eventuales acciones judiciales sobre sus elementos instrumentales o su contenido dispositivo, como lo es la selección de la ley.

21. Conforme a la citada disposición final 26.ª punto 16.º, párrafo 3.º, implementando los citados preceptos, su juicio, en relación a un certificado sucesorio europeo solo puede someterse a la acción judicial:

«El recurso, en única instancia, contra las decisiones a las que se refieren las reglas 1.ª y 2.ª de este apartado será interpuesto directamente ante el juez de Primera Instancia del lugar de residencia oficial del notario, y se sustanciará por los trámites del juicio verbal».

Mientras que en el ámbito nacional en que se desenvuelve el presente supuesto, así será en última instancia, ya sea directamente mediante interposición de juicio verbal contra la calificación registral o contra la resolución recaída en este Centro Directivo (arts. 325 y 328 de la Ley Hipotecaria).

Por tanto, conforme a la hermenéutica del Reglamento, procede confirmar la nota de la registradora. La prueba de ley de la legislación francesa, referida al momento en que se otorgó ante notario español la disposición *mortis causa* relevante, de la que cabe establecer una elección de ley tácita, en el contexto del artículo 83 del Reglamento, y de la que se deducirá la intervención del hijo legítimo del causante, es en todo caso, imprescindible.

22. Finalmente, aunque tanto la escritura como la calificación omiten referencia alguna, no debe olvidarse que la compareciente, además, liquida una sociedad conyugal que afirma –y el testador manifiesta en su testamento– que se somete a la ley francesa. Siendo la viuda de nacionalidad española y el causante de nacionalidad francesa y habiendo contraído nupcias con anterioridad al 29 de enero de 2019, –fecha en que entra en aplicación el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes

económicos matrimoniales— es de aplicación el artículo 69 del mismo, en cuanto tanto Francia como España participan en la cooperación reforzada que el mismo establece.

Conforme a este precepto: «las disposiciones del capítulo III solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019».

Por lo tanto, por lo que interesa a las autoridades extrajudiciales españolas será aplicable el artículo 9.2 del Código Civil norma desplazada para el contexto internacional por el Reglamento (UE) 2016/1104.

23. En la escritura calificada, no se hace referencia a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que se liquida, no pudiendo ser la manifestación testamentaria lugar para ello, daba su autonomía con la ley sucesoria. Según el título de adquisición, según consta en la escritura calificada, se sujeta al régimen supletorio francés, que es el régimen de comunidad de adquisiciones (arts. 1400 a 1491 del Código civil francés, en versión consolidada a 1 de agosto de 2020). Aunque ahora no puede impedir la inscripción en cuanto no fue observado defecto al respecto, el título no presenta un juicio de ley notarial en relación a la posibilidad de su liquidación unilateral, en la que resulta inventariada, entre otras deudas, un crédito del hijo legítimo, contra la comunidad, que asume íntegramente la viuda.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 28 de agosto de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.