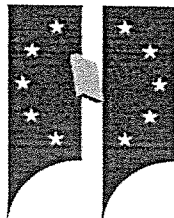


EUROPA



NOTARIO

ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS BALEARES

Vía Roma,4 (07012) Palma de Mallorca
(Teléf.: 971-712244- Fax.971-718764 e-mail: colegio@balears.notariado.org)

COMISIÓN DE CULTURA

CIRCULAR Nº 25

FECHA: 2-junio-2015

EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO (IV): REPASO DE CUESTIONES PUNTUALES

En la primera parte de estas notas hacemos una síntesis de las cuestiones prácticas más importantes que se han ido planteando sobre las materias tratadas en los seminarios de marzo, abril y mayo y en las tres conferencias que han tenido lugar en mayo en el Colegio Notarial de Baleares: competencia, ley aplicable a la sucesión y ley aplicable a los actos mortis causa.

Estas notas matizan y en algún caso corrigen algunas opiniones que hemos sostenido en esos seminarios, con base en lo que hemos seguido estudiando y en lo que hemos aprendido en las conferencias y en los propios seminarios. Avisamos en cada caso que así ha ocurrido.

En la segunda parte (“Otras cuestiones”) se comentan tres cuestiones que no han podido ser tratadas en los seminarios: la competencia internacional de los notarios en tramitaciones propias del Derecho interno español, la administración de la herencia y el reenvío.

En materia de competencia

Las reglas de competencia del Reglamento se aplican aunque el causante no tuviera residencia en ningún Estado miembro.

El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no se consideran Estados miembros porque no han suscrito el Reglamento. Sus jueces y autoridades no aplican el Reglamento.

Las reglas de competencia se aplican a sucesiones abiertas desde el 17 de agosto de 2015, al igual que el resto del Reglamento.

Hay razones para defender que las reglas de competencia se aplican a cualquier asunto sucesorio que se inicie a partir del 17 de agosto, aunque el causante haya muerto antes de esta fecha, relacionando los arts. 83 y 84. Algunas razones son que el art. 83 sólo se refiere a la ley aplicable y que el art. 84 apenas tiene sentido si el art. 83 se refiere a todos los capítulos del Reglamento. Hay algunas voces doctrinales que sostienen que hubiera sido mejor aplicar las reglas de competencia de tribunales y de eficacia y circulación de resoluciones y documentos públicos a todos los asuntos que se inicien a partir del 17 de agosto, aunque de lege data no defiendan esto. Prevalece la tesis de que el art. 83 no distingue y establece el mismo criterio para todo lo regulado por el Reglamento.

En consecuencia, si una persona fallece antes del 17 de agosto, deberemos actuar como si el Reglamento no existiera, sea lo que sea aquello que se nos pida: tanto un certificado sucesorio como una actuación regulada por el Derecho interno (referida a un supuesto transnacional).

Esta falta de retroactividad va a dar lugar a una coexistencia de regímenes distintos durante muchos años. Ello puede ser un problema práctico en materias como reconocimiento y ejecución de resoluciones y circulación de documentos públicos, pues cada resolución o documento tendrá su propia ley de circulación.

Los criterios de determinación de competencia del Reglamento

1º La residencia habitual (art. 4)

La última residencia habitual del causante es el criterio principal de determinación de la competencia, tanto si esa residencia la tuvo en un Estado miembro como en un Estado no miembro.

Ello es así aunque el causante haya elegido la ley sucesoria. No obstante, hay algunas excepciones, especialmente en caso de elección.

Para determinar la residencia habitual hay que tener en cuenta lo siguiente:

No procede aplicar los criterios del Derecho interno de cada país sobre lo que deba entenderse por “residencia habitual”. Sólo hay que interpretar lo que el Reglamento pretende decir con esta expresión.

En teoría, se trata de la estancia (residencia) en un determinado lugar y que esa estancia revele de forma objetiva su carácter principal como “centro de vida” y su continuación hacia el futuro, pero esto último entendido no en el sentido de “indefinido” sino simplemente de “no accidental”. Un criterio interpretativo es que debe primar más lo personal y familiar que lo laboral o profesional, porque la sucesión de una persona está más relacionada con lo primero que con lo segundo.

Para acreditarla en la práctica, recomendamos lo siguiente: suscripción del documento por el mayor número posible de interesados (que declararán en el propio documento cuál fue la última residencia habitual de su causante), obtención de prueba documental que acredite la estancia y su tiempo de inicio (por ejemplo, certificado de empadronamiento y/o permiso de residencia) y alguna justificación relativa a por qué el causante se encontraba en ese Estado: por razones laborales, por razones de salud o sanitarias, por haberlo así elegido tras la jubilación, para vivir con los hijos, por tener un establecimiento mercantil, para ejercer una profesión, etc. Se deberá declarar esta circunstancia por todos o la mayor parte de los herederos y será recomendable aportar alguna prueba escrita, como por ejemplo (según el caso de que se trate) certificados

relativos a la actividad laboral o profesional, declaraciones o pagos realizados a la Seguridad Social, certificados médicos, certificados bancarios que acrediten el abono de pensiones en cuentas abiertas en oficinas de ese Estado o bien movimientos bancarios realizados en tales cuentas. Pueden ser útiles también para esto las declaraciones de testigos.

Nada de esto basta por sí solo. En especial, nunca serán suficientes los documentos administrativos, pues lo que se necesita acreditar es una situación de hecho.

Ante los cambios de residencia, va a resultar muy, muy difícil argumentar que haya fraude de ley.

2º La competencia en caso de elección de Ley sucesoria (arts. 5 a 9)

El causante en ningún caso puede elegir la competencia de los tribunales sobre su sucesión. Puede resultar criticable (no se entiende bien qué sentido tiene esta falta de libertad dispositiva) pero el Reglamento no lo admite. Una tal declaración de voluntad no debe recogerse ni en testamento ni en ningún otro documento.

No obstante, si el causante elige, en los casos y forma en que puede hacerlo, la Ley aplicable a su sucesión, hay que distinguir varias situaciones que pueden darse:

1-Cualquiera de las partes puede pedir al Juez ante quien se haya iniciado un procedimiento (Juez competente si el causante no hubiera realizado elección de Ley) que se inhiba porque los tribunales del Estado de la Ley elegida están en mejores condiciones para conocer del asunto. Ante esta petición, el Juez podrá resolver que se inhibe o podrá resolver que continúa el procedimiento.

2-Los interesados en la sucesión, ya sean todos o algunos, podrán pactar que los tribunales del Estado de la Ley que rige la sucesión sean los únicos competentes para cualquier cuestión sobre la sucesión. Este pacto sólo vincula a quienes lo han suscrito.

Pues bien:

Si quienes lo han suscrito son todas las partes en el procedimiento de que se trate, el Juez ante quien se haya iniciado un procedimiento (Juez competente si el causante no hubiera realizado elección de Ley) está obligado a inhibirse. El modus operandi no se regula en el Reglamento, pero nos parece que o bien lo tiene que pedir cualquiera de las partes o, si el Juez tiene suficiente conocimiento del pacto, debe resolver oídas las partes (no de oficio).

Si ese pacto no lo han suscrito todas las partes en el procedimiento, o ninguna, el Juez nunca está obligado a inhibirse. Pero cualquiera de las partes personadas puede pedir que se inhiba por la razón reseñada en el punto 1.

Si no todas las partes han suscrito ese pacto (o incluso si ninguna lo haya suscrito), el Juez mantiene su competencia si todas las partes admiten expresamente la competencia de ese Juez. ¿Qué significa “expresamente”? Creemos que la personación en el procedimiento de que se trate sin impugnar la competencia ya implica aceptación.

3º La competencia subsidiaria (art. 10)

Los criterios de competencia subsidiaria por razón de lugar de situación de los bienes (los del art. 10) sólo se aplican cuando el causante no tuvo su última residencia habitual en ningún Estado miembro. La versión española no está bien traducida.

Los bienes de la herencia tienen que estar situados en un Estado miembro. El art. 10 no se aplica a bienes situados en un Estado no miembro. Pero los criterios del art. 10 se aplican, en todos los casos de este artículo, aunque no todos los bienes de la herencia se encuentren en ese Estado miembro. Basta la existencia de algún bien. La versión española tampoco está bien traducida.

Referencia al certificado sucesorio (CSE)

El certificado sucesorio está sujeto a las reglas de competencia internacional, sea quien sea quien lo expida. El art. 64 se remite expresamente a los arts. 4, 7, 10 y 11. No parece correcto alegar que cuando lo expide un notario rige el criterio de libre elección, aunque hay quien lo ha sostenido. Puede responderse a esta última opinión que el art. 64 no hace excepciones y que la actuación notarial a la hora de expedir un certificado sucesorio es muy distinta de la actuación notarial “ordinaria” (la dación de fe de actos y contratos). La postura “anti-libre elección” es claramente mayoritaria y es la que suscribimos.

Aun así, el art. 64 es algo ambiguo porque suscita alguna duda acerca de si los criterios de competencia que establecen estos artículos son, a efectos del CSE, jerarquizados y excluyentes, como se establece en el capítulo II, o si son alternativos. Nosotros entendemos que el art. 64 se remite a las mismas reglas del capítulo II y que los criterios no pueden considerarse alternativos.

Si ha habido elección de Ley por el causante, se plantea la cuestión de si la expedición de un CSE tienen que requerirla todos los interesados o basta que lo haga uno. Se ha entendido que el criterio más seguro es que basta que lo requiera uno, pues el art. 65 no establece ninguna salvedad (“a instancia de cualquiera de las personas mencionadas en el art. 63, apartado 1”). Esta respuesta puede parecer “atrevida” pero no debemos enmendar el Reglamento, aunque nos parezca que facilita la duplicación de CSE. Piénsese que a veces puede que sólo haya un interesado en obtener el CSE, aunque haya varios interesados en la sucesión, pues el CSE puede solicitarse para fines parciales, como la administración de la herencia, por ejemplo. Pero el notario que tramite debe tener una especial prudencia en asegurarse de que se realizan de manera efectiva las notificaciones a todos los interesados y que éstos tienen la posibilidad de realizar alegaciones.

En el Derecho interno español se van a dar reglas de competencia para la expedición del CSE por la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, actualmente en tramitación en el Congreso. El proyecto es, hoy por hoy, muy poco claro, **porque atribuye la competencia al notario “que declare la sucesión o alguno de sus efectos”**. Confiamos que el proyecto se mejore antes de convertirse en Ley porque **va a ser muy difícil aplicar esta regla**. Si se nos requiere para tramitar un CSE, tal requerimiento no se realizará, en la gran mayoría de casos, tras otro otorgamiento previo relativo a esa sucesión. Para tramitar un CSE no se exige ninguna actuación previa por el juez o notario. Entonces...¿qué vamos a hacer?

Si no se aprobara esa Ley antes del 17 de agosto, lo cual es posible porque ya queda muy poco tiempo, deben aplicarse, en nuestra opinión, las reglas del art 209bis RN. Es

cierto que estas reglas no cubren todos los casos posibles, pero sí la mayoría. La analogía con las actas de declaración de herederos y con el art. 3.2 del Reglamento hacen muy poco defendible la libre elección de notario en el ámbito interno. La Ley de jurisdicción voluntaria en proyecto no regula esta cuestión.

Sería bueno, aunque esto es un mero desiderátum que nos limitamos a lanzar, **que se creara algún sistema de comunicaciones a los Colegios, y de éstos al Consejo General del Notariado**, aunque fuera a los meros efectos internos, para evitar duplicidades, en tanto no se regule esta cuestión por alguna norma.

A la competencia internacional en actuaciones de Derecho interno en materia sucesoria nos referimos por separado en el apartado “otras cuestiones”.

En materia de ley aplicable a la sucesión

La aplicación del Reglamento tiene lugar en todos los casos en que la sucesión pueda ser calificada de transfronteriza. Puede haber casos en que esto sea discutible, por ejemplo: bienes de valor nimio en un Estado distinto, testamento otorgado en otro Estado cuando se tenía allí residencia...cuando todos los demás elementos del supuesto de hecho son “internos”. No será muy habitual, pero puede darse. La calificación debe realizarse con sentido común, pero sin olvidar que el Reglamento pretende la mayor aplicación posible siempre que haya algún elemento internacional. Para un notario, el consentimiento de todos los interesados será un requisito fundamental a tener en cuenta. Las normas del Reglamento se aplican a todos los casos en que las autoridades y funcionarios de un Estado miembro (no del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) tengan que determinar la Ley aplicable a una sucesión abierta a partir del 17 de agosto de 2015, inclusive. Ello es así aunque esa ley sea la de un Estado no miembro. Las autoridades y funcionarios de los Estados miembros tienen que aplicar las normas del Reglamento a las sucesiones de ciudadanos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

Para las sucesiones que se causen hasta el 16 de agosto de 2015, inclusive, hay que seguir aplicando las normas del Derecho internacional privado español, sin que sea posible aplicar las normas del Reglamento europeo. Dicho a la inversa: las autoridades y funcionarios de los Estados miembros, salvo los tres citados, no pueden aplicar las normas de sus respectivos sistemas de Derecho internacional privado a partir del 17 de agosto de 2015 a nadie, ni siquiera a sus propios nacionales.

El sistema del llamado “Derecho interregional” del CC no se ve afectado por la entrada en vigor del Reglamento sucesorio europeo.

Nada impide seguir otorgando testamento para un ámbito territorial determinado, Por ejemplo, un extranjero otorga testamento sólo para sus bienes en España. Ello no afecta ni puede afectar a la unidad de ley sucesoria.

La ley aplicable es la ley elegida por el causante. En defecto de elección, rige la ley de la última residencia habitual del causante.

Elección de ley aplicable a la sucesión

La elección sólo puede referirse a la ley de la nacionalidad, pero puede ser la nacionalidad que el causante tenga en el momento de la elección o una futura. Si el testador pretende esto último, el notario tendrá que informarle bien sobre lo que está

haciendo y lo que ocurrirá si no obtiene esa nacionalidad; no parece algo muy recomendable.

Sólo puede elegirse una única ley.

Es irrelevante que la ley elegida permita o no elegir la ley aplicable a la sucesión. Esta cuestión se rige directamente por el Reglamento, no por la ley elegida.

El art. 22 dice “La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida”. Esto, como se ve, es una cuestión diferente, pues se refiere al acto de elección, no al objeto del acto de elección.

La elección, y su modificación o revocación, sólo pueden hacerse en acto mortis causa. No pueden hacerse en una escritura o acta de otro tipo, aunque fuera con este único objeto. Es válido que se otorgue un acto mortis causa cuya única cláusula sea la elección, modificación o revocación de ley aplicable; incluso aunque la ley aplicable a la sucesión exija la institución de heredero para la validez del testamento. No debe olvidarse que estamos aplicando una norma europea que desplaza al Derecho interno.

La elección puede hacerse tácitamente. Pero la actuación notarial debe evitar cualquier ambigüedad, por lo cual recomendamos vivamente que la elección, cuando se haga, se realice de forma expresa en una cláusula redactada con total claridad.

La manera de expresar la elección en caso de Estado plurilegislativo debe realizarse con cuidado. Hemos visto defendidas dos posiciones. Según algunos (como nuestro compañero Isidoro Calvo, según dijo en su conferencia del 25 de mayo) se puede elegir directamente la ley de un territorio concreto dentro del Estado plurilegislativo. Según otros (como el prof. Albert Font, en su conferencia del 11 de mayo) se debe elegir sólo la Ley del Estado de que se trate, pero con alguna mención a la legislación interna de ese Estado para determinar el Ordenamiento aplicable; por ejemplo: “el testador elige la ley española que resulte determinada por su vecindad civil”; o (un escocés): “el testador elige la Ley británica que resulte aplicable según la legislación del Reino Unido” o “la más vinculada a su persona”. El prof. Carrascosa González, en su libro “El Reglamento sucesorio europeo” del año 2012 parece todavía más restrictivo. La segunda forma es sin duda completamente correcta. La primera, aunque es más discutible, a nosotros nos parece también válida. No obstante, no la recomendamos porque varios autores han escrito en su contra y alguien podría encontrar argumentos para atacarla.

La ley elegida se mantiene siempre, aunque cambie la nacionalidad del causante y ésta coincida con la última residencia habitual.

En caso de elección de ley no se admite el reenvío, a diferencia de lo que ocurre cuando la sucesión se rige por la ley de la última residencia habitual del causante.

Recomendamos informar bien a todos los causantes cuya futura sucesión tenga algún elemento internacional, que hay la posibilidad de elección de ley, para que tomen alguna decisión sobre esta materia.

No obstante, no hay por qué, en defecto de elección, dejar constancia expresa de esta información en el documento.

Ley aplicable en Estados plurilegislativos

La cuestión se resuelve en primer lugar por lo que determinen las normas del Derecho interno. El art. 36.1 dice “las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.”

A falta de tales normas, el art. 36.2 contiene reglas para cada uno de los criterios de determinación de la Ley aplicable que ha fijado el Reglamento. A efectos de fijar la residencia habitual del causante, se considera que la ha tenido “en la unidad territorial en la que éste hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”. Y a efectos de fijar la Ley aplicable en caso de elección por el causante de la ley de su nacionalidad, será aplicable “la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha”.

En el caso de España, hay que distinguir cuando el causante sea extranjero y cuando sea español. Cuando sea español, se aplicará la ley de su vecindad civil. A esto lleva el art. 36.1. Cuando sea extranjero, no hay una respuesta clara. El art. 36.1 no es aplicable porque no hay norma interna para este supuesto. Aplicarlo por analogía no resulta viable: no hay más que empezar a pensar ejemplos para darse cuenta de los casos que quedarían sin respuesta. El mejor criterio nos parece aplicar por analogía legis la norma del art. 36.2 Reglamento. El desajuste con la normativa aplicable a los españoles a que lleva la aplicación del art. 36.2 es evidente y lamentable; no obstante, ello no puede llevar a dejar de aplicar el criterio de la vecindad civil a los españoles, pues el Reglamento no interfiere en materias de Derecho interno. La disparidad de soluciones entre españoles y extranjeros sólo se podría resolver creando una normativa interna nueva, que hoy por hoy no está en proyecto y sobre la que no hay realmente acuerdo entre teóricos ni entre prácticos.

En materia de ley aplicable a los actos mortis causa

El testamento o el pacto sucesorio no se rigen por la ley sucesoria (que resulte aplicable según los arts. 21 y 22) sino por la ley sucesoria que sería aplicable si el testador o disponente hubiera fallecido al tiempo de otorgar el acto mortis causa. Esta regla desplaza la aplicación del art. 9.8 CC y es de naturaleza distinta, pues más que una respuesta a un caso de conflicto móvil es una especie de ley sucesoria anticipada.

No se tiene en cuenta, por tanto, para el acto mortis causa, la ley que hubiera resultado aplicable en el momento de apertura de la sucesión. Pero esta última rige todo lo que no queda sometido a la ley reguladora del acto mortis causa. En especial, en lo relativo a las legítimas y a la colación de liberalidades (entendida ésta no como operación para el cálculo de la legítima).

Esta dualidad de leyes obliga a precisar qué materias se rigen por la ley sucesoria y cuáles por la ley del acto mortis causa. En principio, la ley sucesoria rige todo lo enumerado en el art. 23 y la ley del acto mortis causa, todo lo enumerado en el art. 26. El listado del art. 23 no hay que considerarlo exhaustivo, pues es la norma general. El carácter exhaustivo o no del listado del art. 26 no está tan claro. Nuestro compañero Isidoro Calvo, en su conferencia del 25 de mayo, defendió que el art. 26 es una lista cerrada, pues es norma especial respecto de la norma del art. 23. El prof. Carrascosa, en su libro citado, defendió lo contrario. En el seminario de mayo defendimos esta última postura, que ahora vamos a matizar. Pues a la vista de las opiniones diferentes, hay que ser prudente y tender hacia la postura de la lista cerrada; o, por lo menos, interpretar el art. 26 ceñido a su ratio.

Pero en todo caso no debe olvidarse en los casos de pactos sucesorios, por ejemplo de renuncia o de finiquito de legítima, que quienes los suscriben no podrán ir contra sus propios actos.

El problema se puede eliminar en la práctica y el Notario debe actuar en consecuencia. La dualidad de leyes es un problema y debe evitarse. El Notario tiene que recomendar, e intentar conseguir, que toda la sucesión se rija por una única ley. Para ello, será útil acudir a la elección de ley por el causante.

El causante puede elegir la ley aplicable al acto mortis causa, pero sólo puede elegir una de las leyes previstas en el art. 22; o sea, su ley nacional en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

El causante puede elegir, por tanto, dos leyes distintas: una para el acto mortis causa y otra para la sucesión en general.

No hay razón suficiente para impedir esto, aunque el art. 24.2 del Reglamento podría haber sido más claro. Los diversos autores que han escrito o hablado sobre el tema están de acuerdo en esto.

No obstante, desde el punto de vista de la seguridad preventiva, hay que informar bien al causante para sea consciente de las consecuencias de su decisión. Y hay que intentar que la cláusula quede redactada con claridad: si se refiere a toda la sucesión, incluido el testamento o pacto sucesorio, o si se refiere sólo a una u otro.

La elección de la ley sucesoria, sin decir nada expresamente acerca de si esa ley debe regir también los actos mortis causa, habrá que entender que implica esto último, pues se refiere a la (toda) sucesión, aunque en último término esto es una cuestión de interpretación del testamento o pacto sucesorio. No obstante, para evitar toda ambigüedad, puede ser recomendable decir algo así: "...elige como ley aplicable a su sucesión, incluido al presente testamento, la ley..."

En materia de validez formal de testamentos y pactos sucesorios, los jueces y autoridades españoles tienen que estar al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, no al Reglamento sucesorio (art. 75 del Reglamento).

Otras cuestiones

La competencia internacional de los notarios en tramitaciones propias del Derecho interno español

No nos referimos al CSE sino a las actas de declaración de herederos intestados y a otros supuestos de la llamada "jurisdicción voluntaria" que ya podemos realizar según alguna legislación civil (en especial, la autonómica) y a otros más que nos va a encargar a los Notarios la Ley de Jurisdicción voluntaria (LJV) que próximamente entrará en vigor.

Tratamos de responder a la pregunta de si la competencia internacional para tramitar estos asuntos tiene que regularse o no por el Reglamento sucesorio. No nos referimos a la jurisdicción contenciosa, pues respecto de ésta, no hay duda de que la competencia internacional se rige por el Reglamento. Es el supuesto normal de aplicación de los artículos 4 y 3.2.

Puede sostenerse que no se trata realmente de "jurisdicción" y que esta materia no se regula ni se pretende regular por el Reglamento. Esta tesis tiene su atractivo, porque muchos procesalistas (no todos) han defendido desde hace décadas que estamos ante

actuaciones de tipo administrativo y no procesal, aunque a veces se hayan encomendado a los jueces. El prof. Carrascosa González ha defendido esta tesis.

Por contra, hay argumentos para aplicar el Reglamento: el Reglamento no distingue ni hace exclusiones; da las mismas reglas para la circulación, reconocimiento y eficacia a resoluciones de jurisdicción contenciosa y voluntaria: ¿acaso va a dar reglas de competencia para un caso y no para el otro?; sería llamativo que no se aplicara a la jurisdicción voluntaria cuando el Reglamento da reglas de competencia para la expedición de certificados sucesorios, que son un supuesto de jurisdicción voluntaria; el término “jurisdicción” no tiene por qué limitarse a la contenciosa, es verdad que la voluntaria es algo muy distinto pero también se trata en ésta de declaración de derechos (un gran procesalista italiano dijo que es un proceso para prevenir un litigio futuro). Algunos de estos argumentos los ha defendido nuestra compañera Inmaculada Espiñeira (sus notas pueden consultarse en el SIC).

Respecto de los notarios, no hay que olvidar que la conocida resolución de la DGRN de 18 de enero de 2005 (sistema notarial) equiparó la naturaleza de la declaración notarial de herederos intestados a la declaración judicial.

En todo caso, lo que se ha discutido es no sólo la aplicación del Reglamento a las tramitaciones notariales sino también a las judiciales.

Recordamos el ejemplo puesto en el coloquio de la conferencia que tuvo lugar en nuestro Colegio Notarial de Baleares el 18 de mayo: tras el 17 de agosto de 2015 se requiere a un notario español para que tramite un acta de declaración de herederos intestados de un italiano con última residencia habitual en Italia que fallece intestado, tras el 17.08.2015, en Italia y que era propietario de un inmueble en Ibiza.

¿Hay competencia internacional de los notarios españoles en este supuesto?

Hubo disparidad de criterios entre la conferenciante (la Prof. Pilar Blanco-Morales, ex directora general de Registros y Notariado) y el catedrático de Derecho internacional privado de la Facultad (y maestro de aquélla) D. Luis Garau Juaneda.

Tras seguir reflexionando sobre el asunto y tras volver a contrastar opiniones, nuestra respuesta es la siguiente:

El Reglamento regula la competencia internacional no sólo en la jurisdicción contenciosa sino también en cualquier otro asunto sucesorio siempre que actúe un “tribunal” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento. Este artículo es fundamental y por lo visto deberíamos aprenderlo de memoria. Si se dan todas las circunstancias que este artículo prevé, la competencia internacional sólo puede decidirse por el Reglamento. O sea, ha de tratarse de una actuación realizada por un órgano judicial o por cualquier autoridad o profesional del Derecho con competencias en materias de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o (obsérvese que hay disyuntiva) que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o bajo su control, siempre que ofrezcan garantías de imparcialidad, den derecho a las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en que actúan puedan ser objeto de revisión o recurso ante un órgano judicial y (copulativa, no disyuntiva) tengan fuerzas y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

Si no se da alguno de estos requisitos, la competencia internacional no se puede decidir por el Reglamento, sino por el Derecho interno. En el caso español, por la LOPJ (vid. art. 22 de la versión hoy vigente, que está en trámite de modificación legislativa).

En materia de declaración de herederos intestados, entendemos que se dan todos los requisitos del art. 3.2 y que la competencia tiene que decidirse por el Reglamento. En

esto aclaramos (o rectificamos) nuestra postura en el seminario de marzo. Esta postura la hemos visto defendida también por nuestro compañero José Nieto Sánchez (puede consultarse en el SIC). Nosotros añadimos que la palabra “jurisdicción” no implica necesariamente la actividad de “juzgar”, que un notario español en ningún caso podría hacer (art. 117 de la Constitución), sino que también comprende la actividad de “declarar derechos”.

En nuestro ejemplo, el acta debería tramitarse en Italia. Las reglas del art. 64 (así lo hemos sostenido) no son alternativas. Y obsérvese que el art. 10 del Reglamento no resulta aplicable.

Cabe defender que el Reglamento no sería aplicable a otras actuaciones que la LJV va a regular en las que no se declaran derechos (¿formación de inventario a efectos de aceptar a beneficio de inventario?). Esta materia la trataremos en seminarios futuros, una vez esté en vigor la LJV.

O sea, unas materias de jurisdicción voluntaria deberán regirse, en cuanto a competencia internacional, por el Reglamento europeo, y otras, por la LOPJ.

En seminarios futuros también comentaremos las otras dos Leyes con incidencia en la competencia de jueces y notarios, tanto internacional como interna, hoy en tramitación: la reforma de la LOPJ y la nueva Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

La administración de la herencia (art. 29)

La administración de la herencia es un tema en el que chocan las concepciones anglosajona y continental de un modo especial, ya que el sistema anglosajón es un sistema basado en la liquidación previa del patrimonio relicto y su entrega, una vez finalizadas esas operaciones, a los herederos, mientras que en los sistemas continentales son los herederos, una vez asumida su condición de tales, quienes se ocupan de la liquidación.

La importancia de que la actuación del administrador sea efectiva allí donde se produzca ha llevado a muchos Ordenamientos al fraccionamiento de la ley sucesoria, para permitir que la actuación del administrador se rija por la Ley del lugar donde se encuentren los bienes, máxime si se trata de inmuebles.

El nuevo Reglamento tenía varias opciones. Podía haber sujetado toda la materia a la ley sucesoria. Podía haber establecido un fraccionamiento de la ley sucesoria, de forma que la administración y ejecución de las últimas voluntades quedaran sujetas a las leyes de los lugares de situación de los bienes. Sin embargo, no ha hecho ninguna de estas dos cosas.

Esta materia se regula en el extenso artículo 29.

La primera regla es que si un tribunal cuya ley nacional exige un administrador pero ha de aplicar una ley sucesoria extranjera, podrá nombrar un administrador conforme a su propia lex fori. Este administrador tiene que ser la persona que esté facultada para “ejecutar el testamento del causante y/o administrar la herencia conforme a la ley aplicable a la sucesión”. Si esta ley no prevé la administración por quien no sea un beneficiario, el tribunal podrá designar a un tercero según su propia lex fori cuando lo exija ésta y además se de alguno de los supuestos del párrafo segundo del art. 29.1.

Estos supuestos son: grave conflicto de intereses entre beneficiarios o entre éstos y acreedores, o desacuerdo entre beneficiarios sobre la administración, o complejidad de la administración.

A las facultades de los administradores se les aplican las normas del art. 29.2 y 29.3: se rigen en primer lugar por la ley aplicable a la sucesión. Pero si ésta no prevé facultades suficientes para preservar los bienes y derechos de la herencia, o para proteger los derechos de acreedores o de quienes hayan garantizado deudas del causante, el tribunal que los nombró podrá habilitarles “para ejercer, de forma residual, las facultades previstas en la ley del foro”. Pero al ejercitar estas facultades, que el Reglamento califica de “residuales”, los administradores respetarán la ley aplicable a la sucesión en relación a la transmisión de los bienes, responsabilidad por deudas, derechos de los beneficiarios y facultades del executor testamentario si lo hubiere. Y resulta que el tribunal que nombre al administrador “podrá decidir, por vía de excepción, si la ley aplicable a la sucesión es la de un tercer Estado, atribuir a los administradores todas las facultades previstas en la ley del foro”. Pero en este caso, se impone a los administradores que respeten la determinación de beneficiarios, las legítimas y las reclamaciones contra la herencia o los herederos, todo ello según la ley que rige la sucesión.

Esta norma parece que quería contentar a todos, tanto a los partidarios de los sistemas del Common Law como de los diversos Derechos continentales. Quizá por eso ha diseñado un sistema que es muy difícil de aplicar en la práctica, pues está diciendo en realidad que se aplican varias Leyes que pueden ser en principio incompatibles, además de aplicarse el título sucesorio, y deja siempre a salvo que un tribunal pueda nombrar administrador o executor para que actúe más o menos plenamente conforme a la ley del foro.

¡Y al final ha resultado que el Reino Unido ha optado por la no aplicación del Reglamento!

Hasta la entrada en vigor del Reglamento, la práctica notarial y registral española ha aceptado que en las herencias causadas por británicos o irlandeses no actúe un executor incluso aunque se haya dado a éste por el tribunal británico o irlandés facultades para actuar en el extranjero. Se ha entendido, con buen criterio a nuestro juicio, que si todos los beneficiarios consienten las operaciones particionales, no tiene por qué procederse al nombramiento de un administrador en España; incluso aunque no haya administrador nombrado en el Reino Unido o en Irlanda. Cosa distinta es que la herencia sea litigiosa. Para este caso, siempre hemos entendido posible que se nombre judicialmente un administrador en España, tanto si no se ha nombrado en el extranjero como si el nombrado no tiene facultades para actuar en España.

El Reglamento europeo no obliga, a nuestro juicio, a cambiar la práctica notarial española. Si el causante designó un executor, no hay problema en que actúe en España. Pero no es necesario que actúe si la intervención de éste no se ha dispuesto para el extranjero por el causante o por el tribunal que ha dictado el Probate y todos los interesados en la sucesión (que resulten del propio Probate) consienten. No obstante, para evitar problemas, a veces puede no ser recomendable una actuación sin el executor. Por “interesados en la sucesión”, habrá que entender interesados en la sucesión en España, salvo que del título sucesorio resulte otra cosa. Sin embargo, no podrá obviarse la actuación del executor si hay menores o incapacitados que tengan interés en la

herencia. Si el causante no designó executor, el propio art. 29 del Reglamento, como hemos visto, sólo obliga a nombrar uno en los casos que el mismo prevé. Estos casos no se darán, en principio, cuando se produzca un otorgamiento ante notario por todos los interesados, mayores de edad y capaces, en la sucesión en España.

El reenvío

El reenvío es admitido con limitaciones por el art. 34 del Reglamento. Esta norma dispone que la designación de la ley sucesoria que corresponda según el Reglamento se entiende con aplicación de la totalidad de ese Ordenamiento, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado si reenvían a la ley de un Estado miembro o a la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

Se admite, por consiguiente, un reenvío de primer grado que se da cuando la ley extranjera remite a la ley del país cuya norma ha reenviado a aquél. Y también se admite un reenvío de segundo grado, pero sólo cuando el Ordenamiento al que se reenvía es de un (otro) Estado miembro, o cuando el Ordenamiento al que se reenvía es de un Estado no miembro pero que no realiza un reenvío ulterior.

Como se ve, se admite con mucha más amplitud que en el Código Civil español, cuyo art. 12.2 dispone que “La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.” Sólo admite el reenvío de primer grado.

De todas formas, como se han unificado las normas de conflicto de los Estados miembros, salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, el reenvío será difícil que se plantee en las relaciones entre los Estados miembros. Es más fácil que se plantee con estos tres países y con Estados no miembros, pues recordamos que el Reglamento da normas de conflicto aplicables aunque la ley a la que remitan sea la de un Estado no miembro.

El reenvío ha sido un gran tema de debate en la doctrina del Derecho internacional privado. A lo largo del siglo XX se han dado razones a favor y en contra. Y ha sido recogido de forma desigual por los distintos Derechos. Hoy la doctrina internacionalista lo ve “con malos ojos”. Esta postura de rechazo va teniendo poco a poco una mayor aceptación jurisprudencial.

En España, las palabras “tener en cuenta” del art. 12.2 CC han servido para que el TS entienda que el reenvío a la Ley española tampoco es de aplicación automática; también ha servido de freno a la aplicación del reenvío de primer grado el respeto al principio de la unidad de la ley sucesoria. Estas matizaciones han contribuido a alcanzar soluciones seguramente más justas, y paradójicamente han llevado a resultados que se hubieran conseguido igualmente si el reenvío no se reconociera por el CC.

Un ejemplo: la sucesión de un inglés se ha regido, en cuanto sea aplicable el sistema español de Derecho internacional privado, hasta la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, por la ley inglesa, porque ésta es la ley nacional del causante. Dado que la ley inglesa remite a la española para regular la sucesión de los inmuebles (*lex rei sitae*), corresponde aplicar la Ley española; pero como ello implica fraccionar la ley sucesoria, se admite que la Ley inglesa se aplique en lugar de la española. Si en lugar de la técnica

del reenvío se hubiera acudido al criterio del reconocimiento y ejecución en España de la resolución de un juez inglés sobre la sucesión de ese inglés (vamos a suponer que tenía algún bien en Inglaterra y que un juez inglés se consideró competente), se habría aplicado la Ley española.

Recordamos que si el causante era residente en España y todo su patrimonio (algo no fácil de probar) radicaba en territorio español, se ha entendido por el TS español que su vinculación con España fue mayor que con Inglaterra y procede la aplicación de la ley española. En nuestra opinión, en contra de lo que están empezando a exigir algunas calificaciones registrales, esto no puede sentar una regla para la práctica que obligue a demostrar, o a intentar demostrar, que el causante tenía bienes en el Reino Unido para evitar la aplicación de la ley española. Esto sería convertir en norma un criterio excepcional sólo aplicado/aplicable en supuestos litigiosos.

Tras la entrada en vigor del Reglamento, nada obliga a los tribunales británicos a cambiar sus criterios.

Y los jueces y autoridades españolas pueden seguir acogiendo la regla de la unidad de la sucesión para rechazar el reenvío.

Hay diversos casos en que no se admite el reenvío: en caso de *professio juris* (art. 22), en el supuesto excepcional del art. 21.1, en el caso de ley aplicable a las formas testamentarias (art. 27), en la forma de las declaraciones de aceptación o renuncia a que se refiere el art. 28.b y a los casos de sucesiones especiales contemplados por el art. 30. En ningún caso se admite el reenvío de tercer o mayor grado.

Carlos Jiménez Gallego
Notario de Palma
Palma de Mallorca, 1 de junio de 2015