

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11708 *Resolución de 26 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 45, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña M. C. D. L. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Madrid número 45, doña María Cristina Bordallo Sarmiento, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Francisco Javier Gardezabal del Río, se otorgó por doña M. C. D. L. manifestación y aceptación de la herencia por el óbito de su esposo don B. N. M.; el título de sucesión resulta de testamento abierto «otorgado o suscrito» –según resulta de la escritura de manifestación de herencia– ante el abogado don J. G. de 21 de agosto de 1986, según resulta de copia del citado testamento, que aparece legitimado por el notario público de Sydney (Australia), don D. N. L. quien certificó el día 1 de junio de 2011 que dicha copia era fiel reflejo de su original y que aparece debidamente apostillada, y en cuyo testamento, tras revocar cualquier voluntad o disposiciones testamentarias anteriores, el citado testador nombraba ejecutora o albacea a su citada esposa, y le dejaba la totalidad de su caudal hereditario, incluyendo bienes inmuebles, muebles y derechos reales de cualquier clase y con independencia de donde estuvieren situados.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Madrid número 45 el día 25 de noviembre de 2011, y fue objeto de calificación negativa de 15 de diciembre que a continuación se transcribe: «Calificado el precedente documento, presentado en esta oficina el día veinticinco de noviembre de dos mil once, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, se suspende la inscripción del mismo por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: 1.º no se acredita la validez del testamento otorgado conforme a la ley personal del causante ya que supone una excepción a la necesidad de documento público que exige la legislación española para poder ser inscrito (Artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 36 del su Reglamento). 2.º no se acredita que sea compatible el cargo albacea y la cualidad de heredero conforme a la ley personal del causante. (Artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 892 y siguientes del Código Civil). No se toma Anotación preventiva de suspensión, por no haber sido solicitada. Contra esta calificación (...)».

III

El presentante del documento, don M. S. M. D. G. con fecha 26 de diciembre de 2011, solicitó calificación sustitutoria que correspondió al registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 1, don Ángel Valero Fernández-Reyes, con entrada en el registro de Torrejón el 28 de ese mismo mes, quien con fecha de 9 de enero de 2012, emitió su nota de calificación que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Primero. Que con fecha 25 de noviembre de 2011 y con la entrada 58424 se presentó en el Registro de la

Propiedad número 45 de Madrid la citada escritura, la cual fue calificada negativamente el 15 de diciembre siguiente en los siguientes términos: «se suspende la inscripción del mismo por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: 1.º) no se acredita la validez del testamento otorgado conforme a la ley personal del causante ya que supone una excepción a la necesidad de documento público que exige la legislación española para poder ser inscrito. (Artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento). 2.º) no se acredita que sea compatible el cargo albacea y la cualidad de heredero conforme a la ley personal del causante. (Artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 892 y siguientes del Código Civil). Segundo. Que el día de 26 de diciembre de 2011 –en plazo legal– se solicitó ante el Colegio de Registradores calificación sustitutoria, resultando como Registro sustituto el Registro n.º 1 de Torrejón de Ardoz. El día 28 del mismo mes se presenta en este Registro, con el número 4850 la citada escritura, junto con la nota recurrida, y ese mismo día se recibe por correo electrónico, remitido por el Registrador sustituido, fotocopia de las inscripciones que componen la información registral completa y necesaria para verificar la calificación sustitutoria. Fundamentos de Derecho: Primero.–Según el artículo 61el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 en materia de forma de las disposiciones testamentarias, ratificado por España el 16 de marzo de 1988 –BOE de 17 de agosto de 1988–, «la aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad», es decir, que será de aplicación en España aunque la nacionalidad de los interesados –en este caso Australia– o la aplicable según el Convenio no sea la española y aunque ese Estado no haya ratificado el mismo. A tal efecto, según el artículo o 1 del Convenio, para considerar el testamento válido en cuanto a la, forma bastará que se cumpla indistintamente las exigencias formales de cualquiera de las siguientes Leyes internas: la del lugar de otorgamiento, la de nacionalidad o domicilio oficial o residencia habitual del testador en el momento del otorgamiento o del fallecimiento, o, respecto de los inmuebles, la del lugar en que estén situados. En consecuencia, para considerar válido en España el testamento que se presenta, otorgado en Australia por un australiano; es necesario que reúna las exigencias formales de la Ley interna de ese Estado sin que sea necesaria la forma pública o la protocolización u homologación del testamento ológrafo exigidas por la legislación española ni los requisitos que debe reunir denominado testamento ológrafo para poder ser protocolizado en España. Por lo tanto, debe examinarse cuáles son esas exigencias formales australianas y si se cumplen en el presente supuesto y para ello sin necesidad de profundizar en el estudio de la Ley interna australiana, basta a mi juicio, el simple análisis de los pormenores de los documentos presentados: certificado notarial de un testamento privado debidamente apostillado y Declaración de legalidad del mismo notario debidamente apostillado. Así, el primer documento se trata, según se infiere de la traducción, de un «certificado notarial de un testamento que se incorpora con indicación exclusiva de que es copia fiel del documento original» y ese testamento se trata, a su vez, de un testamento privado redactado a máquina por el testador sin que exista una identificación del testador ni juicio de capacidad por notario público alguno ni funcionario judicial que permita aplicar la equivalencia de formas. En principio, esa certificación notarial esa certificación no atribuye o eleva el testamento a la categoría de documento público, a pesar de la indicación de la apostilla «Este documento público» que debe entenderse referida a que el certificado o testimonio notarial es público no que el documento del que se certifica tenga tal carácter ni que esa certificación, por sí sola, sirva para cumplir la exigencias de forma de la legislación australiana. Y el segundo documento –válido a los efectos del art. 36 del RH– expedido por el mismo notario de la certificación, referido, a primera vista, a acreditar la legalidad de ese certificado, indica expresamente que «2. La legalización de un testamento es un documento legal emitido por la División de Testamentaria del Tribunal Supremo de New South Wales» y que deberá, tenerse, por válida por los tribunales tacha de validez por falta de capacidad del testador o por coacción en el otorgamiento; de lo que se infiere, en realidad, que la mera certificación notarial no cumple las exigencias de forma de los testamentos privados sino que para entender cumplidas las mismas es necesaria una «legalización judicial emitida por un

tribunal especializado». En conclusión, al no reunir el documento presentado –o no haberse acreditado adecuadamente– las exigencias formales de la legislación australiana, ni de ninguna otra que le fuere aplicable, no puede tenerse por válido en España Y deberá rechazarse la inscripción de la partición hereditaria que en él tiene su fundamento. Segundo.–El segundo defecto, sin embargo, debe ser rechazado por las siguientes razones: 1.º–En cuanto a las disposición hereditaria que indica que «Nombro a mi esposa como albacea única de mi testamento y otorgo y lego la totalidad del caudal hereditario, incluyendo tanto bienes inmuebles como derechos reales de cualquier clase y con independencia de dónde estén situados, a mi esposa de forma absoluta», debe señalarse, en primer lugar, que no debe darse a las palabras –ej. Lego la totalidad del caudal hereditario– el mismo significado que tienen en España, primero porque la calificación de las particiones, siendo la Ley aplicable la nacional del causante, no puede basarse en consideraciones basadas en el Derecho español –res. de 22 de noviembre de 2006– y, segundo, porque la traducción puede no tener la precisión jurídica deseable en estos casos; por lo que debe primar la interpretación de la real voluntad del testador. 2.º–Pues bien, en este sentido son numerosas las legislaciones que adoptan el criterio objetivo del llamamiento a «cuota» para atribuir la condición de heredero o legatario, es decir, que establecen que las disposiciones testamentarias, cualquiera sea la expresión o denominación utilizada por el testador, más si se efectúa privadamente y sin presencia de notario, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador, lo que aplicado al presente supuesto lleva a la conclusión de que la voluntad del testador ha sido nombrar a su mujer como heredera universal y única de todos sus bienes de cualquier tipo y ello más allá. de la expresión o palabra concreta utilizada. 3.º–Por otra parte, la afirmación expresa del notario autorizante de la partición de que «Yo el Notario, declaro conocer en lo pertinente la Ley nacional australiana en materia de sucesiones y la misma no reconoce legítima alguna a favor de descendientes», no es refutada por la Registradora calificante, por lo que la mujer del testador debe tenerse por heredera universal y única interesada en la herencia. Debe tenerse en cuenta, además, que la referida refutación, según la doctrina de la DGRN –ver resoluciones de 19 de diciembre de 2003, 10 de enero de 2004 y 12 de febrero de 2004– hubiera exigido la afirmación expresa del conocimiento de la legislación australiana sobre la materia. 4.º–Así planteadas las cosas, es indiferente que en el derecho australiano sea o no compatible el cargo de albacea y la cualidad de heredero, cuyo posibilidad exige la registradora acreditar, pues otorgado el documento particional –más bien manifestación de herencia– por la mujer del testador en nombre propio como heredera única y universal, aunque lo haga también como ejecutor del testamento en expresión innecesaria dada por el notario, ello es válido porque la voluntad del causante es que la mujer pueda adjudicarse los bienes sin intervención de ninguna persona más y no existen terceros que puedan resultar perjudicados. Y, También, porque, incluso en el derecho español, este tipo de partición o manifestación de herencia en que comparecen el albacea y todos los herederos, debe ser considerada como un acto o contrato particional otorgado por el heredero –o herederos en su caso– y no como un acto unilateral otorgado por el albacea o contador-partidor, de cuya intervención, por otra parte, se puede prescindir; y ello porque así lo tiene declarado, en cuanto a la naturaleza de ese acto y salvo que los herederos se limiten a aceptar la herencia, la DGRN en resolución de 18 de diciembre de 2002 entre otras, y lo admite, en cuanto a la posibilidad del prescindir del contador-partidor, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de octubre de 1992. Por todo lo cual, resuelvo ratificar el primer defecto de la nota de calificación recurrida en los términos señalados y revoco el segundo de los defectos por las razones expuestas.

Como consecuencia de la calificación sustitutoria reseñada, los hijos del causante, otorgaron un acta de ratificación y consentimiento, ante el mismo notario, de fecha 26 de enero de 2012, en la que declaran su voluntad de respetar escrupulosamente la última voluntad de su padre expresada en el testamento abierto otorgado y referido anteriormente. Se procedió a la presentación de la misma, junto con el título objeto del

expediente, y la registradora del Registro de la Propiedad de Madrid número 45, doña María Cristina Bordallo Sarmiento, emitió nueva calificación del documento, que se transcribe: «Presentado el precedente documento en esta oficina el día veinticinco de noviembre de dos mil once, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, se suspendió la inscripción poniéndose la correspondiente nota de calificación el día quince de diciembre de dos mil once; a continuación se solicitó la calificación sustitutoria y de la misma resultó que el registrador competente en la misma confirmó el primer defecto de la citada nota y revocó el segundo. El día cuatro de febrero de dos mil doce se aporta una escritura de ratificación y consentimiento otorgada por los hijos del causante de fecha de veintiséis de enero de dos mil doce otorgada ante el mismo notario don Francisco Javier Gardeazábal del Río, número de protocolo 151; del examen y calificación de la misma resulta que sigue sin estar subsanado el defecto aludido en el apartado primero de la mencionada nota de calificación y confirmado por la calificación sustitutoria con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: la falta de validez formal del testamento no puede suplirse con la intervención de todos los posibles herederos en la herencia; en la ley australiana, según afirma el notario autorizante de la escritura, sólo se reconoce legítima al cónyuge viudo de manera que la ahora ratificación y consentimiento de la herencia otorgado por los hijos del causante no subsana la falta de validez formal del testamento. En consecuencia, suspendo la inscripción por los motivos expresados en la anterior nota de calificación y en ésta. No se toma Anotación preventiva de suspensión, por no haber sido solicitada. Contra esta calificación registral (...) Madrid, a 9 de febrero de 2012 Fdo. María Cristina Bordallo Sarmiento (firma ilegible)».

IV

El día 20 de marzo de 2012, doña M. C. D. L. interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «1.–El Recurso se interpone contra la nota de calificación suscrita por doña Cristina Bordallo Sarmiento, fechada el 9 de febrero, que resultó íntegramente confirmada por la calificación sustitutoria emitida por el Registrador de Alcobendas 1, Sra. Sánchez Segura. De conformidad con lo dispuesto en el número 5.º del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria el recurso se ciñe exclusivamente a los términos de la calificación de la Sra. Bordallo Sarmiento, prescindiéndose de las demás calificaciones que han recaído sobre la escritura y que han sido relacionadas en este expediente. 2.–Con carácter preliminar, conviene precisar la normativa sustantiva aplicable a la sucesión. Concurriendo un elemento extranjero, la cuestión fundamental es la definición del Derecho aplicable. Con arreglo a la norma de conflicto que ha de decidirse por la *lex fori* (art. 9-8.º CC), al tener el Sr. N. nacionalidad australiana al tiempo de su fallecimiento, es aplicable la ley australiana. El artículo 9-8.º CC determina la ley material aplicable a la sucesión. Para resolver las cuestiones formales habrá que atender a lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1961, que constituye hoy la norma de conflicto aplicable. A lo dispuesto en este convenio se hará referencia más adelante. La ley australiana definirá, por tanto, las reglas sustantivas aplicables a la sucesión del Sr. N. Como aspectos más señalados a los efectos de este recurso, debe destacarse la inexistencia de derechos legitimarios a favor de los parientes más próximos y la indispensable presencia del ejecutor en las operaciones de liquidación de la herencia, al desconocer el derecho anglosajón la figura del heredero propia del derecho romano. En el derecho australiano, como, en general, en todo el sistema anglosajón, el heredero es un simple perceptor del remanente líquido que queda después de que el ejecutor haya realizado las operaciones de liquidación de la herencia. Aunque parece que el segundo defecto de la primera nota de calificación, concretado en la no acreditación de la compatibilidad entre el cargo de albacea y la cualidad de heredero conforme a la ley personal del causante, no se ha mantenido en la segunda que ahora se recurre, la argumentación expuesta sirve para contradecirlo. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre la forma de acreditar el derecho extranjero aplicable. En cualquier caso, debe señalarse que la aplicación de la ley australiana a la sucesión del Sr. N. no está discutida en la nota de calificación, aunque las consecuencias de la sujeción del supuesto de hecho

a la ley australiana no son plenamente admitidas, a juicio de la recurrente, en la calificación que ahora se impugna. 3.—Entrando en el examen de los defectos que señalan las notas de calificación, lo primero que procede destacar es que su escueta y no clara redacción hace difícil su comprensión y la contra argumentación consiguiente. Atendiendo a la interpretación literal de ambas, la primera nota de calificación no pone en duda abiertamente la validez del testamento, sino que en ella la registradora se limita a exigir la acreditación de la validez del testamento, que equivale a exigir una justificación externa de que el testamento es válido, sin que tome postura sobre ese hecho. (“... no se acredita la validez del testamento otorgado conforme a la ley personal del causante...”), para, seguidamente, entender que se trata de una excepción a la exigencia de documento público para la inscripción. En cambio, la segunda nota de calificación se decanta abiertamente por la falta de validez, aunque sin justificación alguna, (“... la falta de validez formal del testamento no puede suplirse...”). Obsérvese que la interpretación literal de ambas notas de calificación conduce a resultados de signo divergente. Para la primera nota de calificación existiría un problema formal consistente en la falta de acreditación del derecho aplicable. Para la segunda, en cambio, existe un vicio formal del testamento. Es evidente que, desde el punto de vista registra, las consecuencias que se derivan en cada caso no son las mismas. En cualquier caso, al remitirse expresamente la segunda nota de calificación a la primera, resulta obligado tener en cuenta conjuntamente la redacción de las dos en la fundamentación de este recurso. Con la intención de dar claridad al debate y abordar el contenido de ambas notas, se propone examinar separadamente las siguientes cuestiones: Validez del testamento otorgado por el Sr. N. Acreditación de la validez del testamento del Sr. N. Ajuste del testamento extranjero válido con la exigencia de documento público para la inscripción (art. 3 LH). Siguiendo el mismo orden: a.—Validez del testamento otorgado por el Sr. N. Desde el punto de vista formal, la cuestión queda resuelta hoy, más que por lo dispuesto en el artículo 11 CC, por el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 16 de marzo de 1988 que constituye el derecho aplicable. Concretamente, son aplicables los artículos 1 y 6 del Convenio. Artículo primero. Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna: Del lugar del testador que hizo la disposición, o De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o Respecto de los inmuebles, del lugar en que estén situados. A los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema. La cuestión de saber si el testador tenía un domicilio en un lugar determinado se regirá por la ley de este mismo lugar”. Artículo 6. La aplicación de las normas de conflicto establecidas en el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean de un Estado contratante». El convenio, partiendo del principio del favor testamenti, amplía notablemente los puntos de conexión sobre lo dispuesto en el artículo 11 CC. La remisión al derecho australiano no necesita demostración. En este punto se distinguirán las formalidades de otorgamiento del testamento y las formalidades posteriores al fallecimiento del testador. Las formalidades del testamento para el territorio de Nueva Gales del Sur se rigen por lo establecido en la Succession Act 2006 (NSW). Esencialmente, el otorgamiento de un testamento por un súbdito australiano se caracteriza por la ausencia de formalidades, sin que sea requerida la intervención de notario o de otra persona investida de autoridad pública. Con posterioridad al fallecimiento del testador, la legitimación del albacea o ejecutor del testamento que, como es conocido, es la figura central del régimen sucesorio en el sistema de liquidación propio del derecho

anglosajón, se consigue mediante el «Grant of Probate» que otorga la división correspondiente de la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur. La concesión del «Grant of Probate» y sus efectos se rige por lo establecido en la Probate and Administration Act 1898 (NSW). A solicitud del notario autorizante de la escritura, Sr. Gardezábal, se pidió al notario australiano el «Grant of Probate», recibándose el documento que se incorporó a la escritura. La explicación radica en que, al partir el derecho anglosajón de una visión eminentemente territorial en la resolución de los conflictos de leyes, se excluye de manera expresa la concesión del «Grant of Probate» cuando no existen bienes del causante en el territorio de competencia de la Corte. A la vista de lo expuesto queda claro en el supuesto de hecho que el testamento otorgado por el Sr. N. M. es válido con arreglo a la ley australiana, y que no es posible obtener el «Grant of Probate».

b.—Acreditación de la validez del testamento. Como se ha razonado, la primera nota de calificación, a diferencia de la segunda, no pone en duda la validez formal del testamento, sino la acreditación de la validez. No se discute que el testamento sea válido, sino que la validez del testamento, que no se prejuzga en la nota de calificación, sea debidamente acreditada. La redacción escueta de la primera nota de calificación da a entender que la registradora pide que la validez del testamento sea acreditada de manera externa. Implícitamente se está pidiendo que, por alguien que sea competente, se declare la validez del testamento. Frente a esa declaración de la nota de calificación, hay que afirmar que la acreditación de la validez del testamento resulta del cumplimiento de los requisitos como determina el artículo 36 pfo. II RH. De conformidad con lo dispuesto en este precepto, esto se hace en la escritura calificada de dos maneras. 1.—Mediante la incorporación de la Declaración de Notario público de Nueva Gales del Sur. En ella se afirma expresamente que «Los Tribunales de New South Wales otorgarán validez a las disposiciones testamentarias del testador tal y como aparecen en el testamento a menos que...». El escrito señala a continuación dos excepciones, sin que en ninguna de ellas pueda ser encuadrado el supuesto de hecho. De la lectura de este documento sólo cabe extraer la única consecuencia de que al no concurrir con arreglo a la legislación australiana ninguna excepción, el testamento tendrá plena validez y así lo reconocerán los Tribunales. Y no parece que pueda ponerse en duda la declaración efectuada por el Notario público australiano —desde luego, esto no se hace en la nota de calificación. 2.—En segundo lugar, mediante la declaración del notario autorizante de la escritura de partición de herencia. En el momento de definir la legislación aplicable el notario expresa lo siguiente: «IV.—De la ley nacional del causante a la fecha de su fallecimiento: El causante don B. N. M. al momento de su fallecimiento era de nacionalidad australiana, por lo que su sucesión se rige por la Ley Nacional Australiana en materia de sucesiones, que yo, el Notario, declaro conocer en lo pertinente y cuya Ley no reconoce legítima alguna a favor de los descendientes». El notario declara de manera expresa conocer suficientemente el Derecho australiano aplicable, sin que en la nota de calificación se objete mínimamente su aplicación al supuesto de hecho y sin que tampoco se oponga por la registradora conocimiento alguno del aquel Derecho que permita contradecir las aseveraciones del notario español y del notario público australiano. Llegados a este lugar, es necesario recordar la reiterada doctrina del Centro Directivo que ha señalado con claridad que la acreditación del derecho extranjero, de conformidad con el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, se puede realizar por la afirmación del notario autorizante del documento. Se afirma que «prevalecerá esta aseveración salvo que la Registradora disienta y motive expresamente de la misma por conocer también ella, bajo su responsabilidad, la legislación extranjera aplicable» (RDGRN de 7 de julio de 2011) y que «no habiéndose desvirtuado tal afirmación, el registrador ha de pasar por ella, lo que trae consigo la pertinencia de la inscripción» (RDGRN de 26 de agosto de 2008). En el mismo sentido son claras las RDGRN de 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero de 2005, 28 de febrero de 2005, 1 de marzo de 2005, 22 de noviembre de 2006, 26 de agosto de 2008, 28 de julio de 2011 y, últimamente, 22 de febrero de 2012. Y que de esa manera pueda ser acreditada la validez del acto está reconocido de manera expresa por la RDGRN de 26 de febrero de 2008: «... sin perjuicio de la normativa específica prevista en la legislación

notarial y registral que se contiene en los artículos 36 del Reglamento Hipotecario y 168 del Reglamento Notarial, referido a los modos de acreditación de capacidad y forma según el Derecho extranjero, normativa que como dice la Resolución de 1 de marzo de 2005 en relación con el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, es también extensible la validez del acto realizado según la ley aplicable». Resulta indiscutible que la nota de calificación recurrida no invoca precepto alguno de derecho australiano que desvirtúe la afirmación clara del notario autorizante de la escritura pública a pesar de que esa facultad le está reconocida expresamente al registrador en, el artículo 36 RH. Y, no invocando conocimiento del derecho extranjero, el registrador está obligado a pasar por la declaración del notario como funcionario con competencia reconocida para aseverar ese hecho. c.–Ajuste del testamento del Sr. N. con la exigencia de documento público para la inscripción (artículo 3 LH). En este punto procede examinar si el cumplimiento de los requisitos formales del derecho australiano justifica el acceso al Registro de la Propiedad. No se trata ahora de la validez del testamento, sino si las peculiaridades formales del testamento permiten su inscripción en el Registro de la Propiedad. En este punto concreto se plantea en su grado máximo la tensión entre los dos sistemas. El examen de esta cuestión puede hacerse de dos maneras: trasladando directamente nuestras categorías de documentos públicos y privados al derecho australiano o, sin dejar de reconocer las peculiaridades del derecho foráneo, intentando adaptar sus formas documentales a las directrices fundamentales de nuestro derecho, siempre que los principios esenciales de este último no resulten contravenidos. Comencemos por precisar la dificultad que existe para definir desde el punto de vista del derecho anglosajón la diferencia entre los conceptos de documento público y de documento privado, de conformidad con la idiosincrasia de un sistema que se preocupa menos de la prevención del conflicto que de su resolución una vez que se ha planteado. Esta dificultad se pone de manifiesto en el testamento del Sr. N. Trasladando nuestras categorías de documentos es evidente que en el testamento del Sr. N. sólo aparecen las firmas del propio testador y de los testigos junto con la de un notario público, sin que conste declaración alguna del notario público. Pero también es cierto que se han cumplido las formalidades determinadas por el derecho australiano. El documento incorporado a la escritura de adjudicación de herencia es una copia auténtica del documento original fechada el 1 de junio de 2011 que expide el mismo notario público australiano que firma el testamento y que lo tiene depositado en sus archivos. Incidentalmente conviene afirmar que es evidente que la apostilla que deben incorporar todos los documentos extranjeros como instrumento de acreditación de su legitimidad, no permite asignar a los documentos que la reciben la consideración de públicos. La apostilla tiene carácter de documento público, pero no modifica la naturaleza del documento al que se incorpora. Se han cumplido, por tanto todos los requisitos formales que prescribe la legislación australiana, y es evidente que esos requisitos son diferentes a los que prescribe el ordenamiento interno para el testamento otorgado en España. Si no es posible cumplir todos los requisitos de la ley australiana –«Grant of Probate»– tampoco en la legislación española encontramos trámites que permitan dirigir el testamento del Sr. N. hacia los principios formales que rigen en el ordenamiento interno. No existe en nuestro derecho ningún sistema de adverbación de los testamentos otorgados en el extranjero con arreglo a la *lex loci* y tampoco existen cauces procesales que permitan resolver la cuestión. Y no es posible pedir la declaración de nulidad de un testamento que es válido con arreglo a la norma de conflicto aplicable. Además, como se verá más adelante, los únicos posibles interesados en la nulidad han declarado expresamente su voluntad de cumplir la voluntad del testador y renuncian expresamente a las posibles acciones que les permitan impugnar el testamento, por lo que esta vía también queda cerrada. A resolver algunas de las dificultades señaladas se dirige la Propuesta de Reglamento Europeo del Parlamento y del Consejo de 2009 que, por cierto, excluye de su ámbito territorial de aplicación a los países de tradición anglosajona: Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. En resumen, desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos formales, es necesario concluir afirmando que el Sr. N. hizo el testamento de la única forma que podía hacerlo en el momento en que lo hizo, que el testamento es

válido con arreglo a las normas de conflicto aplicables y que no es posible cumplir las formalidades posteriores que la ley aplicable determina. Desconocer la validez del testamento otorgado por el Sr. N. me provoca indefensión, al carecer de procedimientos hábiles que me permitan ejecutar en España la última voluntad de mi esposo. 5.–Con la finalidad de obviar los inconvenientes formales expuestos en la primera nota de calificación, mis hijos otorgaron la escritura complementaria de ratificación y consentimiento de 26 de enero de 2012. En esta escritura acreditaron su filiación mediante la exhibición del Libro de Familia y, según se dice en el otorgamiento «declaran su voluntad de respetar escrupulosamente la última voluntad de su padre don B. N. M.... Y, en consecuencia, ratifican, aprueban, consienten y confirman en todas sus partes el contenido de la referida escritura de aceptación y adjudicación de herencia por óbito de su padre don B. N. M., cuyo contenido íntegro declaran conocer, por tener en su poder copia de la misma, ratificando, consintiendo y aceptando especialmente la adjudicaciones efectuadas en dicha escritura a favor de su citada madre doña M. C. D. L. y renuncian a cuantas acciones pudieran corresponderles con la finalidad de impugnar la validez del testamento y de la aceptación de herencia realizada, solicitando que la misma sea inscrita en el Registro de la Propiedad». Entiende la registradora que la ratificación y consentimiento de los herederos no subsana la falta de validez formal del testamento. Mis hijos, como únicos posibles interesados en la ineficacia del testamento mediante la declaración expresada consienten que el testamento de su padre produzca todos los efectos por él queridos. La legitimación de mis hijos resulta de su condición de únicos posibles herederos abintestato y únicos interesados en la ineficacia del testamento, y lo son con arreglo a la ley australiana y con arreglo a la ley española –para el Derecho australiano, Succession Act 2006 NSW, artículos 106, 111 y 127. De modo que mediante las dos escrituras se reúne el consentimiento de todos los posibles interesados en la sucesión del Sr. N., quienes se manifiestan con el único sentido de defender y asumir la validez del testamento y la eficacia de las operaciones de adjudicación de la herencia. En el mismo sentido, por aplicación de la regla prohibitiva tradicional de venire contra factum proprium, la jurisprudencia excluye que puedan impugnar el testamento por razones formales quienes de manera expresa o tácita han reconocido con anterioridad su validez, (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906, 15 de mayo de 1951, 20 de octubre de 1962, 14 de junio y 24 de octubre de 1963). Para el Derecho catalán, esta posibilidad la admite expresamente el artículo 128 del Código de Sucesiones de Cataluña. A los argumentos anteriores debe añadirse que en sede de partición está admitido que siendo todos los herederos mayores de edad puedan realizar la división de la herencia del modo que estimen más conveniente a sus intereses, aunque se produzcan transmisiones extrañas a la voluntad del testador según el tenor del testamento, por lo que es forzoso reconocer que por la vía del instrumento particional se pueda llegar a cumplir la voluntad exacta de los interesados en la sucesión, aunque esto implique apartarse del testamento (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 2004). En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 1999 se dice expresamente que «... los interesados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia». Por esta vía indirecta también se llega a la plena validez del acto de adjudicación de la herencia del Sr. N.

V

Se diligenció al notario autorizante del documento a los efectos del informe preceptivo, que emitió con fecha de 12 de abril de 2012, del que en síntesis resulta lo siguiente: «En general, asumo y me adhiero íntegramente al contenido del escrito de recurso presentado por doña M. C. D. L. y me limitaré a añadir lo siguiente: En las herencias de los súbditos británicos se manifiestan con toda claridad las tensiones que surgen cuando entran en contacto los sistemas jurídicos de raíces continental y anglosajona. En concreto, en la herencia del Sr. N., se ve cómo chocan las reglas respectivas de cada ordenamiento

sobre testamentifacción y eficacia respectiva de los documentos. El Derecho australiano parte de un régimen de creación de testamentos con mínimas exigencias formales y desconoce la dicotomía documento público/documento privado. Sin embargo, a pesar de las diferencias formales, las reglas contenidas en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 (artículo primero), con eficacia superior a la de la ley ordinaria (cfr. artículo 96 de la Constitución Española), obligan a reconocer la validez del testamento. Y, si hay que reconocer su validez, forzoso es admitir que el testamento debe producir en España los efectos que le son propios, si se quiere evitar que la disposición del Tratado quede reducida a una mera declaración formal carente de fuerza normativa. La dificultad general de la situación descrita se acentúa en la herencia del Sr. N. por la imposibilidad de obtener el «Grant of Probate» como requisito posterior que permite al albacea o ejecutor obtener legitimación para realizar los actos de liquidación de la herencia y entregar el remanente líquido a los beneficiarios cumpliendo la voluntad del testador. Desde luego, parece que la obtención del «Grant of Probate» debería excluir cualquier discusión sobre la materia. En definitiva, nos encontramos ante un testamento válido que tiene dificultades para ser ejecutado con arreglo a la lex fori. Ante esta situación, es obligado acudir a los recursos que proporciona el derecho interno para completar la legitimación del ejecutor testamentario. La solución sólo puede venir dada por el derecho español. Y es aquí donde adquiere toda su importancia la presencia de los demás interesados en la sucesión. El recurso al consentimiento de los hijos del Sr. N. como posibles herederos abintestato y lo son con arreglo a la ley australiana y con arreglo a la ley española- y únicos interesados en la sucesión del Sr. N., es la vía que permite remover los obstáculos y dar cumplimiento a su última voluntad válida. Es evidente que esa prestación de consentimiento tiene el sentido de excluir cualquier posibilidad de impugnación del testamento y supone una auténtica confirmación de su validez y eficacia. Más aún cuando se hace expresa renuncia a las posibles acciones de impugnación. La jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente han reconocido la posibilidad de que por esta vía se subsanen las deficiencias del título sucesorio, como queda relacionado en el escrito de interposición del recurso. Y no se diga que pueden existir otros posibles interesados, pues ese hecho puede acaecer en cualquier herencia (por ejemplo, por existir disposiciones en testamentos anteriores compatibles con el último del testador o testamentos ológrafos o memorias testamentarias desconocidos...). La conveniencia de encontrar una solución extrajudicial, que siempre es deseable, aquí se convierte prácticamente en la única alternativa viable. Como señala la doña M. C. D. L. en su escrito, no se ve fórmula procesal hábil que permita plantear ante los Tribunales españoles la pretensión de declarar la validez y eficacia de un testamento que es previamente reconocida por los únicos interesados y que además es plenamente ajustada a la ley. La frecuencia con que estas situaciones se plantean en la práctica aconseja adoptar fórmulas que permitan solventar las deficiencias de origen y lograr el ajuste al derecho interno de las declaraciones de última voluntad formuladas en países con ordenamientos jurídicos diferentes. La que se ha utilizado en las escrituras calificadas permite, a mi juicio, solventar de manera adecuada todas las dificultades y garantizar la plena acomodación a la declaración de última voluntad del Sr. N.».

VI

Mediante escrito con fecha de 20 de abril de 2012, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.8 y 11 del Código Civil; 1 y 6 del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 16 de marzo de 1988; 3, 4, 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 36 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 y 28 de febrero y 1 de marzo de 2005, 22 de noviembre de 2006, 28 de agosto de 2008, 7 y 28 de julio y 19 de octubre de 2011 y 22 de febrero y 2 de marzo de 2012.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el título de sucesión es un testamento otorgado por el causante conforme a su ley personal, esto es la de su nacionalidad, si bien como se trata de inmuebles situados en España, la registradora exige para su inscripción, que se acredite la validez de ese título sucesorio de forma que cumpla los requisitos exigidos por la legislación australiana, ley personal del causante.

Como cuestión previa, hay que precisar que este expediente se ha de limitar, necesariamente, al primer defecto de la nota de calificación inicial, ya que el segundo, como consecuencia de la calificación sustitutoria, fue revocado por el registrador sustituto y la registradora recurrida en su segunda nota de calificación prescinde del mismo, limitando su nota al primero.

2. De acuerdo con el inciso inicial del artículo 9.8 del Código Civil, «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren». Como en el presente caso el testador tiene nacionalidad australiana en el momento de su fallecimiento, su sucesión se regirá por las leyes de ese país. Ahora bien, al tratarse de un país integrado por seis Estados o territorios con legislaciones propias, la determinación de la concreta normativa sobre sucesiones aplicable se realizará de conformidad con sus propias disposiciones (artículo 12.5 del Código Civil).

Para saber si el testamento cumple los requisitos exigidos por la ley australiana, ley personal del causante, es necesario previamente que se pruebe de modo muy patente y claro el derecho extranjero y, por tanto, que los documentos que se presentan reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado. Para ello hay que atender a los documentos que se le presentaron al registrador en el momento de calificar y las normas que en ellos constaban. Todo con el fin de acreditar, conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la observancia de las formas y solemnidades extranjeras; por ello la registradora en su nota de calificación insiste en la validez formal del testamento conforme a la ley personal, así como la aptitud y capacidad legal necesaria para el acto.

Con el fin de probar el derecho extranjero se presenta una declaración o «Statement» del abogado-notario (solicitor y notario público) en la que hace constar que el «Grant of Legal Probate» es el documento legal emitido por la división correspondiente del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur «el cual confiere al albacea testamentario la capacidad para recibir las propiedades del caudal hereditario, abonar deudas y distribuir los bienes del mismo a los beneficiarios de acuerdo con las disposiciones del testamento» y después afirma que los tribunales de Nueva Gales del Sur «otorgaran validez a las disposiciones testamentarias del testador tal y como aparecen en el testamento». Esta declaración o «Statement» no contiene una prueba del derecho extranjero, pues en él ni se transcribe el contenido de la norma sobre sucesiones ni tampoco consta en él su vigencia. Ni siquiera tras referirse al «Grant of Probate» explicita por qué no puede obtenerse en el presente caso. Ni hay prueba del texto literal del derecho extranjero ni tampoco una determinación del alcance de este basado en las decisiones de los tribunales.

Tampoco hay que pasar por alto que es la firma del mismo abogado-notario que emite el «Statement» sobre la validez del testamento la que figura en el mismo. En este caso no ha quedado acreditado el carácter oficial del que emite el «Statement» —el artículo 36 del Reglamento Hipotecario se refiere a los diplomáticos, cónsules o funcionarios competentes del país de la legislación que sea aplicable—. Nos encontraríamos ante los

«otros medios» que menciona el artículo 36 del Reglamento Hipotecario y que conduce a que deban ser aplicadas subsidiariamente las normas que rigen la aplicación judicial del derecho extranjero. En este caso una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha exigido el testimonio conforme de dos juriconsultos del país extranjero en cuestión (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de marzo de 1973, 12 noviembre de 1976 y 23 de octubre de 1992).

Tampoco, en ningún momento el abogado-notario australiano se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado del Estado de Nueva Gales del Sur, lo que es relevante en orden a establecer la aplicación como *lex successionis* de un ordenamiento diferente al australiano mediante el mecanismo del reenvío. En efecto, si bien no hay un sistema «australiano» de Derecho Internacional Privado y cada Estado tiene sus propias normas de conflicto, se puede afirmar con carácter general que en materia de sucesiones se aplica a la sucesión mobiliaria la ley del «domicile» del causante en el momento de su fallecimiento, y a la sucesión inmobiliaria la del lugar de situación de los inmuebles. De aquí se deduce que si en la sucesión existen bienes inmuebles radicados en España, hay un reenvío al ordenamiento español; reenvío que debe ser resuelto de acuerdo con el artículo 12.2 del Código Civil tal como ha sido interpretado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre 2002. En definitiva, que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sucesión podría acabar rigiéndose por el Derecho español; por ejemplo, si la sucesión se refiere exclusivamente a bienes inmuebles sitos en España (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002). Ahora bien, nada de esto ha sido tenido en cuenta ni por el abogado australiano ni por el notario español.

Por otra parte, el notario autorizante de la escritura de manifestación y aceptación de herencia emite una declaración genérica de conocer la legislación australiana en materia de sucesiones. Esta declaración es una peculiaridad que permite tanto a notarios como a registradores aplicar derecho extranjero en base a su propio conocimiento (Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). Este conocimiento por parte del notario dispensa a los particulares que solicitan sus servicios de la necesidad de probar el derecho extranjero pero en modo alguno dispensa de probar dicho derecho y, en especial, los extremos a los que se refiere el artículo 36 del Reglamento Hipotecario ante el registrador. En el presente caso la declaración del notario de conocer el derecho extranjero sin que éste sea probado no cumple con lo establecido en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario como ha declarado esta Dirección General en la Resolución de 2 de marzo de 2012 (2.ª).

No puede sostenerse que la simple afirmación del notario de conocer el derecho extranjero pueda vincular al registrador y le obligue a pasar por ella, como pretende el notario autorizante, pues se trata de dos funciones distintas que operan en momentos también diferentes. Los fuertes efectos que derivan de la inscripción registral, artículos 1.3.º, 34, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria exigen que el registrador realice su calificación teniendo en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado y que se pruebe el contenido del derecho extranjero. Pero en muchos casos puede no ser suficiente la cita aislada de textos legales extranjeros sino que habrá de probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia. La complejidad de los ordenamientos jurídicos, en especial cuando responden a tradiciones jurídicas distintas requiere que esta prueba se realice con rigor. No obstante, esto deberá ser examinado en el caso concreto pues hay casos que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa.

En la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero se podría exigir que si el registrador disiente tuviese, en los fundamentos de derecho de su calificación, tener que desvirtuar los hechos y motivar la discrepancia en cuanto la interpretación del derecho. Pero una declaración de conocimiento, un juicio u opinión del notario como «conozco el derecho extranjero» o «a mi juicio se ajusta el derecho extranjero» no vinculan a las autoridades públicas encargadas de la calificación registral, no suponen ninguna presunción, y por tanto no cabe exigir ninguna motivación especial más allá de la

que debe siempre expresar el registrador en todas sus calificaciones con arreglo al artículo 19.2 bis de la Ley Hipotecaria. En definitiva, no sólo no se ha probado el contenido y la vigencia del Derecho sucesorio australiano, concretamente, el del Estado de Nueva Gales del Sur, sino que tampoco se ha hecho lo propio con su sistema de Derecho Internacional Privado, que, tal como ya se ha dicho, es determinante en orden a conocer la existencia de un posible reenvío al ordenamiento español. Por otro lado, tampoco parece que tanto el abogado-notario del Estado de Nueva Gales del Sur, que certifica el Derecho sucesorio, como el notario español autorizante, que manifiesta conocer suficientemente el Derecho australiano, hayan tenido en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado de aquél país de para determinar la *lex successionis*, dando por supuesta, sin más, la aplicación al caso del Derecho sucesorio del Estado de Nueva Gales del Sur.

No obstante, al no haber sido planteado no cabe pronunciarse ahora si la aseveración o informe de un notario o cónsul español, cuando hay más que una simple cita de textos legales y lo que se contienen son juicios u opiniones, así como interpretaciones, puede ser realizada por el mismo notario que autorizó el documento o debe ser otro para evitar la eventual «parcialidad» como acontece en el ámbito judicial.

3. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. El precepto comienza diciendo «entre otros medios» lo que supone que no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero pueda hacerse también por medio de la utilización de un informe emitido por dos juristas del país cuyo ordenamiento se prueba, posibilidad admitida por la jurisprudencia, así como del dictamen académico emitido por persona o institución de solvencia en la materia.

Por otro lado, al igual que en sede judicial, se ha mantenido tradicionalmente la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, en puridad anteriores a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil).

En virtud de lo anterior, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación 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, 26 de junio de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.