

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**20135** *Resolución de 24 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Salou a inscribir una escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia con liquidación de comunidad conyugal.*

En el recurso interpuesto por don Carlos Valverde González, notario de Vila-seca, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Salou, don Juan Pablo de la Cruz Martín, a inscribir una escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia con liquidación de comunidad conyugal.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 15 de febrero de 2023 por el notario de Vila-seca, don Carlos Valverde González, con el número 229 de protocolo, se formalizó la manifestación, aceptación y adjudicación de herencia causada por el fallecimiento de doña A. J. V., y la finca registral número 47.508 del Registro de la Propiedad de Salou inventariada, inscrita a favor de la causante y su esposo y heredero único, don H. F. E. (de nacionalidad italiana según hicieron constar en el título previo de adquisición), se adjudicó a éste último.

La causante falleció bajo testamento autorizado el día 20 de enero de 2011 por el notario de Cerdanyola del Vallès, don Juan Correa Artés, número 63, en el que tras manifestar ser natural de Buenos Aires, de nacionalidad italiana e identificarse con su carta de identidad de la República Italiana, legó «lo que por legítima corresponda según su ley nacional a las personas que acrediten tener derecho a ella» e instituyó «por su único y universal heredero, a su libre voluntad, a su nombrado esposo don H. F. E., al cual sustituye vulgarmente por sus nombrados hijos don G. R., doña A. V. y doña M. A. E., por partes iguales, a los cuales sustituye por sus respectivos descendientes con derecho de acrecer en su caso». Añadiéndose en el testamento en cuestión lo siguiente: «Tercero. Dice ser éste su primer testamento. Cuarto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley nacional de la testadora».

En el expositivo segundo de la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia se hizo constar lo siguiente: «En el momento de su defunción, la causante ostentaba doble nacionalidad (italiana y argentina), y tenía establecida su residencia habitual y permanente en España, por lo que la Ley aplicable a la sucesión es la española por ser el Estado de la residencia habitual de la causante al tiempo de su fallecimiento, y siendo dicha Ley aplicable la del Estado español, han de aplicarse las normas del Libro IV del Código Civil de Cataluña, por ser la Ley de la unidad territorial en la que la causante tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento - artículos 21.1 y 36.2 a) del Reglamento de la Unión Europea número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Y su matrimonio se hallaba sujeto al régimen legal supletorio italiano de comunidad de bienes, de acuerdo con la Ley personal de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio».

## II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Salou, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificación del documento que ha originado el asiento de presentación núm. 751 del Diario 81.

Respecto de la escritura autorizada por el notario de Vila-seca don Carlos Valverde González el día 15 de febrero de 2023, número 229 de protocolo, para la práctica de inscripción de herencia, pongo en su conocimiento que no se ha practicado la inscripción y que, con fecha de hoy, ha sido emitida por el Registrador que suscribe la siguiente calificación.

Hechos:

Primero. En escritura que se califica se formaliza la herencia causada por fallecimiento de doña A. J. V.

Copia electrónica de dicha escritura fue presentada telemáticamente el día de su autorización bajo el asiento 751 del diario 81, acreditándose el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 254.1 de la Ley Hipotecaria mediante documentación electrónica aportada el día 22 de febrero pasado.

Segundo. Son circunstancias relevantes del contenido del Registro y de la documentación presentada, a los efectos de la presente calificación, las siguientes:

1.º La finca adjudicada, registral 47.508, aparece inscrita a favor de la causante y su esposo y heredero único don H. F. E., de nacionalidad italiana según hicieron constar en el título de adquisición, casados en régimen de comunidad de bienes, quienes adquirieron para su comunidad de bienes. En el título de adquisición fueron identificados respectivamente por su carta de identidad italiana la causante y por su pasaporte italiano el cónyuge actualmente viudo. La inscripción se practicó con sujeción a su régimen económico matrimonial extranjero.

2.º Doña A. J. V. falleció el día 19 de julio de 2022 en Tarragona, en estado de casada en únicas nupcias con don H. F. E. de cuyo matrimonio tuvo tres hijos. Consta en el certificado de fallecimiento como nacionalidad de la causante la italiana.

Falleció bajo testamento autorizado por el notario de Cerdanyola del Vallés don Juan Correa Artés el día 20 de enero de 2011, número 63, en el que tras manifestar ser natural de Buenos Aires, de nacionalidad italiana e identificarse con su carta de identidad de la República italiana dispuso:

Primero. Lega lo que por legítima corresponda según su ley nacional a las personas que acrediten tener derecho a ella.

Segundo. Instituye por su único y universal heredero, a su libre voluntad, a su nombrado esposo don H. F. E., al cual sustituye vulgarmente por sus nombrados hijos don G. R., doña A. V. y doña M. A. E., por partes iguales, a los cuales sustituye por sus respectivos descendientes con derecho de acrecer en su caso.

Tercero. Dice ser éste su primer testamento.

Cuarto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la ley nacional de la testadora”.

3.º La escritura es otorgada exclusivamente por el cónyuge viudo y heredero, don H. F. E., de doble nacionalidad italiana y argentina, identificado por su pasaporte argentino constando en el expositivo segundo lo siguiente:

“En el momento de su defunción, la causante ostentaba doble nacionalidad (italiana y argentina) y tenía establecida su residencia habitual y permanente en España, por lo que la ley aplicable a la sucesión es la española por ser el Estado de la residencia habitual de la causante al tiempo de su fallecimiento, y siendo dicha ley aplicable la del Estado

español, han de aplicarse las normas del título IV del Código Civil de Cataluña, por ser la Ley de la unidad territorial en la que la causante tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento –artículos 21.1 y 36.2 a) del Reglamento de la Unión Europea número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Y su matrimonio se hallaba sujeto al régimen supletorio italiano de comunidad de bienes, de acuerdo con la ley personal de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio.”

Fundamentos de Derecho:

Primero. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece en su párrafo primero que “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

Segundo. De lo expuesto en los hechos resulta que la única cuestión que se plantea es la relativa a cuál sea la ley aplicable a la sucesión de la causante y, por tanto:

1.<sup>a</sup> Si al haber fallecido después de la entrada en vigor del Reglamento Europeo 650/2012, su sucesión debe regirse conforme a lo dispuesto en el art. 21 del mismo por la ley del lugar de su residencia habitual o la del Estado con el que la causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho.

A estos efectos, a fin de evitar polémicas estériles, se admite que la ley aplicable por la residencia de la causante o con la que mantenía un vínculo más estrecho es la legislación española y por aplicación de las normas de conflicto de leyes internas la contenida en el Código Civil de Cataluña.

En este caso, y dada la configuración de la legítima catalana como una pars valoris, bastaría la intervención del heredero en la partición de la herencia.

2.<sup>a</sup> Si dados los términos en que la causante manifestó su última voluntad en el testamento, otorgado antes de la entrada en vigor del Reglamento citado, existe una *professio iuris* en favor de su ley personal.

A estos efectos debe señalarse que solo en la escritura de herencia aparece por primera vez la situación de doble nacionalidad de la causante, argentina e italiana. Fuera de ello en el testamento manifestó exclusivamente su nacionalidad italiana, igualmente en el título de adquisición de la finca, tanto la testadora como su esposo manifestaron su exclusiva nacionalidad italiana, en el certificado de defunción consta la nacionalidad italiana y en la propia escritura de herencia manifiesta el heredero que “Y su matrimonio se hallaba sujeto al régimen supletorio italiano de comunidad de bienes, de acuerdo con la ley personal de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio”.

Todo lo anterior lleva a deducir que, con independencia de cuál sea la nacionalidad relevante, tanto la causante como su esposo han venido utilizando habitualmente en España la nacionalidad italiana.

Tercero. No existe ninguna duda que el testamento está otorgado con arreglo a una de las formas previstas en el lugar del otorgamiento esto es, en la legislación civil de Cataluña, válido según lo establecido en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, aplicable conforme a lo dispuesto en el art. 75 del Reglamento Europeo 650/2012.

También se puede afirmar que su estructura sigue básicamente la habitual de una disposición testamentaria otorgada en Cataluña: legado de legítima, institución de heredero en favor del cónyuge y sustitución vulgar.

Ahora bien una cosa es la forma del testamento y la estructura de su contenido y otra la ley material aplicable a la sucesión.

Conforme a lo que se puso de manifiesto en los hechos, la testadora, en su testamento otorgado antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, tras declarar ser de nacionalidad italiana y ser identificada como italiana, dispuso en la cláusula primera que la legítima se rigiese por su ley personal y en la cláusula cuarta que “Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Nacional de la testadora” y ese anterior no puede sino referirse a la totalidad del contenido del testamento, esto es, legítimas, institución de heredero y sustitución vulgar. El principio de unidad de la ley rectora de su sucesión impediría que parte de su herencia se rigiese por una ley y otra parte por otra.

Cuarto. La cuestión se centra, por tanto, en interpretar cual fue la voluntad de la testadora, y si cuando otorgó la disposición testamentaria estaba realizando una *professio iuris* en favor de su ley personal.

Toda interpretación en estas cuestiones resulta dificultosa, dado el fallecimiento de la testadora, aunque en el presente caso cabría tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> Que en el momento del otorgamiento del testamento la ley rectora de su sucesión era la ley personal de la causante (art. 9.8 del Código Civil). ¿Qué sentido tendría una elección de ley en favor de la que ya resultaba aplicable a su sucesión aunque el testamento no contuviese manifestación alguna al respecto?

2.<sup>a</sup> Que en el momento del otorgamiento del testamento, y desde el año 2009, ya estaba en tramitación el proyecto del Reglamento europeo. Se conocía su contenido. No parece descabellado deducir que, otorgándose el testamento ante un notario español que, no cabe duda, informaría adecuadamente sobre las modificaciones que previsiblemente vendrían, la testadora hiciese, ante tal posibilidad de cambio, *professio iuris* en favor de su ley personal al objeto de evitar que su sucesión se rigiese por una ley distinta como sería la de su residencia habitual.

3.<sup>a</sup> Con independencia de las consideraciones anteriores las disposiciones testamentarias son claras: Lega lo que por legítima corresponda según su ley nacional a las personas que acrediten tener derecho a ella. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Nacional de la testadora.

Quinto. Dicho lo anterior, el Reglamento 650/2012, tras sentar como principio general el de que la sucesión se rija por la ley del lugar de residencia habitual o la del estado con el que la causante presente un vínculo más estrecho, permite en su art. 22 que el testador pueda elegir, dentro de ciertos límites, la ley que vaya a regir su sucesión y así dispone que “Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento”.

La cuestión que se plantea es, por tanto, determinar si la elección de ley contenida en el testamento de la causante es válida tras la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Al respecto dispone el art. 83.2 que “Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea”.

Aplicando la normativa europea al caso que nos ocupa parece que la elección de ley contenida en el testamento otorgado antes de la entrada en vigor del Reglamento cumple todos los requisitos establecidos en el mismo para su validez. Así:

- 1.º Ha sido realizada en una disposición *mortis causa* (art. 22.2).
- 2.º Es expresa o, al menos, resulta de los términos contenidos en el testamento (art. 22.2).

3.º La ley elegida es una de las leyes que el art. 23 permite elegir al causante al tratarse de su ley nacional (con independencia de cuál sea la concreta ley personal aplicable dado su situación de doble nacionalidad), tanto al tiempo de realizar la elección como al tiempo de su fallecimiento (art. 22.1).

Como consecuencia de lo anterior resulta que la elección realizada por la testadora en favor de su ley personal cumple todas las exigencias formales y materiales para que la misma resulte de aplicación conforme a la normativa europea.

Por último debe señalarse que la testadora no hizo referencia expresa ni a su doble nacionalidad, ni a la concreta ley que debía regir su sucesión. Aunque parece razonable pensar que esa ley nacional era la italiana dada la situación de hecho y derecho creada por la misma al hacer valer siempre esa nacionalidad en su actividad jurídica desarrollada en España, cabría la posibilidad de que esa ley fuese la argentina si no hubiese tenido nunca su residencia habitual en Italia (art. 9.8 del Código Civil), circunstancia ésta que ni se alega en la documentación presentada, ni se justifica en manera alguna. Pero tal circunstancia, a los efectos de la presente calificación resulta indiferente, puesto que tanto si esa elección se realizó en favor de la aplicación de la ley italiana (lo que parece más razonable), como si lo hubiese sido en favor de la ley argentina, lo cierto es que ambas legislaciones civiles configuran la legítima con una naturaleza análoga a como lo hace nuestro Código Civil esto es como una "pars bonorum", como el derecho a una porción de bienes de la herencia que obliga a la intervención de los legitimarios en la partición de la misma.

No constando tal intervención en el título presentado, ni prestando su consentimiento a la partición realizada por el heredero único, ni renunciando a su derecho a la legítima, debe suspenderse, por tal causa, la inscripción solicitada.

Frente a la presente calificación caben las siguientes actuaciones por su parte: (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Juan Pablo de la Cruz Martín registrador/a de Registro Propiedad de Salou a día quince de marzo del dos mil veintitrés.»

### III

El día 17 de marzo 2023, don Carlos Valverde González, notario de Vila-seca, remitió al Registro de la Propiedad de Salou diligencia de subsanación del mismo día, en la que aclaraba que el régimen matrimonial de la causante y del heredero era el de comunidad de bienes del derecho argentino, no del italiano.

Contra la anterior nota de calificación, dicho notario interpuso recurso el día 24 de abril de 2023 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Cuestiones previas.

Lo primero de todo y antes de profundizar en nuestros fundamentos de derecho, debemos de contextualizar la situación que tienen los ciudadanos argentinos que han podido obtener la nacionalidad italiana, así como conocer su situación de residencia legal en un país europeo. El ordenamiento jurídico italiano, junto con el argentino, permiten obtener a ciudadanos argentinos la nacionalidad italiana por el sistema de "iure sanguinis" siempre que el que vaya a adquirir la nacionalidad italiana sea descendiente en línea directa de un familiar con nacionalidad italiana (padre, abuelo, bisabuelo, etc.), sin salto generacional y que no hayan perdido o renunciado a la nacionalidad italiana. Como se puede observar, no exige ni residencia en Italia ni conocimiento de cultura ni buena conducta cívica como se exige en otros ordenamientos jurídicos. Y junto a esto, dicha regulación permite que el cónyuge argentino que lleve tres años de matrimonio con una persona que ostente la nacionalidad italiana, adquiera también dicha nacionalidad. Nuevamente, no vuelve a exigir residencia ni ningún otro requisito, salvo las adquisiciones posteriores al año 2018 donde al cónyuge se le exigía pasar un examen

de conocimiento del idioma italiano equivalente a nivel B1 (antes de 2018 no exigían nada). Sobre la base de esta situación, es muy probable que la testadora cuya escritura de manifestación, aceptación y adjudicación herencia ha sido objeto de calificación negativa, y su cónyuge viudo, no hayan residido nunca en Italia, ni tengan ninguna vinculación con dicho país, más allá de ostentar su nacionalidad. Y es un hecho notorio que, para obtener un permiso de residencia en un país europeo, es mucho más fácil obtenerlo a través de la nacionalidad italiana que no usando la nacionalidad argentina. Y evidentemente, es igualmente notorio que, en esos casos, ya no solo en notaría, sino ante cualquier departamento de hacienda o seguridad social competente, instancia judicial o cualquier otro organismo público, se van a presentar e identificar con su documento de identidad italiano por el cual obtuvieron el permiso de residencia y NIE y no por su documento argentino que no produciría el mismo efecto. Ello no quiere decir que hayan renunciado a su nacionalidad argentina o no quieran usarla para nada más. De la escritura antedicha no resulta ninguna referencia a lo que se acaba de exponer, pero por conocimiento personal al haber preparado la referida escritura y haber podido hablar con los interesados sabemos que gracias a la línea materna del cónyuge viudo se adquirió la nacionalidad italiana por él, y después se adquirió la de la testadora por tener un matrimonio de más de 3 años de duración. Igualmente sabemos que que [sic] no tienen más vinculación con el país italiano. Con todo ello, queremos situar el supuesto de hecho, porque de afirmar que la ley aplicable a la sucesión es la italiana, una ley no conocida por la testadora, ni por el notario autorizante del testamento por lo que luego diremos, una ley completamente ajena, extraña, y en nuestra interpretación, no querida por la causante, regiría la sucesión. Es decir, lo que se está debatiendo en el presente recurso es si queda razonablemente claro del testamento que la testadora eligió la nacionalidad italiana para que fuera ésta la que regulará su sucesión en contra de la nacionalidad argentina, o por el contrario, al no resultar una “*professio iuris*” ni expresa ni tácita respecto de ninguna de ellas, hay que aplicar la regla general que determina aplicable la ley del lugar de residencia habitual del causante, que además, coincide, no solo con la voluntad plasmada en la forma y estructura de testar, tratando de buscar la mayor libertad de disposición, sino con la ley del lugar donde se encuentran sus vínculos e intereses más estrechos, como es Cataluña, al tener ambos cónyuges su residencia allí y donde se encuentra situados los bienes de la herencia (entre otros elementos). Dicho todo esto, pasamos a exponer nuestros argumentos jurídicos.

Segundo. Sobre la situación de doble nacionalidad y cómo conocer cuál es la nacionalidad efectiva.

Cuando una persona ostenta doble nacionalidad, siempre se determina una nacionalidad como efectiva, y otra como latente, a la espera de que pueda entrar en juego. En la fecha de otorgamiento del testamento, las normas de conflicto de derecho internacional privado vigentes en nuestro país eran los artículos 9.9 y 9.10 del CC. Para un ciudadano de doble nacionalidad, que no ostentase la nacionalidad española, para saber cuál es la nacionalidad efectiva, es de aplicación el artículo 9.9 del CC, que llama a lo dispuesto por los tratados internacionales, y si nada disponen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual. La testadora tenía residencia en España como resulta del testamento, por lo que su nacionalidad efectiva vendría determinada por su última residencia habitual, que podría haber sido la argentina, la italiana o la de un tercer estado. Del supuesto de hecho, del testamento, y de la escritura de adjudicación, no resulta nada para poder determinarlo. Ello no quiere decir que no hubo una residencia. Tampoco el notario hizo constar en el testamento cuál era la nacionalidad efectiva sobre la base del artículo 9.9 del CC. Eso nos obliga a pensar, que el notario que autorizó el testamento, le informó a la testadora que, para saber su ley nacional, el notario que formalizase su herencia, debería de conocer la nacionalidad efectiva para determinar la ley aplicable a la sucesión. Y en ese momento, se sabría si su sucesión se regía por la ley italiana o la ley argentina. En la referida fecha del

testamento no existía un artículo como el 22.2 del Reglamento Sucesorio Europeo (en adelante RSE) que permitiera elegir una nacionalidad en detrimento de otra.

El testamento tampoco es muy expresivo, porque las dos veces que se refiere a la sucesión habla de "ley nacional", y solo hay una referencia a la nacionalidad italiana en la comparecencia, por mera manifestación, sin que ello haga desaparecer su nacionalidad de origen que es la argentina, ni que tampoco suponga una elección expresa, pues para eso, sabiendo que nos encontramos ante una situación de doble nacionalidad, hubiera sido más clarificador, como ha sucedido en otros supuestos conocidos por la Dirección General, haber establecido en la parte expositiva o dispositiva que quería la ley italiana. A saber, resolución de 28 de agosto de 2020 (BOE 28 septiembre de 2020) donde el testador en aquel supuesto expresó que (...) "se hallaba sujeto al derecho civil francés, por el cual habría de regirse su sucesión" (...). La nacionalidad transcrita en la comparecencia es la manera de identificarse, pero no de elegir la ley para la sucesión.

El Reglamento Sucesorio Europeo en su artículo 83 que es una disposición transitoria regula los requisitos de validez de fondo y forma de una elección de ley sucesoria, pero primero tendremos que saber, que la testadora realmente hizo esa elección. Es decir, saber si eligió la ley italiana y no la argentina. El artículo 83 del RSE no es integradora de la voluntad de la testadora. Lo que quiere decir es que, si hubo elección, y en aquel momento no podría haber esa posibilidad de elección, puede que ahora con el RSE sea válida y por lo tanto aplicable. Pero primero de todo tenemos que saber que realmente eligió esa ley italiana. ¿Sólo con comparecer en un testamento como nacional italiano por el motivo de residencia en un país europeo, y sólo mencionando en dos ocasiones la expresión "ley nacional" sin que del testamento resulte ni por el contenido ni estructura algo que revele y confirme esa elección, vamos a afirmar que hubo una *professio iuris* a favor de la legislación italiana? En opinión del heredero único que es el máximo intérprete de la voluntad de la testadora y en la mía, en absoluto. De hecho, el registrador en su calificación, fundamento de derecho segundo, entiende que solo se ha utilizado la nacionalidad italiana para su actividad jurídica desarrollada en España, señalando unos hechos, que como ha quedado acredita no son ciertos. En el testamento se identifica como italiana, pero dice que nació en Buenos Aires (Argentina) pudiendo existir, y de hecho así se confirma en la escritura de aceptación y manifestación de herencia, que se conserva la nacionalidad argentina. El certificado de fallecimiento dice que es de nacionalidad italiana, y esto es porque así está identificada a efectos de su residencia en España, pero no por ello le priva de su nacionalidad argentina, aparte de que el certificado de defunción sólo prueba el hecho del fallecimiento de una persona, no su nacionalidad, y mucho menos que haya elegido la nacionalidad italiana para regir su sucesión. El título de propiedad señalaba el régimen económico de comunidad de bienes sin especificar que fuera el italiano, y como se ha podido comprobar, tanto en dicha escritura, como en la escritura objeto de calificación se cometió el error de identificarlo así cuando realmente es el de gananciales argentino, cosa que coincide con la parte expositiva del testamento donde lo identifica como legal de gananciales en clara alusión al régimen argentino. Por eso se hizo la subsanación de la escritura y así consta presentada en el registro. Incluso el registrador en su calificación, fundamento de derecho quinto, señala que la (...) "testadora no hizo referencia expresa ni a su doble nacionalidad ni a la concreta ley que haya de regir su sucesión" (...) y llega a hacer la suposición de que, a efectos de la calificación, tanto si es la ley italiana la aplicable como la argentina, el problema estriba en que la legítima en ambas legislaciones es "pars bonorum" y requiere de la intervención en la partición de los legitimarios. Creemos que es confundir el problema, porque lo que se está debatiendo es si hubo elección de ley a favor de la italiana en contra de la argentina, que además reconocen derechos legitimarios en cuantía diferente. Si han de intervenir o no los legitimarios es una consecuencia de saber si hubo previa elección. Si hay duda respecto de esto, lo que procede es emplear la regla general anteriormente expuesta y

aplicar la ley del lugar de residencia habitual, que como sabemos es la catalana y no requiere la intervención de los legitimarios al ser la legítima “pars valoris”.

Tercero. Sobre el contenido del testamento.

Una vez planteadas las dudas sobre la elección de la ley aplicable, sólo cabe acudir al testamento para averiguar la verdadera voluntad de la testadora y comprobar si su contenido confirma la elección de ley italiana. En la primera cláusula dispone literalmente (...) “lega lo que por legítima corresponda según su ley nacional a las personas que acrediten tener derecho a ella” (...). Esta cláusula es una mera reproducción del artículo 9.8 del CC que nada añade el señalar la expresión ley nacional. Es una aplicación de la norma de conflicto vigente en aquel momento, y una advertencia o recordatorio de que, aunque se quiera testar con arreglo a la ley del lugar de otorgamiento o residencia habitual siendo por lo tanto otra ley la que rija la sucesión como es la catalana, las legítimas se regían por la ley nacional de la testadora. Y a mayores, no solo la legítima, sino cualquier limitación que pueda tener un tratamiento parecido como se ha discutido con reservas u otras limitaciones a la facultad dispositiva análogas. La literalidad del artículo 9.8 del CC lo confirma cuando dispone que “sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”. La Dirección General en la resolución de fecha 15 de junio de 2016 (BOE 21 de julio 2016) trata un caso similar pero de derecho inglés y señala que (...) “además deja a salvo los ‘posible derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos’ expresión esta última que pese a la difícil coordinación de las leyes inglesa y española puede conducir a familiar provisión que, de existir, no han sido planteadas, con el alcance de la ley aplicable, en ningún momento” (...). Es decir, que cuando una testadora salva los derechos legitimarios u otras limitaciones que señale su ley nacional, no está haciendo elección de ley alguna. Por lo tanto, esa referencia a la ley nacional, a nuestro parecer, queda anulada para entenderla con efectos de elección de la ley italiana. Es más, parece una cláusula de advertencia del notario autorizante del testamento redactada de oficio por él recordando que hay que respetar las legítimas y cualquier limitación que resulte de la ley nacional por imperativo del artículo 9.8 del CC. Es el notario y no el testador quien hace referencia a la ley nacional.

Con relación a esto se puede añadir un argumento más con relación al derecho comparado. Es el relativo a las normas de derecho internacional privado de Italia. Es evidente que no son de aplicación pues los notarios y demás operadores jurídicos tenemos que aplicar las normas de conflicto nacionales incluyendo en éstas las europeas, pero no la nacional de otro estado. No obstante, en la ley italiana 218/95 de 31 de mayo, en su artículo 46.2 establecía que se podía someter la sucesión a la legislación del lugar de residencia, por declaración expresa en el testamento, siempre que el causante al tiempo de su fallecimiento residiera allí. Esta elección no perjudicaba a los derechos de los legitimarios residentes en Italia. Como puede verse, permitía elegir la ley catalana sin perjuicio de los derechos legitimarios italianos. Es evidente que la elección de ley no recae en la italiana por referencia a las legítimas o cualquier otra limitación de la ley nacional, sino que vuelve a jugar como una cláusula de salvaguardia, entendiéndose como realmente querido la legislación catalana.

Sigamos con el resto de las cláusulas del testamento. La segunda y la tercera se limitan a nombrar heredero universal y único al cónyuge viudo, señalando una sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes y un derecho de acrecer, y dispone que es su primer testamento. Con dichas cláusulas, no hay duda de que la testadora está haciendo el testamento conforme a la ley del lugar del otorgamiento, esto es, la legislación catalana. Así reconoce el registrador en su calificación, fundamento de derecho tercero, que el testamento sigue una estructura básicamente habitual de una disposición testamentaria otorgada en Cataluña. Es decir, en la fecha del otorgamiento

del testamento no se podía elegir la ley del lugar de residencia habitual, como tampoco se puede hacer hoy en día con el RSE, pero lo que sí se puede hacer y así se hizo, es, sin elegir la ley, testar conforme a la ley del lugar de la residencia habitual. Y decimos esto porque no hay ninguna referencia ni a la ley italiana, ni a la ley argentina, tanto en alguna de sus instituciones como en la referencia a algún contenido de las mismas. Si acudimos a los considerandos 39 y 40 del RSE señala que tiene que haber una elección expresa de la ley o resultar así de sus disposiciones y tener un conocimiento o comprensión efectivo de ello para hacerlo como querido. ¿Está redactado el testamento a doble columna en idioma italiano? No. Si quería hacer un testamento del uno para el otro según derecho italiano, ¿esta sería la mejor manera de ordenarlo? No. En Italia existe en el artículo 550 del Código Civil italiano la regulación expresa de la cautela soccini, que permitiría extender o gravar la legítima de los hijos con el usufructo. Es decir, en Italia, la legítima para los hijos es la mitad de la herencia, una cuarta parte es la del padre, y la otra cuarta parte es la de libre disposición. Si se quiere dejar el máximo al cónyuge viudo se habría utilizado dicha cautela para gravar la legítima con el usufructo. ¿El notario español con residencia en Cataluña hace referencia a alguna fracción o parte libre disposición del derecho italiano? No. ¿El notario español, cuando menciona la sustitución vulgar o el derecho de acrecer son las de derecho italiano, las de argentino, las de derecho común o las de derecho catalán? El Código Civil italiano regula en el artículo 688 la sustitución y la llama ordinaria, no vulgar. Los casos que regulan son cuando no quiera o no pueda aceptar la herencia, y si se dispone un solo caso, se extiende a todos. Como se puede ver, es una regulación contraria a la sustitución vulgar del derecho común del artículo 774 del CC español, y tampoco se ajusta a la sustitución de derecho catalán, que la inclusión de un caso, en concreto la premoriencia, comprende los demás. Es evidente, que el notario redactó, y la testadora pensó, en el derecho catalán que era el del lugar de residencia habitual. Respecto del derecho de acrecer, el código civil italiano lo regula en los artículos 674 y siguientes y lo llama acrecimiento, no derecho de acrecer. Seguramente la Dirección General acuda a su resolución de fecha 28 de agosto de 2020 para señalar que, si el contenido del testamento es adaptable o compatible con la ley italiana, eso significa que si se eligió la ley italiana. No compartimos esta opinión, pues este testamento es aplicable y adaptable al derecho italiano, al argentino, al francés como sucedió en la resolución citada, incluso al derecho inglés. Si es aplicable a cualquiera, significa que no es revelador ni confirmatorio de la elección de ley a la italiana. Más adecuada es la idea que utilizó el Centro Directivo en la resolución de 15 julio 2016 así como la resolución de 4 julio de 2016 (BOE 12 agosto 2016) cuando dijo que (...) “Y así puede entenderse de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos” (...). Es decir, que el contenido del testamento debe de ser el frecuente que haría una italiana a favor de un italiano. Y como ha quedado demostrado, no es así. Es más propio del derecho catalán que cualquier otro. Por último, analizamos la última cláusula que, para nosotros, es la prueba del algodón. En ella se señala que (...) “lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la ley nacional de la testadora” (...). Esta cláusula requiere, en cuanto a su interpretación literal, primero de todo ubicarla dentro del testamento. Está redactada como última cláusula. Se la considera, al utilizar la expresión “sin perjuicio” como subordinada o accesoria a lo principal. Lo principal es lo querido antes, es decir, la ordenación del testamento según ley del lugar del otorgamiento y residencia habitual de la testadora. No se le puede dar más peso a lo accesorio que a lo principal para tratar de averiguar la voluntad de la testadora. Por eso, no puede ser determinante para deducir una voluntad de elección. Todo lo contrario. La cláusula esta puesta porque el notario español redactó el testamento pensando en derecho catalán y como no conocía del derecho nacional, ya sea el italiano o el argentino, lo dicho en el testamento podría ser contrario o no compatible. De ahí que utilice una cláusula de salvaguardia o advertencia, como sucede con la primera cláusula relativa a las legítimas. Si alguien quiere elegir la ley aplicable, lo expresa así y redacta el testamento según ella. Aquí sucede todo lo contrario como se

ha podido observar. Además, hay que interpretar la voluntad de la testadora con relación a la ratio del RSE sobre la *professio iuris*. Dicha interpretación está pensada para evitar que, por muertes no esperadas en lugares no deseados por motivos de residencia, se aplique la ley del lugar de la residencia habitual en vez de la elegida por la causante. Si aplicamos la ley italiana como califica el registrador estaríamos haciendo lo contrario a la finalidad de la *professio iuris*. Aplicaríamos una ley no querida, que no conoce ni tiene vinculación con la testadora y que, para más abundamiento, no es la ley con la que presta más vínculos pues cuando hizo el testamento residía habitualmente en Cataluña, lugar donde ha permanecido hasta su muerte junto con su esposo y los demás bienes de que es titular, confirmando su voluntad plasmada en el testamento de querer testar según la ley de su residencia habitual.

Cuarto. Conclusión.

A modo de resumen, a continuación, señalaremos los puntos que sirven de conclusión para entender que la testadora no hizo una elección a la legislación italiana.

a) No hay, a nuestro entender, una elección expresa por la legislación italiana. Solo hay una identificación de la testadora por el documento nacional de identidad italiano. El motivo de usarlo es que por el mismo obtuvieron la residencia en España. Cabría otro supuesto como tener el documento de identificación argentino caducado y no poder identificarse por dicho documento. ¿habría elección de ley solo por usar el documento italiano de identificación? Evidentemente no. Ya es difícil entender una elección de ley en un testamento de fecha anterior a la entrada [sic] en vigor del RSE en DOUE, se antoja todavía más complicada una elección entre dos nacionalidades y solo por cómo se ha identificado en la comparecencia del testamento. Creemos que es más correcto pensar que en aquel momento se aplicaría la nacionalidad efectiva determinada por las normas de conflicto vigentes en dicha fecha. Por eso se dijo en el testamento ley nacional y no una expresa. El art. 83 RSE es norma de derecho transitorio no integradora de la voluntad. Si hubo voluntad real de elegir la ley italiana, se aplicará el precepto para saber si se eligió bien en cuanto al fondo y forma. Pero si no hay tal elección, el precepto no se aplica.

b) Descartada la elección expresa, pasamos a tratar de averiguar si hubo una elección tácita. Acudimos al considerando 39 del RSE. No se cumple nada de lo dispuesto el dicho precepto. No está redactado a doble columna en idioma castellano e italiano; no refleja fracción o partes disponibles del derecho italiano; no expresa ninguna institución típica del derecho italiano como la cautela *soccini*, propia del testamento italiano del uno para el otro con una legítima "*pars bonorum*"; menciona nombres de figuras que hay en derecho español como la sustitución vulgar y derecho de acrecer; y aunque sea adaptable lo dicho en el testamento a la ley italiana, es adaptable también a la ley argentina, la catalana, la francesa, y casi seguro a cualquier otra legislación, lo cual lo excluye de ser determinante para decidir sobre una elección de ley a favor de la italiana.

c) No se cumple el contenido del considerando 40 del RSE, que exige una comprensión y consentimiento sobre dicha elección, pues de lo dicho anteriormente se deduce que el notario está redactando el testamento usando y pensando el derecho catalán. Más aún, el derecho italiano para la testadora es el derecho de su nacionalidad adquirida de forma derivativa, sin exigirle para dicha adquisición ni residencia, ni conocimiento del idioma italiano, ni buena conducta cívica, ni ningún otro requisito, así como no tener más vinculación con dicho país que solo ostentar su nacionalidad, que haga suponer un conocimiento de la sociedad y legislación italiana suficientes para llegar a comprender y querer dicha regulación.

d) Lo que se está tratando de conocer es la verdadera voluntad de la testadora a la hora de hacer el testamento. No solo de nuestra argumentación, sino de la propia calificación, se hace un reconocimiento a que se está testando de manera típica a lo que harían los ciudadanos catalanes bajo su legislación, ergo ello hace suponer que la

voluntad efectiva de la testadora, al nombrar heredero único y universal a su esposo, refiriéndose a instituciones como la sustitución o el derecho de acrecer de la legislación española, hacen indicar que quería testar según las normas del lugar de su residencia habitual. Y más aún, las polémicas cláusulas primera (de salvaguardia de las legítimas) y cuarta (de salvaguardia de otras limitaciones) del testamento indican lo mismo, pues si se estuviera testando con arreglo a la ley italiana, no habrían sido necesario redactarlas. Son cláusulas de advertencia del notario autorizante del testamento redactadas de oficio por él recordando que hay que respetar las legítimas y cualquier limitación que resulte de la ley nacional por imperativo del artículo 9.8 del CC. Es el notario y no el testador quien hace referencia a la ley nacional. Tanto antes, como ahora, era y es imposible elegir la ley de residencia habitual por vía del art. 22 RSE, pero sí se puede hacer el testamento conforme a dichas disposiciones. Cosa que se confirma, pues residió hasta su fallecimiento en Cataluña, con todos los vínculos más estrechos allí por residencia de su marido, bienes y derechos sitos y ejercitables en Cataluña.

e) La ratio de la *professio iuris* consiste en evitar que por muertes no esperadas en lugares no previstos se aplique la ley del lugar de residencia habitual (que es la regla general del RSE salvo que los vínculos más estrechos conduzcan a otra) en vez de la ley querida por la causante. Si en el presente supuesto aplicamos la ley italiana, incumpliríamos de manera flagrante dicha finalidad. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede acudir a elementos extrínsecos posteriores al testamento para confirmar una voluntad plasmada en él, siempre que exista esa voluntad. La testadora hizo un testamento usual y típico de la legislación catalana de un cónyuge al otro. Y hasta su fallecimiento, residió en Cataluña, manteniendo todos los vínculos allí. ¿no es más conforme con su voluntad pensar que las referencias a la expresión ley nacional del testamento son imposición del artículo 9.8 del CC y lo que quería era testar como hacen los catalanes en Cataluña, según su legislación catalana cuya legítima es “*pars valoris*” y ofrece mayor libertad de disposición? Nosotros creemos que sí.

f) Los intereses que están en juego son la protección del cónyuge viudo como heredero y los legitimarios por sus derechos sucesorios respectivos. Si elegimos la ley italiana, no solo se está perjudicando al cónyuge viudo, sino también a los legitimarios dado que la legislación argentina reconoce para ellos, en concepto de legítima, cuatro quintos del relictum más el donatum (artículo 3593 del Código Civil argentino) y la legítima es siempre estricta, pues no existe la mejora (ex artículo 3605 CC argentino). Si el cónyuge concurre con descendientes tiene la legítima solamente sobre los bienes propios del causante y no sobre los gananciales (artículo 3595 del código Civil argentino). ¿A qué legítimas se refería en el testamento? ¿conocía y se le explicó las dos legislaciones para optar por la italiana? Parece bastante complicado a nuestro parecer, y creemos que se dejó para su determinación al momento del fallecimiento donde el notario que autorizase la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia debería de descubrir cuál es la nacionalidad efectiva para saber qué ley se aplicaría. Ante tal imprecisión en la elección de ley, es claro que hay que aplicar la regla general y que rija la ley del lugar de su residencia habitual que es la catalana. Igualmente reconoce derechos legitimarios, pero de otra naturaleza como es la legítima *pars valoris*, lo cual hace que no deban de intervenir. Como se ha podido ver en este caso, puede ser frecuente imputar legislaciones no queridas o no aplicables a los interesados como ha sucedido con el régimen económico matrimonial de la testadora y su cónyuge, al indicarlo como comunidad de bienes en clara alusión al régimen italiano, cuando realmente se ha podido conocer que el régimen es el de gananciales argentino. No se puede cometer el mismo error con la ley aplicable a la sucesión.»

## IV

El registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General el día 2 de mayo de 2023. En dicho informe afirmaba que el día 17 de marzo de 2023 recibió electrónicamente en el Registro diligencia de subsanación autorizada por

el propio notario ese mismo día para hacer constar que el régimen económico-matrimonial de la causante mencionado por el compareciente y el heredero no es el de comunidad de bienes del Derecho italiano, sino el del Derecho argentino; y añadía el registrador que esta circunstancia, a su juicio, era totalmente irrelevante a los efectos de la calificación.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 2, 3.1.d), 21, 22, 23, 26, 59, 60, 71, 72, 73, 82 y 83, y considerandos 23, 37, 38, 39, 40, 80 y 83 del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; los artículos 69 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; 9.2, 9.8 y 12.2 del Código Civil; 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 36, 76, 80 y 92 del Reglamento Hipotecario, 17 de la Ley del Notariado, 168 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre de 2017, asunto C-218/16 (Kubicka), y 16 de julio de 2020, C-80/19 (Lituania); las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 y 21 de noviembre de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 2015, 15 de junio y 4 y 17 de julio de 2016, 2 de febrero y 10 y 24 de abril de 2017, 2 de marzo de 2018 y 4 de enero, 14 de febrero, 1 de marzo, 24 de mayo y 21 y 24 de julio 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de julio y 28 de agosto de 2020 y 30 de julio de 2021.

1. Son hechos relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

Mediante escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia con liquidación de comunidad conyugal autorizada por el notario de Vila-seca, don Carlos Valverde González, el día 15 de febrero de 2023, relativa a la herencia causada por el fallecimiento de doña A. J. V., determinada finca (registral 47.508), inscrita a favor de la causante y su esposo y heredero único, don H. F. E. (de nacionalidad italiana según hicieron constar en el título previo de adquisición), se adjudicó a este último.

La causante falleció bajo testamento autorizado por el notario de Cerdanyola del Vallès, don Juan Correa Artés, el día 20 de enero de 2011, en el que tras manifestar ser natural de Buenos Aires, de nacionalidad italiana e identificarse con su carta de identidad de la República italiana, legó «lo que por legítima corresponda según su ley nacional a las personas que acrediten tener derecho a ella» e instituyó «por su único y universal heredero, a su libre voluntad, a su nombrado esposo don H. F. E., al cual sustituye vulgarmente por sus nombrados hijos don G. R., doña A. V. y doña M. A. E., por partes iguales, a los cuales sustituye por sus respectivos descendientes con derecho de acrecer en su caso». Añadiéndose en el testamento en cuestión lo siguiente: «Tercero.—Dice ser éste su primer testamento. Cuarto.—Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley nacional de la testadora».

En el expositivo segundo de la escritura calificada se hizo constar lo siguiente:

«En el momento de su defunción, la causante ostentaba doble nacionalidad (italiana y argentina), y tenía establecida su residencia habitual y permanente en España, por lo que la Ley aplicable a la sucesión es la española por ser el Estado de la residencia habitual de la causante al tiempo de su fallecimiento, y siendo dicha Ley aplicable la del Estado español, han de aplicarse las normas del Libro IV del Código Civil de Cataluña, por ser la Ley de la unidad territorial en la que la causante tenía su residencia habitual en

el momento de su fallecimiento -artículos 21.1 y 36.2 a) del Reglamento de la Unión Europea número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Y su matrimonio se hallaba sujeto al régimen legal supletorio italiano de comunidad de bienes, de acuerdo con la Ley personal de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio.»

El registrador fundamenta su negativa a la inscripción en los siguientes argumentos:

– La cuestión se centra en interpretar cuál fue la voluntad de la testadora, y si cuando otorgó la disposición testamentaria estaba realizando una «*professio iuris*» en favor de su ley personal, debiendo tenerse en cuenta que en el momento del otorgamiento del testamento la ley rectora de su sucesión era la ley personal de la causante (artículo 9.8 del Código Civil).

– Sus disposiciones testamentarias son claras: lega lo que por legítima corresponda, según su ley nacional, a las personas que acrediten tener derecho a ella; y lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la ley nacional de la testadora.

– El Reglamento (UE) núm. 650/2012, tras sentar como principio general el de que la sucesión se rija por la ley del lugar de residencia habitual o la del estado con el que la causante presente un vínculo más estrecho, permite en su artículo 22 que el testador pueda elegir, dentro de ciertos límites, la ley que vaya a regir su sucesión y así dispone que «cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». La cuestión que se plantea es, por tanto, determinar si la elección de ley contenida en el testamento de la causante es válida tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 650/2012, cuyo artículo 83.2 dispone que: «Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía».

– Aplicando la normativa europea al caso, parece que la elección de ley contenida en el testamento otorgado antes de la entrada en vigor del Reglamento cumple todos los requisitos establecidos en el mismo para su validez. Así: a) ha sido realizada en una disposición «*mortis causa*» (artículo 22.2); b) es expresa o, al menos, resulta de los términos contenidos en el testamento (artículo 22.2), y c) la ley elegida es una de las leyes que el artículo 23 permite elegir al causante al tratarse de su ley nacional (con independencia de cuál sea la concreta ley personal aplicable dado su situación de doble nacionalidad), tanto al tiempo de realizar la elección como al tiempo de su fallecimiento (artículo 22.1).

– La testadora no hizo referencia expresa ni a su doble nacionalidad, ni a la concreta ley que debía regir su sucesión; y si bien parece razonable pensar que esa ley nacional era la italiana, dada la situación de hecho y derecho creada por la misma al hacer valer siempre esa nacionalidad en su actividad jurídica desarrollada en España, cabría la posibilidad de que esa ley fuese la argentina si no hubiese tenido nunca su residencia habitual en Italia (artículo 9.8 del Código Civil), circunstancia ésta que ni se alega en la documentación presentada, ni se justifica en manera alguna. Lo cual, a los efectos de la calificación, resulta indiferente, puesto que tanto si esa elección se realizó en favor de la aplicación de la ley italiana (lo que parece más razonable), como si lo hubiese sido en favor de la ley argentina, lo cierto es que ambas legislaciones civiles configuran la legítima con una naturaleza análoga a como lo hace nuestro Código Civil, esto es como una «*pars bonorum*», como el derecho a una porción de bienes de la herencia que obliga a la intervención de los legitimarios en la partición de la misma.

– Por tanto, no constando tal intervención en el título presentado, ni prestando su consentimiento a la partición realizada por el heredero único, ni renunciando a su derecho a la legítima, debe suspenderse la inscripción solicitada.

El notario alega lo siguiente:

– Afirmar que la ley aplicable a la sucesión es la italiana conduce a una ley no conocida por la testadora, ni por el notario autorizante del testamento; una ley completamente ajena, extraña, y a su juicio, no querida por la causante, que regiría la sucesión. Y lo que se está debatiendo en el presente recurso es si queda razonablemente claro del testamento que la testadora eligió la nacionalidad italiana para que fuera ésta la que regulara su sucesión y no la nacionalidad argentina; o por el contrario, al no resultar una «*professio iuris*» ni expresa ni tácita respecto de ninguna de ellas, hay que aplicar la regla general que determina aplicable la ley del lugar de residencia habitual del causante que, además, coincide, no solo con la voluntad plasmada en la forma y estructura del testamento tratando de buscar la mayor libertad de disposición, sino con la ley del lugar donde se encuentran sus vínculos e intereses más estrechos, como es Cataluña, al tener ambos cónyuges su residencia allí y donde se encuentra situados los bienes de la herencia (entre otros elementos).

– No hay una elección expresa por la legislación italiana, solo una identificación de la testadora por el documento nacional de identidad italiano (por el mismo obtuvieron la residencia en España). Ya es difícil entender una elección de ley en un testamento de fecha anterior a la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio Europeo, y se antoja todavía más complicada una elección entre dos nacionalidades solo por cómo se ha identificado en la comparecencia del testamento. En aquel momento se aplicaría la nacionalidad efectiva determinada por las normas de conflicto vigentes en dicha fecha, y por eso se refirió en el testamento genéricamente a la ley nacional y no a una expresa; y el artículo 83 de dicho Reglamento es norma de derecho transitorio no integradora de la voluntad, de modo que, si hubo voluntad real de elegir la Ley italiana, se aplicará el precepto para saber si se eligió bien en cuanto al fondo y forma; pero, si no hay tal elección, el precepto no se aplica.

– En relación con una posible elección tácita, y teniendo en cuenta el considerando 39 del Reglamento Sucesorio Europeo, no se cumple nada de lo dispuesto en dicho precepto: no está redactado a doble columna en idioma castellano e italiano; no refleja fracción o partes disponibles del Derecho italiano; no expresa ninguna institución típica del Derecho italiano como la «*cautela soccini*» [sic], propia del testamento italiano del uno para el otro con una legítima «*pars bonorum*». Y menciona nombres de figuras que hay en Derecho español como la sustitución vulgar y derecho de acrecer; y aunque sea adaptable lo dicho en el testamento a la ley italiana, es adaptable también a la Ley argentina, la catalana, la francesa, y casi seguro a cualquier otra legislación, lo cual lo excluye de ser determinante para decidir sobre una elección de ley a favor de la italiana.

– No se cumple el contenido del considerando 40 del Reglamento Sucesorio Europeo, que exige una comprensión y consentimiento sobre dicha elección, pues de lo afirmado anteriormente se deduce que el notario está redactando el testamento usando y pensando en el derecho catalán. Más aún, el Derecho italiano para la testadora es el derecho de su nacionalidad adquirida de forma derivativa, sin exigirle para dicha adquisición ni residencia, ni conocimiento del idioma italiano, ni buena conducta cívica, ni ningún otro requisito, así como no tener más vinculación con dicho país que solo ostentar su nacionalidad, que haga suponer un conocimiento de la sociedad y legislación italiana suficientes para llegar a comprender y querer dicha regulación.

– Lo que se está tratando de conocer es la verdadera voluntad de la testadora a la hora de hacer el testamento; y no solo de esta argumentación, sino de la propia calificación, se hace un reconocimiento a que se está testando de manera típica, como lo harían los ciudadanos catalanes bajo su legislación; lo que hace suponer que la voluntad efectiva de la testadora, al nombrar heredero único y universal a su esposo, refiriéndose a instituciones como la sustitución o el derecho de acrecer de la legislación española, era

testar según las normas del lugar de su residencia habitual. Y más aún, las polémicas cláusulas primera (de salvaguardia de las legítimas) y cuarta (de salvaguardia de otras limitaciones) del testamento indican lo mismo, pues si se estuviera testando con arreglo a la ley italiana, no habrían sido necesario redactarlas. Son cláusulas de advertencia del notario autorizante del testamento redactadas de oficio por él recordando que hay que respetar las legítimas y cualquier limitación que resulte de la ley nacional por imperativo del artículo 9.8 del Código Civil; es el notario, y no el testador, quien hace referencia a la ley nacional, pues tanto antes como ahora era y es imposible elegir la ley de residencia habitual por vía del artículo 22 del Reglamento Sucesorio Europeo. Pero sí se puede hacer el testamento conforme a dichas disposiciones; cosa que se confirma, pues residió hasta su fallecimiento en Cataluña, con todos los vínculos más estrechos allí por residencia de su marido, bienes y derechos sitos y ejercitables en Cataluña.

– La ratio de la «*professio iuris*» consiste en evitar que, por muertes no esperadas en lugares no previstos, se aplique la ley del lugar de residencia habitual (que es la regla general del Reglamento Sucesorio Europeo salvo que los vínculos más estrechos conduzcan a otra) en vez de la ley querida por la causante; y si en el presente supuesto se aplica la ley italiana, se incumpliría de manera flagrante dicha finalidad. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede acudir a elementos extrínsecos posteriores al testamento para confirmar una voluntad plasmada en él, siempre que exista esa voluntad; y la testadora hizo un testamento usual y típico de la legislación catalana de un cónyuge al otro, y hasta su fallecimiento residió en Cataluña, manteniendo todos los vínculos allí. Por ello, considera que es más conforme con su voluntad pensar que las referencias a la expresión ley nacional del testamento son imposición del artículo 9.8 del Código Civil y lo que quería era testar como hacen los catalanes en Cataluña, según su legislación catalana cuya legítima es «*pars valoris*» y ofrece mayor libertad de disposición.

– Los intereses que están en juego son la protección del cónyuge viudo como heredero y los legitimarios por sus derechos sucesorios respectivos, y si se elige la ley italiana no solo se está perjudicando al cónyuge viudo, sino también a los legitimarios, dado que la legislación argentina reconoce para ellos, en concepto de legítima, cuatro quintos del «*relictum*» más el «*donatum*» (artículo 3593 del Código Civil argentino) y la legítima es siempre estricta, pues no existe la mejora (ex artículo 3605 de dicho Código argentino). Si el cónyuge concurre con descendientes tiene la legítima solamente sobre los bienes propios del causante y no sobre los gananciales (artículo 3595 del mismo Código). A su juicio, se dejó la determinación de la ley aplicable a las legítimas para el momento del fallecimiento, de modo que el notario que autorizase la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia debería descubrir cuál es la nacionalidad efectiva para saber qué ley se aplicaría. Ante tal imprecisión en la elección de ley, es claro que hay que aplicar la regla general y que rija la ley del lugar de su residencia habitual que es la catalana.

2. A la vista de tales argumentos, la cuestión planteada se centra en determinar, con base en la interpretación del Reglamento Europeo y en el tenor del testamento – título de la sucesión–, si puede considerarse que este último contiene una verdadera elección de ley, aun siendo dicho testamento anterior a la vigencia y aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta, respecto de la cita que se realiza de la Resolución de este Centro Directivo de 28 de agosto de 2020, que en el caso entonces analizado la testadora sí que realizó una alusión concreta y específica a la ley francesa como rectora de su sucesión; algo que en el presente caso no sucede, por lo que la labor esencial es interpretar el eventual alcance de la mención de una ley nacional que no se concreta. En suma, si la manifestación realizada por la causante en su testamento puede o no bastar para considerar aplicable la ley de su nacionalidad, sin que, ciertamente, se indicara cual sería: la que declara poseer al tiempo de otorgar su testamento, o bien la que ostentara al tiempo de la apertura de la sucesión.

Como ha quedado expuesto, con posterioridad a la calificación, el recurrente presentó telemáticamente al Registro una diligencia en la cual se rectificaba la alusión – en la escritura de herencia– al régimen económico de comunidad italiano de la causante por la del régimen de comunidad argentino. Esa diligencia incorpora algún dato que pudiera ser indiciario de una situación de doble nacionalidad de la causante (que se afirma simplemente en la escritura calificada, sin resultar de su texto ni contener soporte documental de tal afirmación)

Esa posible doble nacionalidad italiana y argentina, de existir realmente, dificultaría optar por una de ellas como realmente elegida por la causante en un testamento otorgado años antes de la aprobación del Reglamento (UE) núm. 650/2012; algo que no es, en absoluto, baladí. Pero debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, tal circunstancia no puede ser tenida en cuenta para resolver este recurso.

3. La problemática que subyace en este recurso es un tema ya abordado por este Centro Directivo, que se ha referido en varias ocasiones a la «*professio iuris*», incluida la tácita transitoria en relación con la validez material de una disposición «*mortis causa*» previa a la aplicación del Reglamento. Como sabido es, también, que la expresión medieval «*professio iuris*» fue adoptada por el Derecho suizo de la época codificadora, a finales del siglo XIX, para aludir a la elección por el testador de la ley que habría de regir su sucesión, aun limitadamente; y una de las novedades del Reglamento (EU) núm. 650/2012, fue, por tanto, la consagración de la «*professio iuris*» en todos los Estados miembros participantes y la aceptación de la proveniente de un tercer Estado, con independencia de que fuera conocida en las tradiciones nacionales.

Así el artículo 22.1 de dicho Reglamento establece que «cualquier persona» (utilizando la misma expresión que el artículo 5 del Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte) podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, estableciendo en el párrafo segundo de dicho apartado una regla para el caso de doble o múltiple nacionalidad, pues tal «*professio iuris*» tiene como fundamento evitar la imprevisibilidad de la ley sucesoria que resultare aplicable conforme a la posterior y última residencia habitual del causante y con ello garantizar la seguridad jurídica (considerandos 37 y 38 del Reglamento). No obstante, se parte de una limitada elección de ley, más aún que el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, que presenta una cierta inclinación a respetar la «*lex rei sitae*», a fin de aglutinar los sistemas del «*common law*».

4. Establecida la conexión de la ley aplicable en el artículo 21 del Reglamento (EU) núm. 650/2012 (la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento según su apartado 1, y sin perjuicio de la excepción que contempla su apartado 2 –vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto–), dicho texto legal, en su artículo 22, potencia una limitada elección de ley reducida a la posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad; elección que, tanto para las disposiciones de última voluntad otorgadas tras la aplicación del Reglamento como para las previas, transitorias, puede ser expresa o tácita, con ciertas matizaciones para estas últimas en el artículo 83. Y la elección de ley requiere un vehículo formal expreso, (disposición «*mortis causa*» válida, material y formalmente, según los artículos 26 y 27 del Reglamento –como el artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989); esto es, deberá hacerse expresamente en forma de disposición «*mortis causa*», o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Una elección de ley contextual referida al momento del otorgamiento del acto de última voluntad supondrá que la efectiva elección de ley habrá de valorarse en relación con aquel momento y conforme a la ley putativa.

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

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

Y como tiene ya declarado este Centro Directivo (Resolución de 28 de agosto de 2020): «(...) 11. A la vista de este marco normativo, uno de los problemas prácticos más relevantes en la aplicación del Reglamento es la interpretación que haya de hacerse de las cláusulas de elección presuntiva en cuanto en el momento que se realizaron no podía conocerse ni la futura existencia de un Reglamento que versara sobre la materia sucesoria ni el sentido del mismo. 12. El considerando 39 que completa el artículo 22.2 del Reglamento aclara que resultará de la disposición mortis causa “en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley”. Por su parte, el considerando 40 hace hincapié en que corresponde a la determinación de la validez material de la disposición “si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello”».

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

5. En definitiva, a la vista de los datos obrantes en el expediente y abstracción hecha de la diligencia subsanatoria que se remitió al Registro en el lapso entre la calificación y la interposición del recurso, debe determinarse si existe una «*professio iuris*» en favor de la ley italiana (es la nacionalidad de la causante que aparece indicada en su certificado de defunción, y la aludida en el testamento otorgado en su día). De ser así y optarse por una respuesta afirmativa, se concluiría que esa vaga referencia que el testamento contiene en alusión a «la ley nacional de la testadora» sería suficiente para que operara el artículo 22.1 del Reglamento (EU) núm. 650/2012, desplazando así la aplicación del artículo 21.1 del mismo.

Como se trata de un problema de interpretación de voluntad del testador, debe actuarse con suma prudencia para no confundir lo tácito, pero razonable e inferible mediante un proceso deductivo racional (que podría conducir a estimar existente una «*professio iuris*»), con lo meramente conjetural (que llevaría a todo lo contrario). Y ello sin perder nunca de vista cual es la «*ratio*» de la «*professio iuris*», pues como correctamente expresa el recurrente en su escrito: «La *ratio* de la *professio iuris* consiste en evitar que por muertes no esperadas en lugares no previstos se aplique la ley del lugar de residencia habitual (que es la regla general del RSE salvo que los vínculos más estrechos conduzcan a otra) en vez de la ley querida por la causante».

Es indudable que, en ese «iter» interpretativo, son de utilidad los considerandos 39 y 40 del citado Reglamento (EU) núm. 650/2012: (39) «La elección de la ley debe hacerse explícitamente en una declaración en forma de disposición mortis causa o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición mortis causa en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley». (40): «La elección de la ley realizada en virtud del presente Reglamento debe ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones. Debe corresponder, no obstante, a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello. Esto mismo debe aplicarse al acto de modificar o revocar la elección de la ley».

Ciertamente, es más que difícil encajar una declaración como la que se contiene en el testamento analizado (que se antoja más bien una cláusula de estilo al uso en los testamentos con elemento internacional otorgados antes de la aprobación del Reglamento), en una «*professio iuris*» tácita en favor de la ley italiana. Piénsese, además, que de seguirse la postura que se mantiene en la calificación impugnada se estaría vedando la aplicación, por vía indirecta, del artículo 21.2 del Reglamento, pues si este artículo hace que, sobre la residencia habitual, prevalezca la ley con la que el causante tenga vínculos más estrechos, aquí todo parece indicar que precisamente es la de la residencia habitual la que presenta esos vínculos, pues es perfectamente deducible de la documentación obrante en el propio expediente (testamento, certificado de defunción), que esa residencia en Cataluña fue continuada en el tiempo.

Y teorizar, como se hace en la nota, acerca de si procede aplicar una de las dos leyes que se indican, sea la italiana o la argentina («(...) la testadora no hizo referencia expresa ni a su doble nacionalidad, ni a la concreta ley que debía regir su sucesión. Aunque parece razonable pensar que esa ley nacional era la italiana dada la situación de hecho y derecho creada por la misma al hacer valer siempre esa nacionalidad en su actividad jurídica desarrollada en España, cabría la posibilidad de que esa ley fuese la argentina si no hubiese tenido nunca su residencia habitual en Italia (art. 9.8 del Código Civil), circunstancia ésta que ni se alega en la documentación presentada, ni se justifica en manera alguna [...]»), aunque sea para concluir que la protección legitimaria viene a ser similar, en el fondo denota que no hay base, ni elementos suficientes, para entender realizada una «*professio iuris*» a una ley y a una sola ley –dato esencial en la aplicación del Reglamento–, con la suficiente entidad para desplazar la regla general de aplicación de la ley de la residencia habitual del causante como única rectora de la sucesión. Conclusión ésta que conduce a la aplicación de la legislación civil catalana (Libro IV de su Código Civil, relativo a las sucesiones), en aplicación del artículo 37 del tantas veces citado Reglamento («Estados con más de un sistema jurídico (...）」), toda vez que, a la vista de los datos obrantes en el expediente, y careciendo la causante de nacionalidad española y por tanto de vecindad civil, dicha legislación vendría a ser «(...) el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha».

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 24 de julio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago