

## **Resolución de la DGRN de 18 de Enero de 2005**

En la consulta formulada por el Notario de Alcalá de Henares don ... sobre la competencia de los notarios españoles a autorizar el acta de declaración de herederos abintestato de un súbdito extranjero domiciliado en España.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Notario de Alcalá de Henares don ..., el 23 de mayo de 2003, elevó al Centro Directivo consulta acerca de si un notario español es competente para autorizar el acta de declaración de herederos abintestato de un súbdito extranjero domiciliado en España, lo que implicaría la aplicación de la Ley extranjera, tanto en cuanto al fondo como a la forma de la sucesión.

2.- El Centro Directivo, el 2 de junio de 2003, remitió el escrito de consulta al Ilustre Colegio Notarial de Madrid a los efectos del reglamentario informe de su Junta Directiva, y solicitó del Notario consultante la motivación razonada del contenido de su consulta.

3.- El Notario Sr. ..., el 16 de octubre de 2003, informó: que teniendo en cuenta que el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, es un documento notarial que participa de la naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria, son muchos los argumentos legales para considerar que el notario español tiene competencia para autorizar el acta cuando el causante sea un extranjero domiciliado en España al tiempo de su fallecimiento, citando los artículos 4 , 21-1 y 22.3º de la LOPJ y por tanto no tiene sentido que esa declaración pueda hacerse ante el juez, cuando sean llamadas personas distintas de los descendientes, ascendientes o cónyuge y no pueda hacerse ante notario cuando sean estas últimas personas las llamadas, sin que quepa decir que en estos casos la competencia correspondería al juez al no tenerla el notario, ya que el art. 979 de la LEC excluye la competencia judicial en los mismos sin distinción entre causantes españoles y extranjeros, sólo cabría ir a la vía contenciosa o exigir la declaración del extranjero en su respectivo país, lo que introduciría una discriminación injustificada entre extranjeros y por tanto hacer de peor condición a los herederos que sean cónyuges, descendientes o ascendientes, que a los parientes más alejados; que esa declaración estaría llena de dificultades, cuando la nacionalidad del causante sea un país alejado de nuestro entorno cultural, si bien está claro que la legislación aplicable sería la extranjera por aplicación del art. 9-8 del Código Civil, que deberá ser probada y el notario aplicando analógicamente el art. 281.2 de la nueva LEC, podrá exigir cuantos medios estime necesarios para considerar que el derecho

aplicable esté debidamente probado o acreditado, estimando que la materia se rige por dicho precepto y no por el art. 36 del RH dado su rango reglamentario, la finalidad de la norma (ejecución de la LH) ni por el tema concreto que comprende (acreditación de la capacidad); que a su juicio si el Centro Directivo comparte esta opinión, debe dejar claro esta materia por cuanto algunos interesados o abogados que acuden a los despachos notariales consideran que el certificado del cónsul les libera de cualquier otro medio de prueba y que tienen derecho a exigir del notario la autorización del acta de notoriedad y si el notario les exige otros medios de prueba consideran que se está excediendo de sus funciones; que la aplicación del derecho extranjero es un tema sobre el que se ha pronunciado frecuentemente nuestra jurisprudencia, considerando que debe acreditarse: 1) la existencia de la legislación de que se trate, 2) la vigencia de la misma y 3) su aplicación al supuesto, debiendo añadirse también que debe acreditarse la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, de forma que no suscite dudas a los tribunales españoles (SSTS de 7 de septiembre de 1990, 25 de enero de 1999, 9 de febrero de 1999, etc); que en consecuencia estima que será esencial acreditar debidamente el derecho extranjero, no bastando los certificados a que se refiere el art. 32 del RH, sino que esos certificados deben ir acompañados de la afirmación personal del notario sobre el conocimiento de la legislación extranjera, o de su base en alguna de las obras publicadas al respecto por los Notariados, como puede ser la de la Comisión de Asuntos Europeos y Mediterráneos de la UINL sobre Regímenes Económicos Matrimoniales y Sucesorios en la Comunidad Económica Europea o la publicada por el Notariado Español sobre Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y en España, y faltando ese conocimiento personal del notario o el apoyo en esas obras, debe exigirse el dictamen de uno o dos funcionarios competentes o jurisconsultos del país de que se trate, sobre todo si el causante es de un país alejado de nuestro entorno cultural y jurídico; que además debe considerarse como extranjero domiciliado en España no sólo al que tenga tarjeta de residencia sino cuando se den cualquiera de las circunstancias que sirvan para acreditar el domicilio en nuestro país de toda persona sea española o extranjera.

4.- La Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el 21 de julio de 2003, acordó informar: que la cuestión planteada no se encuadra estrictamente en el ámbito de extranjería previsto en el art. 27 del Código civil, ya que el causante carece de derechos civiles actuales, pero sí sus herederos, entre los cuales y de acuerdo con dicha normativa no cabe diferencias por razón de la nacionalidad, lo que inclina a no hacer tampoco distinción entre el causante español y el extranjero, que es la cuestión planteada, y

a la misma conclusión se llega de los preceptos reguladores de la declaración de herederos abintestato (arts. 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 209 bis del Reglamento Notarial); que en el derecho vigente los jueces no tienen competencia para declarar herederos a descendientes, ascendientes y cónyuge en acto de jurisdicción voluntaria, y así resulta de los arts. 979 y 980, y en el caso de negar la competencia a los notarios para esas declaraciones de herederos cuando el causante es extranjero, resultaría que los herederos preferentes no podrían conseguir en forma alguna la declaración a su favor en vía de jurisdicción voluntaria y tendrían que acudir al juicio ordinario, mientras que los parientes más alejados tendrían siempre abierta la jurisdicción voluntaria judicial; que la autorización por el notario del acta de declaración de herederos abintestato de un ciudadano extranjero residente en España implicaría la aplicación de la ley extranjera tanto en el fondo como en la forma, y aquí parece originarse las dudas que motivan la consulta. En cuanto al fondo de la sucesión y de acuerdo con la regla 8 del art. 9º del Código Civil, el derecho extranjero como ley nacional del causante extranjero será el aplicable al fondo del acta de declaración de herederos, decidiendo conforme al mismo si ha tenido lugar la sucesión intestada, quienes son las personas llamadas a la misma y la participación en que son llamadas, si bien en un supuesto resulta aplicable el derecho español, y el del reenvío de retorno previsto en el art. 12.2, no estando admitido el reenvío a una tercera ley por parte de la ley nacional del causante a que remite la norma de conflicto española; que la aplicación del derecho extranjero por el notario español no supone una novedad y está prevista en el art. 168.4 del RN en lo referido a la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documento ante notario español y en cuanto a la calificación por aquél de documentos otorgados en territorio extranjero para la redacción por el mismo de alguna escritura o acta, y también pueden los notarios según el art. 251.3 de dicho Reglamento expedir testimonios cuyo objeto sea acreditar en el extranjero la legislación vigente en España y el estatuto personal del requirente, de lo que se puede deducir que también puede el notario admitir testimonios semejantes autorizados por los notarios extranjeros correspondientes, sobre todo los de tipo latino; que no obstante hay países en los que los Registros Civiles funcionan muy defectuosamente, no hay registro de testamentos, no se conoce el libro de familia, etc, y ante dichas situaciones el notario debe evitar en lo posible un requerimiento formal para tramitar un acta de declaración de herederos sin previa información al requirente de los medios y evitar que se inicie un acta que va a concluir declarando que la notoriedad pretendida no se ha acreditado, y ante un requerimiento prematuro, hacer constar en el documento las advertencias oportunas al requirente; que

aunque en la consulta se afirma que en cuanto a la forma estas actas pueden llevar a la aplicación del derecho extranjero por el notario español se deben hacer unas matizaciones, así de acuerdo con la citada regla 8ª del artículo 9º del Código civil la sucesión queda sujeta a la ley nacional del causante, la doctrina suele entender que la aceptación o repudiación de la herencia, su administración y su partición se regulan por la ley nacional del causante, pero es evidente que la capacidad para aceptar o repudiar la herencia se rige por la ley nacional del aceptante o renunciante y no por la del causante. La tramitación del acta de notoriedad por el notario español ha de hacerse exclusivamente conforme a la ley española ( art. 8.2 del Código civil) al igual que la declaración de herederos abintestato de competencia judicial, y la misma conclusión resulta del art. 11.3, pero precisamente en esta tramitación conforme al derecho español el notario deberá aplicar el derecho extranjero para admitir y valorar los documentos públicos extranjeros que precise; que el problema fundamental es determinar por que ley se rige la exigencia de una declaración oficial de herederos, pues el derecho de éstos a la herencia deriva directamente de la ley. La declaración de herederos por su carácter formal no es subsumible en el fenómeno sucesorio y puede coexistir con cualquier sistema, y sin defender la territorialidad y fragmentación del fenómeno sucesorio, la competencia ligada por el art. 209.1º.II al lugar donde estuvieran la mayor parte de los bienes o las cuentas bancarias del causante, pone de relieve que al ordenar la declaración de herederos abintestato nuestro derecho está pensando en los bienes muebles e inmuebles que se hallan en territorio español, para tomar las posibles medidas para que su titularidad y tráfico no se deterioren con el fallecimiento de su dueño, sin importarle los bienes que se encuentren en otro país, y sería absurdo que la misma ley española dificultara el cumplimiento de una obligación que ella misma ha impuesto, privando a los herederos directos de todo procedimiento de jurisdicción voluntaria para cumplirla; que, a pesar de todo lo expuesto, resulta que nuestro derecho no podrá pretender que un acta exigida según las necesidades españolas puedan llenar todos los requisitos que en su caso establezca la ley nacional del causante o las leyes de otros países en los que haya dejado bienes, en cuyo caso el notario deberá advertirlo al requirente, y en lo que respecta al acta notarial española, la admitirán aquellos países en que está expresamente admitida la competencia notarial en materia de declaración de herederos abintestato (Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Perú, Portugal y Puerto Rico).

También la admitirán, aunque con menor seguridad, los países que conozcan el acta notarial de notoriedad, en que suelen incluir la declaración de herederos (Francia,

Bélgica, Luxemburgo, incluyendo también los Estatutos u Ordenanzas notariales de los países francófonos de África, sin que pueda asegurarse la práctica, en especial África Central, Burkina Faso, Camerún, Congo, Gabón, Guinea, Mali y Togo. En ellos se reconoce la existencia de los documentos en *brevet*, que el notario entrega originales a los interesados sin quedar una matriz bajo su custodia, y entre ellos mencionan las actas de notoriedad, suponiendo que entre los supuestos de actas de notoriedad hayan de incluirse las de declaración de herederos, pero desconociéndose la práctica de tales países. Entre los países que admiten el acta de notoriedad se cita a Italia, donde los notarios tienen competencia para recibir con juramento actas de notoriedad en materia civil y comercial, si bien su práctica habrá decaído desde la admisión de la declaración sustitutoria; que, sin embargo, el acta notarial de notoriedad española tropezará con dificultades en aquellos países de los que fueron nacionales los causantes y que exijan un procedimiento judicial de declaración de herederos, como ocurre en Argentina y en Alemania, siendo éste el más significativo ya que en Alemania todo beneficiado por una disposición *mortis causa* tiene que obtener un certificado sucesorio del Tribunal del Caudal Relicto que se utiliza para articular una protección del tráfico, siendo evidente que nuestra declaración de herederos, ni la notarial ni la judicial, suplirán la necesidad del certificado sucesorio alemán ni producirán sus efectos, de la misma manera que el certificado sucesorio alemán tampoco producirá sus efectos en cuanto a los bienes sitos en España, ya que nuestro sistema de protección del tráfico se refiere a bienes concretos y no a la adquisición de la herencia como un todo; que en cuanto al sistema sucesorio anglosajón, al morir el causante, se hace cargo de la herencia una persona distinta de aquélla que va a disfrutarla, que es designada por el juez si no lo ha sido testamentariamente. En este supuesto no parece que haya inconveniente en tramitar nuestra declaración de herederos, ya sea notarial o judicial, a los efectos de los bienes sitos en España, sea aplicable la ley de fondo española en virtud del reenvío de retorno o la extranjera anglosajona.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos el artículo 9.80 del Código Civil, los artículos 4, 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los artículos 979 y 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, los artículos 3, 4144, 281, 323 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2.000, el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2.002 y las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1.989, 13 de octubre de

1.992, 15 de noviembre de 1.996, 25 de enero y 21 de mayo de 1.999 y 23 de septiembre de 2.002 y la resolución de esta Dirección General de 27 de febrero de 2.002.

1.-La consulta formulada plantea como cuestión capital la de si un notario español es competente para declarar, mediante la correspondiente acta de notoriedad, los herederos abintestato de un ciudadano extranjero.

2.- La declaración de herederos abintestato se configura en nuestro Ordenamiento como un expediente o procedimiento de los llamados de jurisdicción voluntaria, que se caracteriza por la inexistencia de contienda, que puede sustanciarse ante funcionario judicial o notarial.

Como expediente no contencioso, su objeto es determinar quienes son las personas llamadas a la sucesión de un causante fallecido sin herederos designados por él, bien porque no los instituyó en disposición de última voluntad (testamento o contrato sucesorio), bien por la invalidez de dicha institución (o del acto de última voluntad en que se hubiera formulado), o bien por ineficacia o inefectividad del llamamiento testamentario correspondiente.

Precisamente por tratarse de un procedimiento no contencioso, la declaración de derechos resultante del mismo surte efectos frente a las partes interesadas y los terceros, pero sin valor de cosa juzgada, quedando a salvo, en todo caso, el derecho de las partes o de quien tenga un interés legítimo, para defender sus pretensiones en la vía judicial contenciosa.

3.- Para formular declaración de herederos abintestato habrá de constatarse previamente la inexistencia de un llamamiento sucesorio voluntario a título universal válido y efectivo y la condición de pariente dentro del grado legal de preferencia de aquellas personas que pretendan su reconocimiento como herederos. A la vista de estos extremos, y de conformidad con los llamamientos que ordene la ley que rija la sucesión, se procederá a declarar a los herederos del finado. Por ello, la conclusión de ese expediente presupone una doble actividad jurídica, que va más allá, en contra de lo que de su *nomen iuris* pudiera deducirse, de la simple constatación de hechos: una, de carácter netamente probatoria dirigida a acreditar la apertura de la sucesión abintestato, así como el parentesco preferente de los llamados a la sucesión, y otra, de alcance meramente declarativo, cual es la de determinar el contenido de la ley aplicable. A partir de la fijación de estas bases fácticas y de la concreción del llamamiento legal aplicable, se obtiene, mediante la oportuna calificación jurídica, la declaración de las concretas personas que acreditan derechos a la sucesión, y la extensión de sus derechos, ya como herederos ya como

legitimarios. Como labor jurídica, que en ocasiones puede llegar a alcanzar un cierto grado de complejidad, el legislador la encomienda a funcionarios imparciales y con acreditada formación jurídica, además de a los jueces, también a los notarios, capaces de aplicar las normas y con competencia para incorporar un juicio de legalidad al acto en que intervienen.

4.- En efecto, desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, introducida por la Ley de 30 de abril de 1992, la competencia para la declaración de herederos es exclusiva del notario, cuando aquéllos corresponden a los tres primeros órdenes sucesorios, descendientes, ascendientes, o cónyuge viudo. Al juez le corresponde, en vía no contenciosa, esa declaración sólo cuando los herederos llamados pertenezcan al orden colateral (o en los demás supuestos en que el llamamiento no es a favor de parientes del testador). Mas cualquiera que sea la autoridad o funcionario competente, por razón del parentesco de los llamados por Ley, la naturaleza del expediente es la misma, e iguales han de ser los efectos que se deriven de la declaración que le ponga fin.

La dualidad en cuanto a la autoridad o funcionario competente para instruir el procedimiento determina también una dualidad normativa. La regulación del procedimiento se encuentra esparcida a través de diversas normas, fundamentalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil (la del año 2000 y la de 1881), y el Reglamento Notarial (art. 209 bis), que ofrecen el cuadro normativo básico de referencia, sin perjuicio que en ciertos aspectos puedan y deban integrarse recíprocamente.

5.- Sentadas estas bases, la resolución de la consulta planteada exige examinar dos órdenes de cuestiones. Por una parte analizar si la competencia atribuida a los funcionarios españoles para la declaración de herederos abintestato puede proyectarse sobre causantes extranjeros, y por otra, determinar, en su caso, cuales habrían de ser los presupuestos y los efectos de una declaración de esta naturaleza.

6.- Aparte de otras normas que señala el notario consultante (arts. 4 y 21.1 LOPJ) el artículo 22.3 de la ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Tribunales españoles competencia en materia sucesoria cuando el causante, cualquiera que sea su nacionalidad, haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España. De manera congruente con el precepto anterior se manifiesta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que sin excluir el supuesto de que el causante fuese extranjero, determina (art. 52.4) la competencia, para conocer de las cuestiones hereditarias, a favor del "tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio, y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde

tuviese la mayor parte de sus bienes”. Y estas reglas deben tenerse por aplicables tanto a los supuestos contenidos en el art. 979 como en el 980 de la Lec de 1881, pues en el concepto de sucesión cabe incluir tanto el título sucesorio como el aspecto más dinámico de la liquidación hereditaria.

Esa aptitud legal de los órganos jurisdiccionales para conocer de los litigios derivados de situaciones privadas internacionales se conoce con el nombre de competencia judicial internacional, afecta tanto a la jurisdicción contenciosa como a la llamada jurisdicción voluntaria y se refiere no sólo a los órganos jurisdiccionales del Estado, sino a éstos y a los órganos y autoridades públicas en general, considerados en su conjunto.

En efecto, este reconocimiento competencial, *ratione materiae*, a favor de la autoridad judicial española debe de proyectarse también a favor de aquellos otros funcionarios a quienes nuestra ley les encomiende funciones de calificación jurídica y de determinación de derechos en ese ámbito. En caso contrario -dada la interna distribución de competencias (en el ámbito no contencioso) entre jueces y notarios que establece la Ley española- llegaríamos a la solución doblemente absurda de entender, bien que la competencia de las autoridades españolas sería meramente parcial, por cuanto se limitaría al conocimiento de las declaraciones de herederos de causantes extranjeros que no dejaran descendientes, ascendientes o cónyuge, o bien que los parientes preferentes verían limitadas sus posibilidades de obtener su reconocimiento como herederos al juicio declarativo, interpretación que se cohonestaría mal con el carácter expansivo del derecho de defensa que reconoce la Constitución.

Sin embargo, ni la ley de Enjuiciamiento Civil, ni las normas del capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, ni la legislación notarial establecen limitación alguna a la competencia de la autoridad española para tal tipo de declaraciones hereditarias, ni tampoco puede decirse, como destaca el Colegio Notarial de Madrid en su informe, que la nueva distribución de competencias, entre la función judicial y la notarial, que estableció la Ley de 30 de abril de 1992, entrañe restricción alguna, respecto del techo competencial anterior, en el ámbito que se le atribuye al notario.

7.- Las consideraciones anteriores se ven avaladas por el propio artículo 209 bis del Reglamento Notarial, que no sólo no establece ninguna suerte de exclusión de asuntos del ámbito de la competencia del notario, siempre que el causante hubiese tenido su domicilio en territorio donde aquél fuese hábil (o, en su defecto, que allí radicare parte considerable de sus bienes o cuentas bancarias) sino que de modo explícito prevé, en su n° 5, la prueba de la legislación extranjera que pudiera resultar aplicable, legislación que, de



acuerdo con nuestras normas de Derecho Internacional Privado (cfr. art. 9.8 Cc), no puede ser sino la ley personal del causante.

De todos los razonamientos que preceden cabe, pues, concluir que el notario español puede tramitar válidamente actas de notoriedad para la declaración de los herederos abintestato de un causante extranjero. Es competente para hacerlo y su declaración tendrá, al menos, plenos efectos en territorio español.

8.- El expediente de declaración de herederos en su aspecto procedimental, ya se tramite ante notario, ya ante un juez, se sujeta a la ley española, por ser ésta (*lex fori regit procesum*, art. 3 LEC) la competente para regular el procedimiento seguido ante un funcionario español, lo que explica que el notario se haya adecuar a las exigencias, y garantías, de ésta. Significábamos antes, que en este tipo de expedientes eran básicamente dos los tipos de hechos que había que acreditar: La inexistencia, invalidez o ineficacia de llamamientos voluntarios y las relaciones de parentesco. La acreditación de ambos extremos aparece enormemente facilitada en derecho español mediante la prueba documental pública que suministran dos instituciones registrales: El Registro de actos de última voluntad y el Registro civil.

9.- La apertura de la sucesión intestada se justifica mediante el certificado de fallecimiento y el de últimas voluntades. Si este último no fuese negativo, habrá de acompañarse además el documento auténtico, o la sentencia firme, de los que quepa deducir indubitadamente la invalidez del llamamiento ordenado por el finado, su ineficacia o su ineffectividad.

Tratándose de causantes extranjeros, obviamente (por su vinculación patrimonial o residencial española) ha de presentarse igualmente el correspondiente certificado del Registro español de actos de última voluntad. Mas cabría plantear sí, además, complementariamente, habría o no de exigirse el certificado de algún registro equivalente al país de donde el causante es nacional.

Ciertamente no todos los países tienen instaurado un Registro de actos de última voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización (a pesar del impulso, que sobre este tema, supone el Convenio de Basilea). Nuestro sistema, donde la práctica totalidad de los testamentos son notariales, basado en la obligatoriedad de la comunicación que se impone al notario autorizante (o que protocoliza un testamento ológrafo o que autoriza un acta donde se da noticia de su existencia), procura las más altas cotas de seguridad en la apertura de la sucesión intestada. Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece una medida oportuna

y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16/V/1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, sólo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial.

10.- Las relaciones de parentesco se acreditan en España, mediante la prueba que facilita el Registro Civil (cfr. apartado b) de la regla 43 del art. 209 bis del Rgto. Notarial y resolución de este Centro Directivo de 27 de febrero de 2.002). Por ello, en el caso de nacionales de estados extranjeros que no tengan organizado un sistema registral mínimamente desarrollado, equivalente al nuestro, cuyos libros no sean susceptibles de aportar una prueba suficiente sobre aquellos extremos, puede ser prudente inadmitir el requerimiento inicial, si no se acompaña una elemental base documental pública. Todo ello sin perjuicio de que el notario que hubiera admitido inicialmente la iniciación del expediente pueda denegar después la declaración solicitada, cuando no quedase suficientemente acreditados, a su juicio (sólo susceptible de ser revisado judicialmente) y bajo su responsabilidad la certeza de los hechos en que se ha de basar aquélla.

11.- Cuando se trata de un nacional español, la acreditación del doble sustrato fáctico antes aludido, permite efectuar la declaración de herederos mediante acta de notoriedad a favor de quienes corresponda a la luz de los llamamientos establecidos en la Ley española, cuyo contenido el notario conoce y debe conocer, algo que justifica así que la resolución o declaración que pone fin al expediente incorpore un juicio de legalidad que hace fe, en tanto no sea impugnado a través del correspondiente procedimiento judicial contradictorio.

Cuando se trata de un causante que no es español, la posible entrada de una ley extranjera puede alterar el *modus operandi*, pues en tal caso, un nuevo hecho debe ser acreditado, como es el contenido de esa ley llamada a regular el fondo de la sucesión, y que el notario español, al igual que nuestros tribunales, no tiene por qué conocer de oficio, como más adelante se explicará.

Mas, antes de examinar cómo ha de acreditarse la legislación extranjera aplicable, debe ponerse de relieve que el funcionario español competente, ya sea el juez o el notario, ha de hacer una concreta aplicación de la ley española, particularmente de las normas conflictuales, para determinar, a la luz del elemento de extranjería concurrente en el caso, cuya existencia ha de ser ponderada, qué ley debe regir la sucesión. La determinación del elemento de extranjería (vgr. la nacionalidad o la residencia habitual) y la elección de la ley reguladora del fondo ha de llevarse a cabo según los criterios que impone nuestro legislador (a través de las normas de conflicto), en función del punto de conexión que considera relevante.

12.- El artículo 9.8 del Código Civil, establece que "la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren". Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de ley rectora de los efectos del matrimonio) de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado (cfr. art. 12.2. Cc). Sin embargo, ese reenvío de primer grado no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte, si ello provoca un "fraccionamiento legal de la sucesión", que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla (Vid. en este sentido las STS de 15 de noviembre de 1.996, 21 de mayo de 1.999 y 23 de septiembre de 2.002).

Nuestro Código, aunque paulatinamente ha ido dando relevancia al criterio de la residencia habitual, en materia sucesoria todavía permanece anclado en la nacionalidad del causante como punto de conexión (criterio que quizá se justifique mejor históricamente a partir de la realidad de España en 1974, cuando se redactó el Título Preliminar del Cc, que era la propia de un país de emigración, y no de inmigración, como ocurre en la actualidad, algo que quizá aconsejaría invertir el planteamiento). Ello obliga a estimar que sea la ley personal del *de cuius* la que resulte de aplicación al fondo, salvo - como antes se apuntó- cuando sus normas conflictuales remitiesen a nuestra legislación (como ocurre tantas veces, sobre todo con los sistemas dualistas, si el causante dejase patrimonio inmobiliario en España).

Al margen queda la situación de los apátridas, o como dice el art. 9.10 Cc de los que careciesen de nacionalidad o la tuviesen indeterminada, en cuyo caso se aplicará, como ley personal, la correspondiente a su residencia habitual.

13.- Al mantenerse como principio fundamental de nuestras normas de Derecho Internacional Privado, el del imperio de la ley nacional en aquellas materias que, como la sucesoria, integran el estatuto personal, el Derecho extranjero se convierte en un elemento básico para la declaración de herederos pretendida, y por ello, habrá de ser objeto de la prueba pertinente (salvo que el notario la conozca y así lo declare expresamente bajo su responsabilidad).

Si bien es cierto que la competencia que al notario le reserva el Ordenamiento español, encuentra su mayor justificación en que ha de aplicar la legislación española, cuyo control de legalidad, como experto, debe siempre efectuar y le es exigible, y por eso cuando, con carácter general, la ley requiere la intervención notarial debe entenderse referida a la de un notario nacional, único que con su actuación puede incorporar el juicio de legalidad de nuestro Ordenamiento, en este caso dicha competencia debe mantenerse, aunque su declaración jurídica dependa también, en última instancia, de una ley extranjera, por cuanto que todo el proceso se ha de ajustar a la ley española, salvo en la determinación final de los herederos, cuando haya de hacerse, por aplicación y en cumplimiento de una regla conflictual española, con base en un derecho extranjero, al que se le da entrada como un elemento primordialmente fáctico. Y aún en este caso, el notario debe examinar la concordancia de la ley extranjera aplicable con el orden público español (art. 12.3 Cc), excluyéndola en caso de contradicción (pensemos en los llamamientos desacordes con el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE). En definitiva, la declaración jurídica que haga el notario, en alguna medida, incorpora siempre, al menos, al documento el juicio y calificación de nuestro Ordenamiento jurídico.

14.- Al no regir respecto del derecho extranjero el principio de *iura novit curia* (art. 6.1 CC), y prevaleciendo el tratamiento procesal, en cuanto a la prueba, propio de un elemento fáctico, su acreditación es imprescindible.

La prueba de la legislación foránea es por tanto exigible, mas no tanto su mera alegación. El propio Notario, en su deber de aplicar la regla de conflicto española, debe determinar la Ley que ha de regir la sucesión, con independencia de que su aplicación haya sido instada o alegada por el rogante de la actuación notarial. (Cfr. STC, de 11 de Febrero de 2002). En este sentido puede afirmarse que si bien, cabe considerar al derecho extranjero como un hecho a los meros efectos de su prueba, no a los de su alegación.

Establecida la necesidad de que se pruebe el Derecho extranjero, cuando su aplicación viene exigida por las normas de conflicto españolas, debe llegarse a la conclusión de que en caso de que la parte instante del acto no despliegue la correspondiente actividad probatoria, deberá desestimarse la pretensión de declaración hereditaria (denegación que no obsta para que el interesado pueda volver a solicitarla en otro momento, en que esté en condiciones de aportar prueba bastante), pues no puede el notario -en ausencia o insuficiencia de prueba del derecho extranjero- aplicar la Ley material española (art. 12.6 CC). El carácter imperativo de las normas de conflicto establecidas en el título preliminar del Código Civil imponen necesariamente esta solución, por encima de cualquier otra, excluyendo pues, la regla del "*back to lex fori*".

La prueba del Derecho extranjero se presenta así como una carga que tiene quien promueve un acta de declaración de herederos. Sin embargo, al no constituir este expediente una actividad procesal en sentido propio, las exigencias del principio dispositivo que rige el proceso civil se ven aquí atenuadas, por lo que es posible entender que aquella carga probatoria se diluye en buena medida cuando el Notario, por su ciencia personal o por su propia actividad, alcanza un conocimiento suficiente de la legislación foránea competente para regular el fondo.

Quiere esto decir que aunque el Notario no está obligado a conocer el Derecho extranjero, ni a realizar actividad o esfuerzo alguno, más allá de lo razonable, para obtener su conocimiento, si por cualquier razón lo poseyese, podría de oficio proceder a su aplicación (vgr. art. 36.2 RH), salvando o supliendo así la inactividad probatoria de la parte instante.

15.- Siendo un presupuesto de este expediente que el Notario quede razonablemente convencido de la existencia y contenido de la Ley aplicable, debe determinarse el alcance de dicha prueba y los medios a través de los cuales ha de canalizarse.

Por lo que respecta al primer punto, siguiendo las pautas que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe señalar que la prueba del Derecho extranjero debe proyectarse sobre su contenido y vigencia (art. 281. LEC y STS de 11/V/89 y 13/X/92) y también sobre su común interpretación jurisprudencial en el Estado de proveniencia (STS 25-1-99). Dada la trascendencia de la declaración notarial, es exigible un alto grado de rigor en la constatación -en el triple plano apuntado- de las normas extranjeras en que aquélla ha de descansar.

Finalmente, en cuanto a los medios probatorios debe partirse de la idea de que la prueba del Derecho extranjero constituye una cuestión procesal, sujeta a la *lex fori*, razón por la cual no cabe admitir sino los medios permitidos por la Ley española.

En nuestro Derecho, inspirado por el principio de prueba libre, se sigue un sistema de "textura abierta" en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero. Sin embargo cabe destacar como medios más idóneos para alcanzar la plenitud probatoria, los documentales (entre los cuales, en un previsible futuro inmediato, cada vez más hay que incluir también los archivos susceptibles de consulta telemática como el CRIDON o la Red Notarial Europea, etc.) particularmente la documentación pública (informes o certificados expedidos por funcionario competente -vgr. art. 36 RH-, entre los que cabe incluir a los notarios, como regla general en los países que siguen el modelo notarial de corte latino) que habrán de reunir los requisitos establecidos por la Ley Rituaria (arts. 144, 323 y concordantes), y los periciales.

Todo ello sin perjuicio del apoyo probatorio que a través de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (en aplicación del Convenio de Londres de 7/V/1968) se pueda lograr.

Para finalizar, conviene, sin embargo, insistir en que los medios probatorios no constituyen un elenco cerrado, pues es al notario al que corresponde decidir, bajo su responsabilidad, si la prueba presentada es suficiente, pudiendo, en caso contrario, demandar cuantos medios estime precisos (vgr. art. 281.2 LEC) para considerar que la actividad probatoria es adecuada al fin pretendido (y en su defecto desestimar la pretensión instada en el expediente de jurisdicción voluntaria incoado).

Esta Dirección General ha acordado resolver la consulta planteada en los términos que resultan de los fundamentos expuestos. LA DIRECTORA GENERAL, Fdo.”.