

Preprint.- ML Palazón Garrido, “La adaptación de los derechos reales constituidos en el extranjero”, *Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante las situaciones privadas internacionales* (M.L. Palazón Garrido y S.A. Sánchez Lorenzo), Las Rozas (Madrid), Aranzadi, 2024, pp. 479-528, ISBN versión impresa: 978-84-10295-02-5; ISBN versión electrónica: 978-84-10295-03-2.

La adaptación de los derechos reales constituidos en el extranjero

MARÍA LUISA PALAZÓN GARRIDO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. 1. *El concepto de derecho real a los fines de la aplicación de los artículos 31 del Reglamento (UE) nº 650/2012 y 29 de los Reglamentos (UE) nºs 2016/1103 y 2016/1104.* 2. *La sentencia Kubicka: definiendo el ámbito de aplicación respectivo de los artículos 1.2.k) y 23.2.e) del Reglamento europeo sobre sucesiones.* III. EL PRESUPUESTO DE LA ADAPTACIÓN: LA INEXISTENCIA DEL DERECHO REAL EN EL ESTADO MIEMBRO DONDE SE INVOCA (“DESCONOCIMIENTO”). 1. *Invocación de un derecho real derivado de la sucesión o de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes en un Estado miembro distinto de aquel cuya ley las rige.* 2. *El derecho real debe ser desconocido en el Estado miembro donde se invoca.* IV. EL MECANISMO DE ADAPTACIÓN DEL DERECHO REAL. 1. *Acerca de si la adaptación del derecho real sólo tiene cabida en los sistemas de numerus clausus o también en los de numerus apertus.* 2. *De cómo opera la adaptación de los derechos reales.* 3. *La adaptación de los derechos reales por los registradores de la propiedad en el sistema español.*

I. INTRODUCCIÓN: LA ARTICULACIÓN ENTRE LA *LEX REI SITAE* Y LA *LEX SUCCESSIONIS* O LA LEY DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES

El Reglamento (UE) nº 650/2012 (en adelante RES) y también los Reglamentos (UE) nºs 2016/1103 y 2016/1104 (en adelante RREM y REPUR) excluyen de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la “naturaleza de los derechos reales” [art. 1.2.k) RES y arts. 1.2.g) RREM y REPUR], así como “cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro” [art. 1.2.l) RES y arts.1.2.h) RREM/REPUR]. No obstante, en la práctica son numerosos los casos en que pueden plantearse problemas de constitución y transmisión de derechos reales a causa de una sucesión, o bien derivados de un régimen económico matrimonial o de la situación patrimonial de las uniones registradas, sobre todo tras las crisis de pareja¹. Y en ambos casos tales cuestiones pueden tener repercusiones transfronterizas. Consciente de ello, el legislador europeo expone en los considerandos que los Reglamentos permiten la creación o la transmisión de un derecho sobre bienes e inmuebles tal y como prevea la ley aplicable a la sucesión o, en su caso, la ley aplicable al régimen matrimonial o a los

¹ Como señalan A. BONOMI Y P. WAUTELET, los supuestos de creación de un derecho real pendiente la relación de la pareja matrimonial o no casada serán excepcionales (*vid. Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) nºs 2016/1103 y 2016/1104*, Bruselas, Bruylant, 2021, p. 994, nota al pie 1).

efectos patrimoniales de las uniones registradas. Sin embargo, ello no debe afectar “al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho” (Considerandos 15 RES y 24 RREM/REPUR).

En las situaciones transfronterizas, esta opción del legislador provoca la escisión entre el estatuto real – la *lex rei sitae* debe regir la naturaleza de los derechos reales, su contenido y su publicidad– y el derivado de la ley sucesoria o la aplicable al régimen matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas, que debe gobernar su creación y/o transmisión con la vocación unitaria adoptada por los Reglamentos. Empero, las lindes entre “la naturaleza de los derechos reales” y su “constitución” o “transmisión” no están perfectamente delimitadas; además, está la cuestión del *numerus clausus* de derechos reales imperante en algunos sistemas, que viene a dificultar el problema, pues es posible que el derecho real sobre un bien inmueble creado por la sucesión o derivado de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes, de conformidad a la ley que las rige, sea desconocido para el sistema del Estado miembro donde se invoque². En estas hipótesis, el no reconocimiento del derecho real constituido frustraría las expectativas de los beneficiarios, que serían titulares de un derecho que no pueden ejercitar o no pueden registrar en el Estado donde debería surtir efectos; y en el caso de la sucesión testada, además, supondría la vulneración de la voluntad del causante³.

La aplicación de la *lex rei sitae* a los derechos reales se justifica sobre la base de la estrecha conexión existente entre el régimen legal de la propiedad y demás derechos reales, por un lado, y el sistema económico y social de cada Estado, por otro⁴. Dado que la naturaleza propia de un derecho real es su oponibilidad *erga omnes*, la *lex rei sitae*, como solución ordenadora del mercado, se orientaría básicamente a garantizar la seguridad jurídica de los derechos reales frente a terceros⁵; garantizando un

² Ello es debido a que los derechos reales se configuran en los distintos sistemas sobre la base de tradiciones propias, que conducen a enfoques muy distintos. [A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, p. 411, nº 2].

³ Vid. I. HEREDIA CERVANTES, “Lex successionis y lex rei sitae en el Reglamento de sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XI 2011, p. 430, nº 20.

⁴ Vid. Z. CRESPI REGHIZZI, “Succession and property rights”, *EU cross-border succession Law* (Ed. S. BARIATTI, I. VIARENGO y F.C. VILLATA), Cheltenham (RU) – Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing, 2022, p. 50, nº 4.004; Z. CRESPI REGHIZZI, “Succession and property rights in EU Regulation nº 650/2012”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 3/2017, p. 635.

⁵ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, p. 819, nº 536. La protección de la seguridad del tráfico requiere proteger a los terceros que confían en la apariencia.

tratamiento uniforme a las relaciones jurídicas concernientes a bienes situados en el territorio de un determinado Estado⁶.

En los supuestos de aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, no se suscitan especiales problemas cuando lo que se deba transmitir al sucesor (heredero o legatario) sea un derecho real que ya existía en el patrimonio del difunto, pero sí cuando se trate de un derecho creado por la propia sucesión (ya sea por la ley o por la voluntad del *de cuius*). En estos casos, la escisión, en términos de ámbito de aplicación material, entre la *lex successionis* y la *lex rei sitae* que rigen respectivamente la constitución *mortis causa* del derecho real que se atribuye al sucesor y su naturaleza y contenido, puede ser fuente de tensiones; a las que debe sumarse la circunstancia de que el derecho real creado según la *lex successionis* sea desconocido en el Estado donde el inmueble esté situado⁷.

Caso nº 1.- Así, por ejemplo, si el fallecido tenía su última residencia habitual en España, será aplicable a la sucesión el Derecho español, que admite el derecho de usufructo con facultad de disponer (art. 467 CC). Si el *de cuius* hubiera ordenado en testamento un usufructo con facultad de disponer, de acuerdo con la *lex successionis*, y parte de los bienes usufructuados estuvieran situados en Italia, surgirá el problema de que el Derecho italiano (*lex rei sitae*) no admite tal configuración del derecho de usufructo, pues el principio de *salva rerum substantia* es elemento esencial, sin que se contemplen excepciones (art. 981 CC italiano).

Respecto a la aplicación de los Reglamentos nºs 2016/1103 y 2016/1104, en los más habituales supuestos en que se trate de la transmisión de un derecho de propiedad, como consecuencia –por ejemplo– de la disolución de un régimen legal o pactado de comunidad, no se planteará problema alguno, ya que todos los sistemas conocen el derecho de propiedad. Pero sí pueden surgir dificultades en los casos en que la liquidación del régimen matrimonial o de la situación patrimonial tras la ruptura de la pareja conduzca a la creación de un derecho real a favor de uno de sus miembros. La tensión entre la aplicación de la ley que rige el régimen matrimonial o las relaciones patrimoniales entre la pareja puede ser mayor en tanto que los dos reglamentos excluyen el conflicto móvil respecto de los cónyuges y parejas que no hayan hecho elección de ley aplicable. En efecto, la ley aplicable se determina en el momento de celebración del matrimonio o de la creación de la unión registrada (art. 26.1 RREM y REPUR⁸), sin que en principio deban tenerse en cuenta sus vicisitudes ulteriores,

⁶ Z. CRESPI REGHIZZI, *op. cit.* (2022), p. 50, nº 4.004; Z. CRESPI REGHIZZI, *op. cit.* (2017), p. 635.

⁷ Se hizo tempranamente eco del problema G. BIAGIONI, para quien la división entre constitución y naturaleza puede resultar artificiosa [“L’ambito di applicazione del Regolamento sulle successioni”, *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (Ed. P. FRANZINA y A. LEANDRO), Milán, Giuffré Editore, 2013, p. 41].

⁸ Según el art. 26.1 RREM “en defecto de un acuerdo de elección con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias”. Y el art. 26.1 REPUR dispone que “en defecto de un acuerdo sobre la elección de la ley aplicable

especialmente los desplazamientos de la pareja a otro Estado, sin perjuicio del juego de la cláusula de excepción recogida en el artículo 26.3 RREM y 26.2 REPUR. Ello puede conducir a una división entre, por una parte, la ley aplicable a las relaciones patrimoniales y, por otra, la ley de situación del bien inmueble objeto del derecho real, a las que hay que añadir la ley del Estado del territorio en el cual el cónyuge o miembro de la pareja reclama el ejercicio de las facultades derivadas del derecho real⁹.

Ya antes se ha indicado que el sistema de publicidad de los derechos reales es también cuestión excluida del ámbito de los Reglamentos [art. 1.2.l) RES y arts.1.2.h) RREM/REPUR]. Estos preceptos determinan el sometimiento a la *lex registrii*¹⁰ de “cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”. Corresponde asimismo a la *lex registrii* la determinación de los efectos constitutivos o declarativos de la inscripción (considerandos 19 RES y 28 RREM/REPUR), cuestión que puede también interferir con la adquisición del derecho, regulada por la *lex successionis* o la ley de las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes.

Por todo lo anterior, a fin de facilitar la articulación entre el estatuto real y el que gobierna la transmisión, los reglamentos han previsto el mecanismo de la adaptación de los derechos reales¹¹ (arts. 31 RES y 29 RREM y REPUR), que consiente a los Estados la preservación de su *numerus clausus*. Tal mecanismo permitirá que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos reales que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión o como consecuencia del régimen matrimonial o de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, merced a su “transposición” al derecho real equivalente más cercano del ordenamiento jurídico de ese otro Estado miembro, sin que deban excluirse otras formas de adaptación (considerandos 16, 17 RES y 25, 26 RREM y REPUR). Por consiguiente, la adaptación de los derechos reales permite encuadrar las atribuciones sucesorias o derivadas de la liquidación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes en unas concretas categorías de derechos reales, que no son siempre idénticas, no ya respecto del *common law*, sino dentro de los propios Derechos civiles continentales¹².

con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22, la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada”.

⁹ Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 997, nº 10.

¹⁰ Ley del Estado bajo cuya autoridad se organiza el Registro en el que se encuentran inscritos los bienes objeto del derecho real que, en el caso de los bienes inmuebles y en gran parte los bienes muebles, será la del Estado de situación de estos (I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, p. 433, nº 25).

¹¹ P. LAGARDE, “Les principes de base su nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue critique de Droit international privé*, nº 4/2012, p. 716, nº 26.

¹² En este sentido, A. SERRANO DE NICOLÁS, “Reglamento (UE) 650/2012: aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de derechos reales y de régimen económico matrimonial”, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas* (Dir.

En este sentido, el artículo 31 RES dispone que “cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo”. Este precepto no figuraba en la Propuesta inicial de Reglamento y es fruto de una de las enmiendas realizadas por el Max Plank Institute for Comparative and International Private Law. Inspirándose en el artículo 15(2) del Convenio de la Haya de 1985, sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, el Instituto Max Plank propuso añadir un tercer párrafo al art. 21 de la Propuesta de Reglamento, con el siguiente tenor: “*Rights in rem arising under the law governing the succession cannot be exercised contrary to the law of the State where the property is situated. If the recognition of a right in rem is prevented by application of the preceding sentence, effect should be given to the objects of rights by other means under the law of the State where the property is situated*”¹³.

Siguiendo el modelo del artículo 31 RES, el artículo 29 RREM/REPUR establece que “cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable al régimen económico matrimonial/los efectos patrimoniales de la unión registrada y la ley del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión, ese derecho deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, adaptarse al derecho equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo”.

Como ha indicado la mejor doctrina, a pesar de las diferencias que separan las instituciones de la sucesión *mortis causa* y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes, es conveniente interpretar paralelamente ambas disposiciones¹⁴.

Así pues, una vez determinada la constitución y adquisición del derecho real por aplicación de la *lex successionis* o la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes, los artículos 31 RES o 29 RREM/REPUR intervienen en un segundo momento para decidir sobre el encaje de ese derecho real en el sistema del Estado en el que el derecho se invoca (normalmente, el Estado donde el bien está

M.E. GINEBRA MOLINS y J. TARABAL BOSCH), Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2016, p. 21.

¹³ El Instituto Max Plank confiesa en su informe esta inspiración en el referido precepto del Convenio de la Haya de 1985 (*vid.* § 203), sin embargo, como acertadamente señala TARABAL BOSCH, tanto el artículo 21 de la Propuesta, como el posterior artículo 31 RES elevan su tono normativo, pues mientras el artículo 15(2) dispone que el tribunal “procurará” que surtan efecto los objetivos del trust por otros medios jurídicos, el artículo 31 contiene una norma imperativa (el derecho real “deberá” ser adaptado), imponiendo la adaptación a las autoridades de los Estados miembros (*vid.* “Adaptación de derechos reales a efectos sucesorios”, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, (Dir. M.E. GINEBRA MOLINS y J. TARABAL BOSCH) Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2016, p. 221-222).

¹⁴ *Vid.* A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 998, nº 12.

situado). Esta operación entrañará mayores dificultades en los sistemas de *numerus clausus* (como el alemán o el neerlandés), pero no está tampoco exenta de problemas en sistemas, como el español, de *numerus apertus* con restricciones. En la tensión entre *lex successionis* (o ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges o pareja) y *lex rei sitae*, la existencia de la norma recogida en los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR implica la prevalencia de la primera de ellas para regir la totalidad del proceso de transmisión¹⁵, como instrumento del principio de unidad de la sucesión o de las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes perseguido por los Reglamentos, que aspiran a que la totalidad de la sucesión o del régimen económico matrimonial o efectos patrimoniales de la unión registrada estén regulados por una única norma, independientemente de la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren situados (art. 21.1 y 23.1 RES y 21 RREM/REPUR). La vocación de las leyes sucesoria y de la aplicable a las relaciones patrimoniales para regir los aspectos reales de la sucesión o de la liquidación del régimen económico matrimonial o de la situación patrimonial de los convivientes tras la ruptura, encuentra su fundamento en los artículos 23.2.b) y e) RES¹⁶ y 27.e) RREM/REPUR¹⁷.

Tras una previa delimitación del ámbito de aplicación de la regla de adaptación de los derechos reales (II), este trabajo se centrará en el análisis del mecanismo de adaptación. Para ello se estudiará su presupuesto: la inexistencia del derecho real en el Estado miembro donde se invoca (III) y su *modus operandi* (IV). Conviene antes señalar que la regla de la adaptación recogida en los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR será de aplicación independientemente de si el derecho real recae sobre un inmueble o un bien mueble, sea o no corporal, si bien para el objeto de este trabajo interesan los derechos reales sobre bienes inmuebles. También es oportuno advertir que, aunque el artículo 29 RREM/REPUR encontrará su principal terreno de juego en los supuestos de liquidación del régimen económico matrimonial o de la situación patrimonial de los convivientes tras su ruptura, esto es, en los casos de crisis de la pareja casada o no, nada obsta para que pueda aplicarse constante el matrimonio o la unión registrada¹⁸.

¹⁵ Vid. N. CHIKOC BARREDA, *Succession internationale et dispositions spéciales de la lex rei sitae. Contribution à l'étude de l'imperativité internationale en matière successorale*, París, L'Harmattan, 2022, p. 235.

¹⁶ Según este precepto, la ley sucesoria regirá: b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; y e) la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado.

¹⁷ Establece el art. 27.e) RREM que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regirá “la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio”. Y, análogamente, el art. 27.e) REPUR dispone que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada regulará “el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio en caso de disolución de la unión registrada”.

¹⁸ Vid. A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 998, nº 14.

Como cuestión previa, además, es conveniente señalar que, además de en los citados reglamentos, la regla de la adaptación de los derechos reales ha sido acogida también en otra legislación española de procedencia interna. Así, en la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante LCJIMC), el legislador español consagra en su artículo 61 lo que, según el Preámbulo de la norma, es una aplicación específica de la técnica de la adaptación de los títulos extranjeros, que el registrador podrá utilizar para el caso de que ordenen medidas o incorporen instituciones o derechos que resulten desconocidos en Derecho español¹⁹. En tales circunstancias, “el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español, que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen” (art. 61 LCJIMC). El mismo deber de adaptación se impone a la autoridad jurisdiccional en los casos de que las medidas contenidas en la resolución extranjera fueren desconocidas en el ordenamiento español (art. 44.4 LCJIMC). Sin embargo, en el caso de los notarios y otros funcionarios públicos españoles, se utiliza la expresión “adecuación” de instituciones jurídicas extranjeras desconocidas (art. 57 LCJIMC).

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

1. EL CONCEPTO DE DERECHO REAL A LOS FINES DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 31 DEL REGLAMENTO (UE) Nº 650/2012 Y 29 DE LOS REGLAMENTOS (UE) NºS 2016/1103 Y 2016/1104

La vocación de aplicación universal de los Reglamentos (art. 20 RES/RREM/REPUR) supone la posibilidad de que resulte aplicable la ley de cualquier Estado, aunque se trate de un Estado no miembro. Por ello, una correcta determinación del ámbito de la exclusión contenida en los artículos 1.2.k) RES y 1.2.g) RREM/REPUR y de la regla de adaptación de los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR implica la previa delimitación de la noción de derecho real que, como ya se ha advertido, no es idéntica en todos los sistemas. Los Reglamentos no definen el concepto de derecho real, como apuntó Ancel para el Reglamento sobre sucesiones, “el reglamento europeo ha desplazado los problemas sin resolverlos todos, por lo que nos encontramos con los problemas anteriores en una configuración diferente”²⁰. La fijación del concepto de derecho real no puede dejarse a los Estados miembros, ya que una interpretación del concepto a luz de un Derecho nacional permitiría a un Estado descartar la aplicación del mecanismo de adaptación cuando el derecho invocado por el interesado no se encuentre en su lista de derechos reales. Nótese, sin embargo, que estas son precisamente las situaciones en las

¹⁹ Vid. Preámbulo VIII Ley 29/2015.

²⁰ Intervención oral, *vid.* P. CALLÉ, “L’anticipation successorale”, en AA.VV. *Travaux du Comité français de droit international privé: Années 2014-2016*, París, Pedone, 2017, p. 143 ss.

que los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR están llamados a ser aplicados²¹. Se impone, por tanto, una definición autónoma²².

El art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. En su tenor literal, el precepto parece conducir a que los derechos reales escapen del ámbito de actuación de la Unión Europea o, dicho de otra forma, que la competencia para regular la materia de los derechos reales se reserva en exclusiva a los Estados miembros. No obstante, ello choca con la existencia de normativa europea que afecta de forma directa a los derechos reales, como, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2015/848, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia, o la Directiva 2002/47/CE, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera²³; y con la existencia de numerosas resoluciones del TJUE que abordan directa e indirectamente cuestiones de derecho de propiedad. En realidad, esta previsión normativa se ha empleado por los Estados miembros para la defensa de sus propias tradiciones jurídicas, incluso más allá de la finalidad del precepto²⁴. Por esta causa, un sector de la doctrina propone una interpretación restrictiva de la norma, sosteniendo que no impide a la Unión Europea regular los derechos reales²⁵.

El significado exacto de la expresión “derecho real” y la distinción entre derechos reales y derechos personales es una de las cuestiones más problemáticas en Derecho comparado²⁶. Las diferencias entre *civil law* y *common law* son particularmente acusadas en este ámbito, ya que la *summa divisio*, propia de los sistemas continentales, entre derechos personales y derechos reales, aunque es conocida en la tradición de *common law*, se conceptualiza de forma diferente y tiene también implicaciones distintas.

El punto de partida de las discrepancias hay que situarlo en la distinta conceptualización de propiedad (*propriété – proprietà – propiedad – eigentum*) y *property*. Si en la tradición continental el término “propiedad” hace referencia al derecho real pleno, esto es, al más amplio poder de dominación que el ordenamiento permite tener sobre las cosas, en el Derecho inglés *property* abarca, en la clásica expresión de T.C. Williams, todas las cosas evaluables en dinero, es decir, todos los derechos “que son susceptibles

²¹ Vid. A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 999, nº 17.

²² *Ibidem*. Y en el mismo sentido, para el concepto de derecho real del art. 16.1 Convenio de Bruselas 27 septiembre 1968, vid. STJUE (Sala quinta) de 10 enero 1990, asunto C-115/88 (*Mario P. A. Reichert y otros c. Dresdner Bank*), ECLI:EU:C:1990:3.

²³ Vid. J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 219.

²⁴ E. CALZOLAIO y L. VAGNI, “Article 31. Adaptation of Rights in rem”, *The EU succession regulation. A Commentary* (Ed. A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVI y H.P. MANSEL), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 444, nº 5.

²⁵ Vid. E. RAMAEKERS, *European Union property law. From fragments to a system*, Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2013, pp. 101-141; vid. asimismo, B. AKKERMANS Y E. RAMAEKERS, “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations”, *European Law Journal* 16, nº 3 (mayo 2010), pp. 292-314 (consultado en HeinOnline).

²⁶ Vid. E. CALZOLAIO y L. VAGNI, *op. cit.*, p. 443, nº 2.

de ser intercambiados por dinero”²⁷. Por consiguiente, pueden ser objeto de propiedad cualquier bien o derecho susceptible de tráfico económico, sea corporal o incorporeal, incluidos los créditos o las deudas²⁸. Así pues, la expresión *property* designa una noción más cercana a nuestra “titularidad” (*entitlement*) que al derecho real de propiedad. En el Derecho inglés no existe una definición de derecho real²⁹ y, lo que es más relevante, no reconoce la categorización entre la propiedad, como derecho real pleno, y los derechos reales limitados³⁰. Y, a partir de ahí la *summa divisio* se vacía del contenido sistemático que tiene en la tradición de *civil law*, las categorías no coinciden con su uso en inglés y son una fuente constante de confusión³¹ (obsérvense, por ejemplo, las dudas que presenta la naturaleza jurídica de los *leases*³²).

La noción autónoma de derecho real a efectos de la aplicación de los Reglamentos debe partir de las características fundamentales que se le atribuyen. Así, existe consenso en Derecho comparado acerca de que las características básicas de los derechos reales son la inmediatez o inherencia (conceden a su titular un poder directo o inmediato sobre el bien objeto del derecho³³) y la oponibilidad frente a todos (eficacia *erga omnes*)³⁴. Particularmente este último rasgo fue destacado como esencial en la caracterización del derecho real por P. Schlosser, en su informe sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil “*A right in personam can only be claimed against a particular person;*

²⁷ “*the sum of the things a man has, which are valuable in money. In other words, all the rights he has, which are capable of being exchanged for the ownership of money*”, *vid.* T.C. WILLIAMS, “Terms Real and Personal in English Law”, *Law Quarterly Review*, nº 4 (1888), p. 408 (consultado en HeinOnline).

²⁸ *Vid.* E. CALZOLAIO y L. VAGNI, *op. cit.*, p. 443, nº 4. Ello se debe a que la noción patrimonial de la propiedad, desarrollada en el medievo, se ha mantenido en el *common law*, frente a la tradición de *civil law*, donde tal noción se marchitó (*vid.* L. MOCCIA, “Basic Ways of Defining Property”, *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Nápoles, ESI, 2007, p. 766, consultado en <https://www.academia.edu/> último acceso: 16/08/2023).

²⁹ *Vid.* E. NIKOLAOU, “Article 31. Adaptation of rights in rem”, *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary* (Ed. H.P. PAMBOUKIS), Atenas, Nomiki Bibliothiki, Beck/Hart/Nomos, 2017, p. 376, nota al pie nº 12.

³⁰ *Vid.* L. MOCCIA, “Il modello inglese di proprietà”, *Diritto privato comparato. Istituti e problema* (AA.VV.), Roma, Laterza, 2006, pp. 35-145.

³¹ W. SWADLING, “Property: General Principles”, *English Private Law* (Ed A. BURROWS.), 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 178.

³² B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law*, Tesis doctoral, Universidad de Maastricht, 2008, pp. 353 y ss, <https://doi.org/10.26481/dis.20081017ba>. *Vid.* asimismo, las palabras de Lord Browne-Wilkinson en el caso *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* [1994]: ‘A lease is a hybrid, part contract, part property’ (1 AC 85 at 108).

³³ Un poder directo e inmediato es un poder que se ejerce sin mediación de persona alguna, en ello se diferencian de los derechos de crédito (derechos personales) donde también puede haber una cosa como objeto, pero ello es de modo mediato, a través de la conducta de la persona a la que se le puede exigir la realización de una prestación.

³⁴ *JO*, C 59/120, 5 marzo 1979, § 166, p. 120.

thus only the purchaser is obliged to pay the purchase price and only the lessor of an article is obliged to permit its use. A right in rem, on the other hand, is available against the whole world. The most important legal consequence flowing from the nature of a right in rem is that its owner is entitled to demand that the thing in which it exists be given up by anyone not enjoying a prior right". Y también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho numerosas referencias a la oponibilidad *erga omnes* como rasgo básico para la distinción entre derechos reales y derechos personales (v.gr. STJUE (sala tercera) de 3 abril 2014, asunto C-438/12, *Irmengard Weber c. Mechthilde Weber*³⁵ o ATJCE 5 abril 2001, asunto C-518/99, *Gaillard*³⁶)³⁷.

A partir de estos rasgos caracterizadores de los derechos reales, la calificación por el registrador del derecho como real o personal se realizará aplicando la ley del foro, pero atendiendo al contenido y las características del derecho tal y como se configura por la *lex successionis* o la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de las uniones registradas³⁸.

2. LA SENTENCIA KUBICKA: DEFINIENDO EL ÁMBITO DE APLICACIÓN RESPECTIVO DE LOS ARTÍCULOS 1.2.k) Y 23.2.e) DEL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE SUCESIONES

La opción del Reglamento europeo sobre sucesiones por la conexión unitaria de la sucesión excluye, como se ha dicho *supra*, la escisión de la ley aplicable según se trate de bienes muebles o inmuebles, sujetando el conjunto de la sucesión (con total independencia de la naturaleza de los bienes que la integren y del lugar donde se encuentren) a una sola ley. El artículo 3.1.a) RES dispone que por sucesión se entenderá "la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato". Sin embargo, también se ha advertido que el principio de unidad no puede ignorar la significación del sistema de ordenación de los derechos reales³⁹; de ahí que el artículo 1.2 RES, en su delimitación negativa del ámbito de aplicación del Reglamento, excluya expresamente del mismo la naturaleza de los derechos reales (letra k) y el régimen de su publicidad (letra l). La fijación del alcance de la exclusión y la articulación de las relaciones coordinadas entre

³⁵ ECLI:EU:C:2014:212.

³⁶ ECLI:EU:C:2001:209.

³⁷ Vid. A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1002, nº 22.

³⁸ Como afirmó M.R. JIMÉNEZ RUBIO con referencia a la aplicación del RES, la calificación registral no experimenta alteración alguna, debiendo sujetarse a las pautas previstas en la Ley Hipotecaria y su Reglamento. No obstante, dicha calificación registral deberá afrontar algunas dificultades derivadas de la aplicación de los Reglamentos, con el objeto de facilitar la consecución de los fines contemplados en los mismos ("El Registro de la Propiedad español en las sucesiones hereditarias europeas", *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales* (Dir. A. LARA AGUADO), Valencia, Tirant lo blanch, p. 349).

³⁹ Así, J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, "Artículo 31. Adaptación de los derechos reales", *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012* (Dir. J.L. IGLESIAS BUIGUES Y G. PALAO MORENO), Valencia, Tirant lo blanch, 2015, p. 259.

la ley sucesoria y la ley reguladora de los derechos reales y su publicidad es una cuestión compleja que fue objeto de la primera sentencia dictada por el Tribunal de Luxemburgo en interpretación del Reglamento europeo de Sucesiones (sentencia Kubicka).

A primera vista, esta exclusión de los derechos reales del ámbito del RES puede conducir a pensar que ello afecta también a su constitución y transmisión, que debe quedar sometida a la *lex rei sitae*. Sin embargo, ya se ha visto anteriormente cómo esa primera impresión debe descartarse, ya que de la lectura conjunta de las disposiciones del RES deriva que este ha adoptado un esquema de coordinación entre la *lex successionis* y la *lex rei sitae*, que elige incrementar el papel de la primera reduciendo correlativamente el peso de la segunda⁴⁰.

Nótese que el propio artículo 1.2.k) RES se formula en términos bastante estrictos, al referirse únicamente a la naturaleza de los derechos; en esta expresión deben entenderse concernidos su contenido (facultades que comprende el derecho) y efectos⁴¹ y la necesidad conexa de respetar el principio de su *numerus clausus*, pero no su constitución y adquisición por los herederos o legatarios (*vid.* considerando 15). Por otra parte, el artículo 23 RES, que determina el ámbito de la ley aplicable, dispone que esta deberá aplicarse a “la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado” [párrafo 2, letra e)]. Por último, en la versión final del artículo 31 RES se eliminó la cláusula de salvaguarda que se contenía en el artículo 21.1 de la Propuesta respecto de las formalidades para la adquisición del derecho exigidas por la *lex rei sitae*⁴². La eliminación de tal excepción confirma el objetivo del legislador europeo de que la *lex successionis* rija la adquisición del derecho por los beneficiarios sin excepción alguna⁴³. Y esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala 2ª) en la sentencia de 12 de octubre de 2017, asunto C-218/16, *Aleksandra Kubicka c. Przemyslaw Bac*⁴⁴, en la que el Tribunal, a propósito de un legado vindicatorio, delimita las fronteras entre la *lex successionis*, la *lex rei sitae* y la *lex registrii* y define la función del artículo 31 RES⁴⁵.

⁴⁰ En este sentido, Z. CRESPI REGHIZZI, *op. cit.* (2022), p. 54, nº 4.017; Z. CRESPI REGHIZZI, *op. cit.* (2017), p. 640.

⁴¹ Según A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, con la expresión “naturaleza de los derechos reales” se ha de entender “la existencia y efectos en un Estado miembros de una titularidad sobre un bien” [*vid. Las sucesiones mortis causa en Europa. Aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 667].

⁴² El artículo 21.1 de la Propuesta establecía que “*The law applicable to the succession shall be no obstacle to the application of the law of the State in which the property is located, where, for the purposes of the acceptance or waiver of the succession or a legacy, it stipulates formalities subsequent to those laid down in the law applicable to the succession*”.

⁴³ *Vid.* Z. CRESPI REGHIZZI, *op. cit.* (2022), p. 55-56, nº 4.018-020; Z. CRESPI REGHIZZI, *op. cit.* (2017), p. 640-642.

⁴⁴ ECLI:EU:C:2017:755.

⁴⁵ Sobre esta sentencia puede consultarse, entre otros, D. ACHILLE, “Lex successionis e compatibilità con gli ordinamenti degli Stati membri nel reg. UE n. 650/2012”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018 nº 5, p. 697-707; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Legado per

El estatuto de los legatarios de cosa específica divide profundamente a los sistemas jurídicos europeos debido a la diferente regulación de sus efectos. Algunos ordenamientos –como el alemán o el neerlandés– sólo admiten los legados con efectos obligacionales, es decir, simplemente reconocen al legatario un mero derecho de crédito para reclamar la entrega del bien legado al heredero gravado o al albacea. En otros sistemas, sin embargo, se admite que los legados tengan efectos reales *per vindicationem*, como sucede en España⁴⁶, Italia, Francia, Bélgica o Polonia⁴⁷. Esta diferencia en la eficacia de los legados, conducía a que, según la jurisprudencia germana, los legados vindicatorios se convirtieran en Alemania en simples legados obligacionales (sentencia BGH de 28 septiembre 1994⁴⁸).

vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012, *La Ley Unión Europea*, nº 55, enero 2018; R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, “Breve nota sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto C-218/16 (Kubicka) de 12 de octubre de 2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)”, *Diario La Ley*, nº 9084, 20 noviembre 2017; E. CASTELLANOS RUIZ, “Ámbito de aplicación de la lex successionis y su coordinación con la lex rei sitae – lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 1 (2018), pp. 70-93; J.J. MARÍN LÓPEZ, “Polonia invade Alemania: la sentencia Kubicka, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *El Notario del Siglo XXI, Revista 76* (<https://www.elnotario.es/practica-juridica/8197-polonia-invade-alemania-la-sentencia-kubicka-primer-interpretacion-del-reglamento-europeo-de-sucesiones-por-el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>, último acceso: 17/08/2023); L. PERREAU-SAUSSINE, “Première application du Règlement ‘Successions Internationales’: la Cour de Justice de l’Union européenne confrontée a la délicate distinction entre statut réel et successions”, *Revue critique de droit international privé*, 2018/2 nº 2, pp. 338-351 (disponible en línea: <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2018-2-page-338.htm> último acceso: 22/08/2023). o P. TERESZKIEWICZ y A. WYSOCKABAR, “Legacy by Vindication Under the EU Succession Regulation No. 650/2012 Following the Kubicka Judgment of the ECJ”, *European Review of Private Law*, vol. 4, 2019, pp. 875-894.

⁴⁶ En el Derecho español el legatario de cosa específica adquiere la propiedad desde la muerte del causante. Ello con total independencia de que no pueda apropiarse de ella por sí mismo y deba pedir la entrega de la posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC). No debe confundirse, pues, propiedad (el legatario es propietario) con posesión.

⁴⁷ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁸ *FamRZ (Zeitschrift für das Familienrecht)*, 1994, p. 1585; vid. la nota de H. DÖRNER, “Keine digliche Wirkung ausländischer Vindikationslegate im Inland”, *IPRax*, 1996, pp. 26-28. En el supuesto, la ley colombiana aplicable a la sucesión atribuía al legatario un derecho de propiedad sobre un bien inmueble situado en Alemania.

La cuestión de los legados vindicatorios y el ámbito del artículo 31 había provocado el debate doctrinal ya antes de la sentencia Kubicka. Así, autores de tanta relevancia como P. LAGARDE los utiliza como ejemplo para ilustrar la adaptación de los derechos reales [“Article 31. Adaptation des droit réels”, *Commentaire du Règlement européen sur les successions* (Ed. U. BERGQUIST, D. DAMASCELLI, R. FRIMSTON, P. LAGARDE, F. ODERSKY Y B. REINHARTZ), París, Dalloz, 2015, p. 147]; y haciendo uso del mismo ejemplo, J.M. DÍAZ FRAILE, “El Reglamento sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio”, *Revista crítica de Derecho*

El litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo su origen en el testamento que una ciudadana polaca pretende otorgar ante un notario polaco y en el que se sujeta por *professio iuris* a su ley nacional. En el testamento quiere disponer un legado vindicatorio a favor de su marido sobre su parte de un bien inmueble común situado en Alemania. La otorgante estaba interesada en excluir expresamente la utilización de un legado damnatorio u obligacional, que entrañaba dificultades vinculadas a la representación de sus hijos menores de edad, que en su momento serían llamados a la sucesión, así como gastos adicionales. Sin embargo, como se ha dicho *supra*, en el sistema alemán los legados son damnatorios, por lo que el legatario tiene sólo una pretensión (obligacional) de entrega del legado (§ 2174 BGB). En el caso de los bienes inmuebles, el heredero (*Beschwerte*) cumple con esta pretensión concluyendo con el legatario un contrato de cumplimiento del legado (*Vermächtniserfüllungsvertrag*) que funciona como título de transmisión (*Auflassung*). Con la *Auflassung* y la posterior inscripción en el Registro de Propiedad (§ 873 BGB) tiene lugar la adquisición de la propiedad por el legatario del bien inmueble legado.

Por lo anterior, el notario polaco se negó al otorgamiento del testamento, argumentando que el legado vindicatorio es contrario al Derecho alemán, correspondiente a la ley de situación del inmueble, y en consecuencia vulneraba lo dispuesto en los artículos 1, apartado 2, letras k) y l), y 31 del Reglamento nº 650/2012, es decir, la exclusión de su ámbito de aplicación de la naturaleza de los derechos reales y los aspectos registrales, así como la regla de transposición de los derechos reales. A este efecto, el notario polaco observó que “en Alemania, la inscripción del legatario en el registro de la propiedad sólo puede realizarse en virtud de un contrato celebrado ante notario, relativo a la transmisión de la propiedad sobre el inmueble entre los herederos y el legatario. En Alemania, los legados vindicatorios extranjeros son objeto de una adaptación, con arreglo al artículo 31 del Reglamento nº 650/2012, y pasan a ser legados damnatorios u obligacionales. Esta interpretación resulta de la exposición de motivos de la Ley alemana que modificó el Derecho interno de conformidad con las disposiciones del Reglamento nº 650/2012 [*Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz* (Ley sobre los procedimientos internacionales en materia de Derecho sucesorio), de 29 de junio de 2015 (BGBl. I, p. 1042)]”. En estas circunstancias, la regulación del RES convertiría en contrario a Derecho el legado con eficacia real sobre un bien situado en un Estado que desconoce tal tipo de legado, y las normas polacas reguladoras de la actuación notarial obligan al notario a denegar la formalización de un documento notarial contrario a Derecho⁴⁹.

inmobiliario, nº 741, 2014, p. 86; e I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, p. 428. Otros autores, sin embargo, se inclinaron por descartar la aplicación del precepto al supuesto, así A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, pp. 416-417, nº 13; E. CALZOLAIO y L. VAGNI, *op. cit.*, p. 446, nº 10; J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 264, o A. SCHWARTZE, “Art. 31”, *EuErbVO Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung* (Ed. DEIXLER-HUBNER Y M. SCHAUER), 1ª ed., Viena, Manz, 2015, p. 303, nº 13.

⁴⁹ Artículo 81 de la *Prawo o notariacie* (Ley por la que se establece un código notarial), de 14 de febrero de 1991 (Dz. U. nº 22, 91), en su versión modificada por la Ley de 13 de diciembre de 2013 (Dz. U. de 2014, 164)

La interesada, no conforme con la negativa del notario polaco, interpuso diversos recursos, que finalmente dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional competente, con el siguiente tenor: “¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 2, letras k) y l), o 31, del Reglamento [nº 650/2012] en el sentido de que permiten la denegación del reconocimiento de los efectos reales del legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) previsto por la ley sucesoria, cuando éste afecta a la propiedad de un inmueble situado en un Estado miembro cuya legislación no reconoce la institución del legado con efectos reales directos?”. La pregunta encierra dos cuestiones: la primera, en qué medida la ley aplicable al lugar en que está situado el bien sobre el que se constituye el legado puede conllevar una limitación de los efectos reales de un legado vindicatorio previsto por la ley sucesoria elegida mediante *professio iuris* y, la segunda, si la ley aplicable a los registros de derechos muebles o inmuebles puede tener alguna repercusión en la adquisición por sucesión del bien inmueble objeto del legado.

Respecto de la primera cuestión, relativa al alcance de la exclusión del ámbito de aplicación del RES de la “naturaleza de los derechos reales”, sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el artículo 1. 2, letra k) “se refiere a la cualificación de los bienes y derechos y a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos”, así como a “la existencia y el número de los derechos reales en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*numerus clausus*)”⁵⁰. Pero, “tanto el legado vindicatorio, previsto por el Derecho polaco, como el legado damnatorio u obligacional, previsto por el Derecho alemán, constituyen modalidades de transmisión de la propiedad de un bien, esto es, [...] un derecho real reconocido en los dos sistemas jurídicos afectados. De este modo, la transmisión directa de un derecho de propiedad mediante un legado vindicatorio sólo afecta a las modalidades de transmisión de ese derecho real al fallecer el testador, transmisión que, según su considerando 15, justamente el Reglamento nº 650/2012 permite de conformidad con la ley aplicable a la sucesión”. Así pues, “tales modalidades de transmisión no están comprendidas en el artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento nº 650/2012. Por consiguiente, ha de considerarse que el artículo 1, apartado 2, letra k), del Reglamento nº 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la denegación del reconocimiento, en un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico no reconoce la institución del legado vindicatorio, de los efectos reales producidos por dicho legado en la fecha de apertura de la sucesión con arreglo a la ley sucesoria elegida por el testador”⁵¹.

Comoquiera que el legado produce la atribución directa de la propiedad del bien al legatario, no se suscita la cuestión de la adaptación contemplada en el artículo 31 RES. Y ello porque este precepto “no trata de las modalidades de transmisión de los derechos reales [...], sino que versa únicamente sobre el respeto del contenido de los derechos reales, determinado por la ley aplicable a la sucesión (*lex causae*), y sobre su recepción en el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se invocan (*lex rei sitae*). Por ello, dado que el derecho real transmitido mediante el legado vindicatorio es el derecho

⁵⁰ §§ 47 y 48.

⁵¹ §§ 49, 50 y 51.

de propiedad, que se reconoce en el Derecho alemán, no es preciso llevar a cabo la adaptación prevista en el artículo 31 del Reglamento nº 650/2012⁵²”.

Sobre la segunda cuestión, atinente a la exclusión del Reglamento de las cuestiones de publicidad del derecho real, recuerda el Tribunal de Justicia que el artículo 1, apartado 2, letra l) “sólo se refiere a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo” sin que los requisitos para la adquisición de tales derechos figuren entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición⁵³. Así, “admitir que el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento nº 650/2012 permite excluir del ámbito de aplicación de dicho Reglamento la adquisición de la propiedad de un bien mediante legado vindicatorio supondría una fragmentación de la sucesión incompatible con el tenor del artículo 23 del citado Reglamento y con los objetivos de éste. Por consiguiente, el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento nº 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la denegación del reconocimiento, en un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico no reconoce la institución del legado vindicatorio, de los efectos reales producidos por dicho legado en la fecha de apertura de la sucesión con arreglo a la ley sucesoria que ha sido elegida”⁵⁴. Afirma con acierto Álvarez González que lo que sucede en realidad es que exigir una inscripción como elemento constitutivo del derecho real es algo más sustantivo que registral; pero, aunque no lo fuera, el artículo 23.2.e) RES es inequívoco y exigiría, si ello fuere necesario, una acomodación de las reglas registrales nacionales al efecto útil del Reglamento⁵⁵.

En el supuesto inverso, esto es, tratándose de un legado obligacional dispuesto conforme a la ley alemana sobre un bien inmueble situado, por ejemplo, en España, es indiscutible que las condiciones de la transmisión quedarían reguladas por la ley alemana. En consecuencia, para que el legatario adquiera la propiedad del inmueble legado será necesario el otorgamiento del contrato de cumplimiento del legado (*Vermächtniserfüllungsvertrag*). Más dudas surgen, sin embargo, respecto del requisito de la inscripción en el Registro exigido por la norma alemana (§ 873 BGB) como condición de la adquisición de la propiedad, habida cuenta de que la inscripción en España carece de carácter constitutivo⁵⁶.

Siendo el legado *per vindicationem*, en palabras del Tribunal de Justicia, una “modalidad de transmisión *mortis causa* de bienes”, el fundamento del efecto traslativo del derecho real reposa exclusivamente sobre la ley sucesoria (art. 23.2.e) RES). Esta interpretación

⁵² §§ 64-65.

⁵³ § 54.

⁵⁴ §§ 57 y 58.

⁵⁵ *Vid. op. cit.*

⁵⁶ En este sentido, *vid.* CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE (*op. cit.*) quienes consideran que la entrega sería suficiente; y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.* Señala este último autor que “es como si la regla sentada por el Reglamento y sancionada por la presente sentencia sólo funcionase de forma fetén en una dirección: cuando la ley sucesoria plantea menos exigencias que la *lex rei sitae* / ley registral, mas no en la contraria”.

es corroborada por el considerando 15 RES, que incluye expresamente las hipótesis de creación de derechos reales por la sucesión, mientras que el art. 23.2.e) RES sólo se refiere a la transmisión de los derechos por esta vía. Dado, por ejemplo, que la atribución, a título sucesorio, de un derecho de usufructo o de uso o habitación no constituye en puridad una “modalidad de transmisión *mortis causa*”, algunos autores se han preguntado si la doctrina de la sentencia Kubicka es extrapolable para resolver estos casos. Es otras palabras, ¿la distinción sustantiva entre constitución y transmisión de derechos reales por vía sucesoria justificaría un tratamiento diferenciado de las dos situaciones en el contexto del RES?⁵⁷.

Caso nº 2.- Piénsese en el supuesto de la sucesión de un ciudadano francés con última residencia habitual en Alemania que efectuó *professio iuris* en favor de su ley nacional conforme al art. 22 RES. El Código civil francés atribuye al cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, los derechos vitalicios de habitación sobre la vivienda familiar y de uso del mobiliario (arts. 764-766). Como dicha vivienda familiar está situada en Alemania y dado que los derechos de uso y habitación vitalicios son una atribución a título particular de origen legal (es decir, no son estrictamente legados), ¿debe entenderse aplicable la doctrina Kubicka o se transformarán en una pretensión personal contra los herederos designados en testamento?

Un sector doctrinal entiende que las conclusiones de la sentencia sólo son aplicables cuando el derecho real preexiste en el patrimonio del difunto (en el caso de la sentencia, el derecho de propiedad) y no cuando el derecho real tiene su origen en el título sucesorio⁵⁸. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se decanta por la coherencia en el tratamiento. Así, según Leitzen, el concepto de legado vindicatorio es una noción genérica, que agrupa todas las situaciones que pueden darse en el Derecho comparado en las que existe atribución testamentaria de derechos individuales sobre bienes sucesorios. Ello debe abarcar no sólo la propiedad, sino también los derechos reales limitados creados por título sucesorio (por ejemplo, el usufructo del cónyuge viudo). En consecuencia, el alcance de la decisión Kubicka no sólo comprende los legados vindicatorios en sentido estricto, sino también otras atribuciones sucesorias con efectos reales y las atribuciones consecuencia de la partición hereditaria⁵⁹. Ello se deriva también de la lista no exhaustiva de materias a las que, según el artículo 23.2 RES, debe aplicarse la *lex successionis*; y, en concreto, de la letra b) que somete a esta ley “la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites”. La solución del caso Kubicka será, pues, aplicable a cualesquiera derechos

⁵⁷ Vid. N. CHIKOC BARREDA, *op. cit.*, p. 236.

⁵⁸ Así, S. BANDEL, “Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegate in Deutschland”, *MittBayNot* 2018 nº 2, pp. 104-107.

⁵⁹ Vid. M. LEITZEN, “Kubicka und die Folgen: Vindikationslegate in der Rechtspraxis”, *ZEV (Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge)* 2018, p. 311 y ss; en el mismo sentido, J.P. SCHMIDT, “Challenged legacies – First Decisión of the European Court of Justice on the EU Succession Regulation (ECJ, 12 October 2017, C-218/16 (Kubicka))”, *European Property Law Journal*, 2018-1, pp. 29-30.

reales que tengan origen en la sucesión, sin importar que su fuente sea voluntaria o legal⁶⁰.

III. EL PRESUPUESTO DE LA ADAPTACIÓN: LA INEXISTENCIA DEL DERECHO REAL EN EL ESTADO MIEMBRO DONDE SE INVOCA (“DESCONOCIMIENTO”)

1. INVOCACIÓN DE UN DERECHO REAL DERIVADO DE LA SUCESIÓN O DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DE AQUEL CUYA LEY LAS RIGE

El punto de partida de la aplicación de los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR es la invocación por persona legitimada en un Estado miembro⁶¹ de un derecho real que ha adquirido por sucesión *mortis causa* o como consecuencia del régimen matrimonial o las relaciones patrimoniales de las uniones registradas⁶². En el caso del Reglamento europeo sobre sucesiones, personas legitimadas serán cualesquiera beneficiarios de un derecho derivado de la sucesión: herederos testamentarios, contractuales o legales, legatarios y otros sucesores a título particular y legitimarios⁶³, así como también, en algunos supuestos, los terceros (por ejemplo, los acreedores en el sistema español en las hipótesis del art. 1001 CC; o el tercer adquirente de un sucesor que pretende la inscripción de su derecho). En el caso de los Reglamentos sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges o convivientes, estarán legitimados el cónyuge o conviviente titular del derecho real y también, como en el RES, terceros interesados en el derecho⁶⁴. Ello no significa que el legitimado deba demandar la aplicación de los preceptos, sino que la puesta en marcha del mecanismo de adaptación surgirá cuando se invoque el derecho real ante la autoridad correspondiente⁶⁵.

⁶⁰ Vid. N. CHIKOC BARREDA, *op. cit.*, p. 238.

⁶¹ Debe tratarse, en realidad, de un Estado miembro que haya adoptado el Reglamento.

⁶² Ello inmediatamente conecta con el problema estudiado en el epígrafe II.1., nºs 12-16, acerca del concepto de derecho real a los fines de aplicación de los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR.

⁶³ Si la ley sucesoria que confiere el derecho real es la de un Estado miembro que haya adoptado el RES, el derecho podrá invocarse mediante la presentación de un certificado sucesorio (art. 63 RES), que hará prueba de la titularidad (art. 69.2 RES), pero que en ningún caso permitirá esquivar la adaptación. La interpretación contraria –obligado reconocimiento del derecho real tal y como consta en el certificado– debe rechazarse, ya que privaría al artículo 31 RES de una gran parte de su contenido útil, constituyendo una desviación atentatoria contra la coherencia del Reglamento [vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 413, nº 7; y J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 224].

⁶⁴ Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1005, nº 28; S. GODECHOT-PATRIS, “Article 29”, *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples. Commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104* (Ed. S. CORNELOUP, V. EGÉA, E. GALLANT y F. JAULT-SESEKE), París, Société de législation comparée, 2018, p. 300, nº 21.

⁶⁵ J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 223.

No se debe olvidar que, dada la aplicación universal de los reglamentos (art. 20 RES/RREM/REPUR) el derecho real puede haberse creado o transmitido conforme a la ley de cualquier Estado, incluidos terceros. Por lo que respecta al Estado en que se invoca, debe ser un Estado miembro (que haya adoptado el Reglamento correspondiente) diferente a aquel cuya ley haya regido su constitución o transmisión. En el caso de los derechos reales sobre bienes inmuebles, lo más habitual es que se trate del Estado miembro donde el bien inmueble está situado, aunque también puede tratarse de otro Estado miembro, distinto del de su ubicación, donde el beneficiario pretendiera hacer valer o ejercitar el derecho⁶⁶. Obsérvese que el derecho puede versar sobre un bien inmaterial, cuya localización resulte complicada; o sobre una universalidad de bienes situados en distintos Estados⁶⁷.

Como se ha dicho *supra*, en el caso del Reglamento sobre sucesiones, los derechos reales invocados que precisarán de la adaptación del artículo 31 RES no serán derechos ya existentes en el patrimonio del *de cuius*, debido al mantenimiento de la tipicidad propia de la traslación, que no altera la configuración jurídica del derecho⁶⁸, sino derechos reales cuya constitución tenga su origen en la propia sucesión. Como señala J. Tarabal Bosch⁶⁹, el mantenimiento de la configuración jurídica del derecho convierte prácticamente en un imposible lógico que el derecho real sea desconocido por la *lex rei sitae*, de modo que la necesidad de adaptación derivada de una sucesión traslativa solo será necesaria cuando el derecho real se invoque en un lugar distinto del de la ubicación del bien⁷⁰. Por cuanto respecta al artículo 29 de los Reglamentos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas, aunque no debe descartarse su aplicación constante el matrimonio o la relación, su ámbito más fértil en la práctica serán los casos de derechos reales derivados de la liquidación del régimen económico matrimonial o del patrimonio de los convivientes en caso de la ruptura de la unión registrada.

⁶⁶ Señala J. TARABAL BOSCH cómo en los supuestos en que las legislaciones disociadas (p. ej. *lex successionis* y *lex rei sitae*) son las de dos Estados miembros, el artículo 31 RES (o, en su caso, el 29 RREM/REPUR) conduce a una mutua o recíproca adaptación de derechos reales. Es decir, la autoridad de un Estado miembro debe adaptar a su ordenamiento jurídico el derecho real desconocido derivado de la ley de otro Estado miembro, del mismo modo que la autoridad de este debe adaptar al suyo el derecho real proveniente de la ley de aquel. Así, en cierto modo, estos preceptos avalan la circulación de instituciones jurídico-reales entre los Estados miembros. Pero cuando el conflicto entre leyes pone en relación la ley de un Estado miembro con la de un tercer Estado, los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR pierden su potencial reciprocidad, pues el ámbito de aplicación de los Reglamentos se circunscribe a los Estados miembros (*vid. op. cit.* p. 226).

⁶⁷ *Vid.* A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 414, nº 9.

⁶⁸ *Vid.* F. BADOSA COLL, “La sucesión por causa de muerte en el libro cuarto del código civil de Cataluña. Universal y particular”, *Cuestiones de derecho sucesorio catalán* (Dir. L. ARNAU RAVENTÓS y M.L. ZAHÍNO RUIZ), Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 29.

⁶⁹ *Vid. op. cit.*, p. 224.

⁷⁰ *Vid. op. cit.*, p. 224.

2. EL DERECHO REAL DEBE SER DESCONOCIDO EN EL ESTADO MIEMBRO DONDE SE INVOCA

En el complicado equilibrio entre la *lex rei sitae* y la ley de la sucesión/ley de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes, los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR impiden que se pueda exceptuar la aplicación de la segunda bajo el pretexto de que la *lex rei sitae* no conoce el derecho real invocado. Antes bien, estos preceptos “muerden” el ámbito de la *lex rei sitae* imponiendo al Estado miembro la adaptación del derecho real. En este sentido, puede afirmarse que las normas en estudio tienen incidencia en el Derecho sustantivo de los Estados miembros, por cuanto les exige acomodar a su ordenamiento jurídico instituciones desconocidas⁷¹. Como presupuesto de esa adaptación se requiere, según los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR que la ley del Estado miembro donde se invoque “no conozca” ese derecho real en cuestión. Ahora bien, el significado y alcance de ese “desconocimiento” es controvertido. Las preguntas que surgen son estas: a) ¿es preciso que en el catálogo de derechos reales del sistema jurídico concernido sea absolutamente inexistente el derecho real que se invoca?; b) ¿o basta para que proceda la adaptación que, existiendo el derecho real, este se configure legalmente de forma distinta?

Respecto a la primera de las hipótesis, la absoluta ausencia del derecho en el catálogo de derechos reales del Estado miembro donde se invoca, se trata del supuesto en el que más claramente procedería la adaptación. Ahora bien, tal inexistencia debe ser la del derecho real invocado no de la institución jurídica de la que ese derecho trae causa⁷². Ilustra bien esta afirmación la hipótesis del legado vindicatorio estudiada *supra*, donde el derecho real discutido era el de propiedad, conocido en los sistemas jurídicos de todos los Estados miembros. Pero del estudio comparado resultan otros muchos ejemplos. Así, no es inexistencia el hecho de que el mismo derecho real no derive de la sucesión o de las relaciones patrimoniales entre cónyuges o convivientes en el ordenamiento del Estado donde se invoque. Dicho de otra forma, si el Derecho del Estado donde se invoca conoce el derecho real en cuestión, pero no lo concede al sujeto en las mismas circunstancias, no se aplican los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR.

Así, el hecho de que el Derecho de sucesiones de un determinado Estado atribuya a un sucesor *ex lege* un determinado derecho real (p.ej. un derecho de usufructo o un derecho de habitación), mientras que, en el sistema jurídico del Estado miembro en el que el derecho se invoca, ese mismo sucesor no gozaría de ese derecho, no consiente derivar la inexistencia del derecho real en el Derecho de ese Estado. Será preciso comprobar si el derecho real invocado existe en su catálogo de derechos reales y si presenta rasgos esencialmente similares⁷³.

Caso nº 3.- Piénsese en el supuesto de la sucesión intestada de un ciudadano francés con residencia habitual en París, que tiene una vivienda en la costa cántabra. La *lex successionis* será la ley francesa y el art. 757 del Código civil francés atribuye al cónyuge viudo que concurre con hijos o descendientes

⁷¹ En este sentido, J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 230.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Vid.* A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 415, nº 12.

comunes, a su elección, el usufructo de la totalidad de los bienes relictos o la propiedad de una cuarta parte de los bienes. El simple hecho de que el Código civil español no atribuya al cónyuge superviviente en la sucesión intestada el mismo derecho de usufructo no permite sostener la inexistencia de ese derecho real en el Derecho común español (*lex rei sitae*), donde el derecho real de usufructo es bien conocido. Por ello no está justificado aplicar el artículo 31 RES en esta hipótesis.

Otro supuesto apuntado por la doctrina es el de los efectos de la partición practicada por el testador⁷⁴. En el sistema italiano (art. 734 del CC italiano) al igual que en español (art. 1056.2 CC), el causante puede en testamento partir su herencia con eficacia real. Esta posibilidad es desconocida en múltiples sistemas, pero el resultado de la partición hecha por el testador no es desconocido. Como consecuencia de la partición del testador, los herederos disfrutarán, por ejemplo, de un derecho de propiedad sobre los bienes relictos (en el caso de ser este el derecho atribuido), que es un derecho real conocido en todos los sistemas de los Estados miembros. De ahí que en este supuesto no sea tampoco aplicable el artículo 31 RES.

Los casos de este tipo que suscitan los Reglamentos sobre régimen económico matrimonial y relaciones patrimoniales de las uniones registradas son también numerosos. Así, por ejemplo, el hecho de que el artículo 515-5, párrafo segundo, del Código civil francés⁷⁵ presuma la existencia de una copropiedad por partes iguales de los miembros de la unión registrada, a no ser que prueben su propiedad exclusiva, y no exista tal presunción en el Derecho aplicable a las parejas de hecho registradas en la Comunidad autónoma andaluza⁷⁶, no quiere decir que se deba recurrir a la adaptación del artículo 29 REPUR, ya que la institución de la copropiedad es bien conocida en el Derecho español. Y lo mismo puede decirse del usufructo de constitución judicial sobre una parte de los bienes del otro cónyuge que prevé en el sistema italiano, para el supuesto de disolución del régimen matrimonial legal de comunidad (art. 194.2 CC

⁷⁴ Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 417, nº 14; E. CALZOLAIO y L. VAGNI, *op. cit.*, p. 446, nº 11.

⁷⁵ “*Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié*”.

⁷⁶ Téngase en cuenta que en el sistema español no existe norma alguna de ámbito estatal que regule de forma íntegra y orgánica el régimen jurídico de las parejas de hecho, lo que ha propiciado un frenesí legislativo en los territorios autonómicos, incluso parte de aquellos, como Andalucía, que carecen de competencias legislativas para regular las materias civiles, de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª CE). La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía no establece presunción alguna de comunidad de bienes entre los convivientes registrados. Tampoco lo hace el Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia es constante en el sentido contrario [*vid. ad. ex.* STS (Sala de lo Civil) núm. 8/2001, de 22 enero, RJ 2001\1678], exigiendo la acreditación de la existencia de un pacto entre los convivientes dirigido a crear una comunidad, o bien probar “*facta concludentia*” que evidencien su inequívoca voluntad a este respecto [*vid.* M.L. PALAZÓN GARRIDO, “Parejas no casada”, *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones* (Coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO), 11ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2022, pp. 278, 280-283].

italiano⁷⁷). Si algunos de esos bienes sobre los cuales se constituye judicialmente el usufructo estuvieran situados en España, no por no prever el Código civil español igual posibilidad, puede decirse que el sistema “desconoce” el derecho real.

La verificación de la inexistencia del derecho debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico concernido y mediante un análisis funcional que atienda a los efectos que los derechos reales persiguen. En realidad, los derechos reales absolutamente desconocidos serán poco frecuentes en el seno de la tradición romano-germánica⁷⁸ y en la práctica se suscitarán con más frecuencia cuando la ley aplicable a la sucesión o las relaciones patrimoniales entre cónyuges o convivientes sea de la familia del *common law*.

Caso nº 4: Dos ciudadanos españoles residentes en Reino Unido contraen matrimonio en Londres en marzo de 2019 e instalan allí su residencia común. El marido compra un apartamento del que figura como único titular, sin embargo, el préstamo con garantía hipotecaria es contratado por ambos y la mujer participa con su sueldo en el reembolso de las cuotas del préstamo. Después de cuatro años, el matrimonio regresa a España, donde se divorcia en abril de 2023. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se rigen por la ley inglesa, ya que Londres fue el lugar de su primera habitual residencia común [art. 26.1.a) RREM], a no ser que los cónyuges hubieran optado por otra ley (art. 22 RREM) o sea aplicable la cláusula de excepción (art. 26.3 RREM). Conforme al sistema inglés y galés, en este supuesto se presume la creación de un *resulting trust* entre los cónyuges, donde el marido (*legal owner*) es *trustee* de la esposa por valor de la contribución que esta ha realizado⁷⁹. La esposa tiene sobre el apartamento un *equitable title* por valor del dinero invertido en la devolución del préstamo⁸⁰. El *resulting trust* tal y como se configura en el Derecho inglés tiene efectos reales. Siendo una institución desconocida en Derecho español, la aplicación del artículo 29 RREM estará por tanto justificada⁸¹. Nada impide que

⁷⁷ “*Il giudice, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, può costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge*”.

⁷⁸ Hay que recordar a este respecto las palabras de CARBONNIER a propósito del *numerus clausus* de los derechos reales: “*l'obstacle le plus insidieux à la thèse libérale, c'est la difficulté d'inventer*” (*vid. Droit civil, t. II, Les biens*, París, PUF, 2004, nº 706).

⁷⁹ *Vid. S. MORALES MARTÍNEZ, Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes*, Tesis doctoral Universidad Pompeu Fabra, 2017, p. 75 y ss. (disponible online en: <http://hdl.handle.net/10803/404754>, último acceso: 23/08/2023)

⁸⁰ *Laskar v. Laskar* [2008] EWCA Civ 347;

⁸¹ El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en sentencia núm. 338/2008, de 30 abril (RJ 2008\2685) señaló que el trust era un “negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del *Common Law* con diversas finalidades; pero resulta desconocido en Derecho español, tanto material como internacional privado”, si bien es cierto que la cuestión se vio eclipsada por la falta de acreditación del Derecho extranjero (*vid. el comentario de E. TORRALBA MENDIOLA en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 78/2008, pp. 1457-1468). En el mismo sentido M. MARAÑÓN ASTOLFI (“La sucesión de nacionales británicos en España antes y después de la vigencia del reglamento 650/2012. Comentario a la Sentencia del TS de 5 diciembre 2018”, *Revista de Derecho Patrimonial* num. 49/2019, BD Aranzadi BIB 2019\6811 señala que “la pregunta es, ¿cómo adaptar un derecho totalmente desconocido y contrario a nuestros principios de derecho sucesorio?”).

los derechos reales derivados de un *trust* sean reconocidos en España por esta vía, por cuanto se admite -como veremos *infra*-, salvo en determinados ámbitos como el régimen de garantías reales, la eficacia de derechos reales atípicos que permitan una transposición o, incluso, una inscripción como tales.

Apuntan Bonomi y Wautelet⁸² que la apreciación de la inexistencia en el sistema jurídico de un Estado miembro de un derecho real, atribuido por la ley sucesoria o la ley que rige las relaciones patrimoniales entre cónyuges o convivientes, puede no resultar fácil cuando el derecho no existe en sentido estricto, pero conoce un equivalente funcional. Así, en el caso anterior, algunos autores han cuestionado si puede afirmarse la inexistencia de los derechos reales derivados del *trust* cuando existe el negocio fiduciario⁸³. En este sentido, en el ATS (Sala de lo Civil) de 28 febrero 2018⁸⁴ se recoge el extracto del pronunciamiento en primera instancia (Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 92, sentencia de 20 diciembre 2013⁸⁵) que entendía el *trust* como “una modalidad de fiducia”. Checa Martínez, por el contrario, sostiene que el negocio fiduciario en los sistemas de Derecho civil no puede considerarse un equivalente funcional del *trust* anglosajón, aunque su comprensión es ineludible para determinar el contraste que el *trust* presenta con los ordenamientos de la familia de *civil law*⁸⁶.

La segunda de las cuestiones se refiere al grado de disparidad entre los derechos reales regulados por la ley que rige su constitución o transmisión y la ley del Estado miembro donde se invoca. En principio hay algo claro y es que la mera divergencia en el *nomen* con que el derecho se ha bautizado en los ordenamientos implicados no impone la necesidad de adaptación, igual que la coincidencia en cuanto a su denominación no la excluye *prima facie*. Los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR propugnan una aproximación funcional a los derechos reales, que exige tener en cuenta la configuración que los sistemas dan al derecho, esto es, los objetivos e intereses que persiguen y sus efectos, independientemente de la terminología utilizada⁸⁷.

Las diferencias en la regulación pueden afectar a las facultades concedidas por la ley al titular, que conforman el contenido del derecho real, o a la posibilidad de excluir o aumentar estas facultades por voluntad de las partes o del sujeto que constituye el derecho. La cuestión clave es si la mera constatación de diferencias, sea cual sea su entidad, entre la regulación de los derechos reales en las dos leyes implicadas justificaría el recurso a la adaptación prevista en los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR.

A nuestro juicio, el mero hecho de que el sistema del Estado donde el derecho se invoca atribuya al titular del mismo derecho real facultades diferentes a las previstas por la ley

⁸² Vid. (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 417, nº 16.

⁸³ En este sentido, A. DUTTA, “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”, *FamRZ, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 12.

⁸⁴ RJ 2018\1040.

⁸⁵ JUR 2015\211071.

⁸⁶ Vid. *El trust angloamericano en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 22.

⁸⁷ Vid. L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 348 nº 20; y J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 227.

que rige su constitución o transmisión no justifica la aplicación del mecanismo de la adaptación, si esta distinta configuración no es de tal alcance que determine la desnaturalización del derecho. Permitir la aplicación de los artículos 31 RES o 29 RREM/REPUR en casos de leve disparidad conduciría a hacer de estos preceptos la norma y no la excepción⁸⁸, pues, pese a la existencia de un núcleo común entre los sistemas de los Estados miembros, sobre todo entre los pertenecientes a la misma familia (tradición romana, tradición germánica, tradición escandinava...), hay diferencias en la regulación de los derechos reales⁸⁹.

Un sector de la doctrina, no obstante, defiende que puede recurrirse a la adaptación también en los supuestos en que las diferencias no sean sustanciales, siempre que las autoridades del foro estimen *ad hoc* su necesidad, teniendo en cuenta los fines y el interés perseguido por el derecho real específico y los efectos que le son inherentes⁹⁰.

Sin embargo, la adaptación de los derechos reales debe ser un mecanismo excepcional, cuya utilización no debe extenderse so pena de privar a las demás disposiciones de los Reglamentos de su efecto útil⁹¹. Por esta razón, parece preferible excluir el mecanismo de la adaptación en presencia de dos versiones nacionales de un mismo derecho real. Esto significa que el ordenamiento jurídico en el que el derecho real se invoca le deberá dar cabida, a pesar de ser un poco diferente a su equivalente local⁹². Además, piénsese que los Reglamentos contemplan, junto a la adaptación de los derechos reales desconocidos, “otras formas de adaptación” (Considerandos 17 RES y 26 RREM/REPUR⁹³), que bien pueden servir para la solución de estos supuestos de disparidad no esencial.

Caso nº 5.- Los ciudadanos españoles A y B están casados entre sí y tienen su residencia habitual en Alemania. B otorga testamento en el que efectúa *professio iuris* en favor de su ley nacional (art. 22.1 RES), instituye herederos a los hijos que tiene con A, y otorga a su cónyuge el derecho de usufructo universal

⁸⁸ Los artículos 31 RES o 29 RREM/REPUR tienen por finalidad la salvaguarda de la faceta *Typenzwang* del *numerus clausus*, esto es, la imposibilidad de crear nuevos derechos reales; y no de la faceta *Typenfixierung*, que mira a salvaguardar el contenido de los derechos reales existentes limitando la autonomía de la voluntad en cuanto a la modificación de las facultades que los integran (A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruselas, Bruylant, 2016, p. 528, nº 11; y A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1008, nº 35).

⁸⁹ Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 414 nº 10; y A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1008 nº 34.

⁹⁰ Así E. NIKOLAOU, p. 378, nº 16.

⁹¹ A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1009, nº 39.

⁹² A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1008, nº 36.

⁹³ “La adaptación de derechos reales desconocidos explícitamente contemplada en el presente Reglamento no debe excluir otras formas de adaptación en el contexto de la aplicación del presente Reglamento”.

sobre la totalidad de la herencia, estableciendo una cautela sociniana. B fallece poco tiempo después. La sucesión de B se registrará por la ley española merced a la *professio iuris* efectuada, pero se da la eventualidad de que gran parte de los bienes del fallecido están situados en Alemania. El sistema alemán conoce el derecho de usufructo, pero el parágrafo 1085 BGB dispone que el usufructo sobre el patrimonio de una persona sólo puede constituirse de forma que el usufructuario obtenga el usufructo sobre los objetos individuales que componen dicho patrimonio. Es decir, el sistema alemán desconoce el usufructo sobre una universalidad de bienes y esto es precisamente lo que comporta el usufructo de toda la herencia. En este supuesto, ¿deberán las autoridades alemanas aplicar el mecanismo de adaptación artículo 31 RES? Así lo han estimado algunos autores⁹⁴; sin embargo, a nuestro juicio no sería aplicable, pues se trata del mismo derecho real en ambos casos⁹⁵, con diferencias no significativas entre las regulaciones, que no afectan a la naturaleza del derecho y sólo exigirían la constitución separada de un usufructo “bien por bien” sobre cada uno de los bienes que integran la herencia situados en Alemania.

La aplicación de los artículos 31 RES y 29 RREM en los supuestos de disparidad en la regulación de los derechos reales entre los ordenamientos concernidos precisa de la constatación de una diferencia *sustancial* entre los derechos, esto es, que la configuración del derecho real en la ley del Estado donde es invocado sea significativamente distinta, tal que se vea afectada su esencia misma⁹⁶.

Se ha criticado a esta tesis la gran dificultad de trazar la línea divisoria entre las diferencias importantes y las que no lo son⁹⁷. La crítica es fundada, empero, pese a lo complicado de su puesta en práctica, esta interpretación tiene el mérito de reducir el ámbito de aplicación de los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR y respetar la prevalencia dada por el legislador a la ley sucesoria o, en su caso, a la ley que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes⁹⁸. La evaluación de la entidad de la disparidad entre los dos derechos reales en liza exige una atenta lectura del sistema

⁹⁴ Vid. P. LAGARDE, , “Les principes de base...” *op. cit.*, pp. 715-716, nº 26; E. CALZOLAIO y L. VAGNI, *op. cit.*, p. 447, nº 13 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: análisis crítico*, 2ª ed., Murcia, 2019, p. 465, nº 479.

⁹⁵ En este mismo sentido, *vid.* S. ÁLVAREZ GÓNZALEZ, *op. cit.*, nota al pie nº 29.

⁹⁶ A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones...* *op. cit.*, p. 414-415, nºs 10 y 11; A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple...* *op. cit.*, p. 1009, nº 39; S. GODECHOT-PATRIS, *op. cit.*, p. 300, nº 19. L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 349; nº 23.

⁹⁷ E. CALZOLAIO y L. VAGNI, *op. cit.*, p. 447, nº 13. Por ello –según los autores– incluso en casos de diferencias menores, se pedirá al juez que adapte el derecho conocido en su ordenamiento jurídico para ofrecer una protección equivalente a la otorgada por la ley sucesoria aplicable (*ibidem*).

⁹⁸ Vid. A. BONOMI Y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple...* *op. cit.*, pp. 1009-1010, nº 39.

extranjero⁹⁹, y un profundo examen del resultado concreto al que conducen las normas en presencia¹⁰⁰.

Caso nº 6.- A, nacional de Países Bajos donde también tiene su residencia habitual, otorga un testamento en el que lega a su hijo B un derecho de usufructo con facultad de disposición (*vruchtgebruik met interingsbevoegdheid*) sobre varias fincas de su propiedad sitas en Francia, conforme al art. 3:215 del CC neerlandés. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico francés (*lex rei sitae*) el principio *salva rerum substantia* es, sin ninguna excepción, elemento tipificador del derecho de usufructo (arts. 578 CC francés¹⁰¹). La pérdida de la facultad de disposición devaluaría el derecho concedido por el causante al legatario y, además, contrariaría la voluntad del testador. Se trata de una diferencia sustancial entre la regulación del derecho real de usufructo entre la *lex successionis* y la *lex rei sitae*, que determina una configuración del derecho totalmente distinta, por lo que el mantenimiento de la facultad de disposición del usufructuario pasaría por la adaptación¹⁰².

Caso nº 7.-: A, ciudadana británica con residencia habitual en Londres, viuda y con dos hijos (B y C), otorga testamento en el que, entre otras disposiciones, lega a su hija B el *life interest* sobre una vivienda situada en La Herradura (Granada, España), donde la familia pasaba los veranos. Se establece también en el testamento que, a la muerte de B, la vivienda pasará en propiedad (*fee simple absolute*) a los hijos de aquella (D y F) o al que de ellos sobreviva. La *lex successionis* es la ley inglesa, pero la vivienda legada está situada en España y, pese a que se puede trazar un cierto paralelismo entre el *life interest* y el derecho real de usufructo y la situación de los titulares de la reversión (D y F) y la del nudo propietario, no se trata de categorías exactamente equivalentes desde el punto técnico. Es decir, no existe equivalencia funcional. Conceptualmente, el *life interest* es un derecho de propiedad vitalicia más que un derecho real limitado. Además, los titulares de la reversión (D y F) tienen un derecho futuro, aunque ya *vested in interest*, mientras que el nudo propietario tiene un derecho actual que se consolida o recupera la totalidad de sus facultades a la extinción del derecho real limitado que lo grava¹⁰³. Por consiguiente, si el hijo B solicita su inscripción en el Registro de Propiedad, sería precisa la adaptación del artículo 31 RES.

IV. EL MECANISMO DE LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO REAL

⁹⁹ S. GODECHOT-PATRIS, *op. cit.*, p. 300, nº 19.

¹⁰⁰ A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 417, nº 14.

¹⁰¹ “*L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance*”.

¹⁰² En este sentido, A. BONOMI Y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 415, nº 11 y J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 228. Por su parte, L. PERREAU-SAUSSINE, se pregunta si se trata de una simple modalidad de usufructo o de una diferencia sustancial (*op. cit.*, p. 350, nº 23).

¹⁰³ *Vid.* M. FERNÁNDEZ ARROJO, “La regla contra las perpetuidades en el Derecho inglés”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 790 (año 2022), p. 958.

1. ACERCA DE SI LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO REAL SÓLO TIENE CABIDA EN LOS SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS* O TAMBIÉN EN LOS DE *NUMERUS APERTUS*

La adaptación de los derechos reales desconocidos constituye un medio para conjugar la prevalencia de la *lex successionis* o la ley que rige las relaciones patrimoniales de los cónyuges y convivientes y el respeto al *numerus clausus* de derechos reales vigente en los sistemas de algunos Estados miembros (respeto propugnado por los considerandos 15 RES y 24 RREM/REPUR). De ahí que, antes de entrar en el estudio de cómo funciona la adaptación, convenga preguntarse si esta procede sólo en los sistemas de *numerus clausus* o también en los *numerus apertus* y, en este último caso, en qué circunstancias.

Se ha dicho que los principios básicos de los derechos reales son el principio de *numerus clausus* y el principio de transparencia, que puede dividirse a su vez en el principio de especialidad y el principio de publicidad¹⁰⁴. De manera amplia, el principio de *numerus clausus* de los derechos reales designa la idea de que los sistemas jurídicos imponen limitaciones a la creación de derechos reales por los particulares. Y, más concretamente, en algunos sistemas jurídicos, el término *numerus clausus* se refiere a una lista cerrada de derechos de reales¹⁰⁵. Aunque el germen de la idea del *numerus clausus* se encuentra en los debates posteriores a la revolución francesa, el verdadero origen del sistema cerrado de los derechos reales como principio está en la pandectística alemana del siglo XIX. El BGB adoptó la teoría de Savigny sobre el Derecho patrimonial (*Vermögensrecht*), dentro de la cual el Derecho de obligaciones y los Derechos reales forman categorías separadas y diferenciadas. En la segunda categoría, el derecho de propiedad, como derecho más amplio que se puede tener sobre una cosa, era un derecho unitario y absoluto; y todos los demás derechos reales (limitados) se consideraban inferiores al derecho de propiedad, pero con efectos frente a todos. Debido a este efecto y para proteger el recién creado derecho unitario y absoluto de propiedad, el BGB limitó el número, pero también el contenido, de los derechos reales limitados. En términos doctrinales, esta idea de limitación de los derechos reales o *Typengebundenheit* puede expresarse con dos términos diferentes, comúnmente aceptados para explicar el principio del *numerus clausus*: así, la expresión *Typenzwang* hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos derechos reales y la expresión *Typenfixierung* se refiere a las limitaciones impuestas a las partes para la modificación del contenido de los derechos reales.

En algunos ordenamientos jurídicos el principio de *numerus clausus* se consagra legislativamente en el Código civil o en alguna otra norma y, en otros, encuentra expresión en la jurisprudencia¹⁰⁶. Junto a ellos, hay otros sistemas jurídicos que se adhieren explícitamente a un sistema abierto de derechos reales, conocido como

¹⁰⁴ J.H.M, VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?* (6th Walter van Gerven Lectures, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, pp. 14-16 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=995979, último acceso: 28/08/2023).

¹⁰⁵ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ Vid. ad. ex. para el Derecho inglés, el caso *National Provincial Bank Ltd v. Ainsworth* [1965] AC 1175, HL, 1247-1248.

numerus apertus. Estos sistemas no tienen una regla de *numerus clausus*, pero sí se afilian al principio imponiendo limitaciones a las partes a la hora de crear nuevos derechos reales¹⁰⁷. Entre estos últimos sistemas, como veremos, se encuentra el español y también el sudafricano.

Entre los sistemas que consagran positivamente el principio de *numerus clausus* están el alemán, el neerlandés, el portugués y el griego. El legislador del BGB estableció en la exposición de motivos que “el número de derechos reales es limitado” (“... *Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher ... eine geschlossene*”¹⁰⁸)¹⁰⁹. Y la doctrina (Wiegand, Füller) ha afirmado que el parágrafo 137 del BGB, que en principio estaba destinado al tercer libro (Derechos reales), cumple la función de ser el principal protector del *numerus clausus*¹¹⁰. Este precepto prohíbe a las partes limitar las facultades del propietario con efectos reales. Por su parte, el artículo 3:81 del CC neerlandés dispone que el titular de un derecho de propiedad puede establecer los derechos reales limitados “previstos por la ley”; y también puede transmitir su derecho de propiedad reservándose un derecho real limitado, siempre que cumpla todos los requisitos legales para tal transmisión, así como para la creación de ese tipo de derecho real limitado¹¹¹. En esta misma línea, el Código civil portugués establece en su artículo 1306.1 (*numerus clausus*) que “no está permitida la constitución, con carácter real, de limitaciones al derecho de propiedad o de tipos parciales de este derecho sino en los casos previstos en la ley; cualquier limitación resultante de un negocio jurídico que no cumpla estos requisitos tiene naturaleza obligatoria”¹¹². Otro ejemplo es el artículo 973 del Código civil griego, que enumera restrictivamente los derechos reales, a saber: la propiedad (el más amplio de los derechos reales por ser el único que incluye todas las facultades sobre la cosa), las servidumbres, la prenda y la hipoteca.

No obstante, estas y otras previsiones legales similares existentes en los códigos civiles deben ser interpretadas con cautela, ya que no significan que no puedan existir otros derechos reales, pues ello dependerá del propio legislador posterior al Código civil y de

¹⁰⁷ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁰⁸ *Motive III 1888*.

¹⁰⁹ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 406.

¹¹⁰ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 246.

¹¹¹ “A person to whom an independent and transferable property right (asset) belongs, is able to establish –within the limits of that right– the limited property rights which the law has made available for this purpose. He may also transfer his property right under reservation of such a limited property right, provided that he observes all legal requirements for a transfer as well as for the creation of this type of limited property right”. Sobre el *numerus clausus* en el Derecho neerlandés, vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 320 y ss.

¹¹² “Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

cómo tales normas hayan sido interpretadas por la jurisprudencia¹¹³. Por ejemplo, en el sistema alemán, el *numerus clausus* no ha impedido que la jurisprudencia haya aceptado la creación de nuevos derechos reales por los particulares, como la transmisión de la propiedad con fines de garantía, o los derechos de adquisición¹¹⁴. En Países Bajos, Portugal o Grecia, empero, los tribunales supremos han defendido una interpretación mucho más estricta de las respectivas disposiciones del código civil¹¹⁵.

En otros sistemas no hay una sanción positiva expresa de la regla del *numerus clausus*, pero el principio ha sido consagrado por la jurisprudencia. Así, en Francia, el Código civil de 1804, pese a no recoger expresamente la regla, proporciona directrices para las limitaciones que los tribunales imponen en la práctica a la autonomía de la voluntad respecto de la creación de derechos reales, que son mucho más exigentes que aquellas impuestas con relación a los derechos personales. Sin embargo, al mismo tiempo, dichas directrices legales no deben considerarse como una imposibilidad de reconocer nuevos derechos¹¹⁶. Así, ya tempranamente en 1834, la Corte de Casación francesa dejó sentado en el caso *Caquelard* que la enumeración de los derechos reales contenida en el Código civil no es exhaustiva y que pueden existir otros derechos reales distintos de los previstos en el Código¹¹⁷. En la práctica, empero, los tribunales franceses tienden a adherirse a los tipos de derechos reales reconocidos en el Código civil y en otra legislación especial¹¹⁸; aunque ello no ha impedido la creación jurisprudencial de derechos (p.ej. el derecho de superficie a partir de 1858¹¹⁹ o el derecho de uso perpetuo en 2012¹²⁰). Asimismo, en Italia, el *numerus clausus* se predica como principio

¹¹³ Vid. B. AKKERMANS, "The numerus clausus of property rights", *Maastricht european private law institute*, 2015/10, p. 14 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693667, último acceso: 28/08/2023).

¹¹⁴ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 403.

¹¹⁵ B. AKKERMANS, "The numerus clausus of property rights" *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁶ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, pp. 162-163.

¹¹⁷ *Cass. civ.*, 13 febrero 1834, *Dalloz* 1834, 1, 218, *Caquelard c. Lemoine*: "les articles 544, 546, 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs; ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété es susceptible".

¹¹⁸ Vid. H.D. STRUYCKEN, "The numerus clausus and party autonomy in the law of property", en R. WESTRIK Y J. VAN DER WEIDE, *Party autonomy in International Property Law*, Munich, Sellier, 2011, p. 66.

¹¹⁹ *Cass. Civ.* 18 mayo 1858, S. 1858, 1, 661. Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 164; y "The numerus clausus of property rights" *op. cit.*, p. 5.

¹²⁰ Vid. B. AKKERMANS, *The numerus clausus of property rights" op. cit.*, p. 5.

inderogable del sistema de derechos reales, tanto por la jurisprudencia¹²¹ como por la doctrina¹²².

A primera vista y, habida cuenta de las diferencias que existen entre *common law* y *civil law* respecto de la regulación de los derechos reales, podría pensarse que el *numerus clausus* es un principio limitado solo a la tradición de Derecho civil. Sin embargo, ello no es así, ya que el *numerus clausus* se da también en el *common law*¹²³. En el Derecho inglés, la *Act of Property* de 1925 (sección 1ª) crea un sistema cerrado de derechos reales, al que las partes no pueden añadir nuevos derechos en *common law*¹²⁴. Esta disposición trae causa de un pronunciamiento jurisprudencial del siglo XIX, *Keppel v. Bailey* [1834]¹²⁵, donde se afirma que “*there are certain known incidents to property and its enjoyment; among others, certain burthens ... recognized by the law... But it must not therefore be supposed that interest of a new kind can be devised*”. Más recientemente, se considera *leading case* en la materia la sentencia sobre el caso *National Provincial Bank Ltd v. Ainsworth* [1965]^{126 127}. No obstante, comoquiera que las fuentes del Derecho inglés son distintas a las del Derecho continental – *common law, equity y statute*–, la cuestión del *numerus clausus* debe enfocarse también de forma diferente, ya que la autorización para crear nuevos derechos reales puede venir de cualquiera de

¹²¹ Vid. Cass. Civ., 31 mayo 1950, n. 1343, *Foro it.*, 1950, I, p. 813; Cass. Civ., 22 abril 1966, n. 1037, *Giust. civ. Mass.*, 1966, p. 592. Y, más recientemente, Cass. civ. (sentencia de pleno) 17 diciembre 2020, n. 28972, sobre el derecho de uso exclusivo de uno de los propietarios en la propiedad horizontal. Según la Corte de Casación: “*La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell’edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall’art. 1102 c. c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del numerus clausus dei diritti reali e della tipicità di essi*”.

¹²² Un sector de la doctrina, sin embargo, entiende que se trata de un principio actualmente superado [vid. ad. ex. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2013, p. 124; o R. FRANCO, “Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi”, *Persona e mercato*, 2020/3, p. 248 (disponible en: https://www.academia.edu/44157222/IL_DIRITTO_DI_USO_ESCLUSIVO_CONDOMINIALE_TRA_CATEGORIE_E_INTERESSI_di_Rosario_Franco, último acceso: 28/08/2023)]. La mayoría de los autores, no obstante, siguen siendo partidarios del pleno reconocimiento del principio, aunque no faltan voces que mitigan su rigidez dogmática o buscan una fundamentación más adecuada al momento actual de la experiencia jurídica (A. FUSARO, “Il numero chiuso dei diritti reali”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, n. 3, pp. 439-450; A. BURDESE, “Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali”, *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 226 y ss.).

¹²³ Vid. A. FUSARO, “The numerus clausus of property rights”, *Modern Studies in Property Law* (Ed. E. COOKE), vol. I, Londres, Bloomsbury Publishing, 2001, pp. 309-310.

¹²⁴ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, p. 346.

¹²⁵ 39 ER 1042.

¹²⁶ 2 All ER 472; AC 1175.

¹²⁷ Vid. A. FUSARO, “The numerus clausus of property rights” *op. cit.*, p. 314; y B. AKKERMANS, “The numerus clausus of property rights” *op. cit.*, p. 15.

estas fuentes (y no sólo de la ley, como en los sistemas de *civil law*). Así pues, puede afirmarse que el sistema inglés de derechos reales es de *numerus clausus*, lo cual significa que las partes no son libres por sí mismas para crear derechos reales desconocidos. Esto sólo es posible cuando se les autoriza a hacerlo por ley o por decisión judicial, ya sea en Derecho o en equidad; pero en estos casos no son las propias partes las que crean el derecho, sino el legislador o la jurisprudencia¹²⁸. El mismo principio de *numerus clausus* rige en Gales y en la mayoría de las leyes estatales de Estados Unidos¹²⁹.

Así pues, en la mayoría de los Estados europeos rige el principio de *numerus clausus* de los derechos reales; pero, no en todos los sistemas que lo reconocen opera el principio con la misma intensidad. Ya se ha dicho que, incluso en los ordenamientos que consagran positivamente el *numerus clausus*, la jurisprudencia lo ha interpretado con más o menos flexibilidad. La doctrina suele distinguir al respecto tres grupos de sistemas. Así, son sistemas rígidos de *numerus clausus* el alemán o el holandés; sistemas intermedios deben considerarse el francés (caso *Caquelard*, 1834), y el inglés (*Tulk v Moxhay*, 1848¹³⁰)¹³¹. Mientras que el sistema español es de *numerus apertus*. Sin embargo, ello no quiere decir que en España puedan las partes, libremente y sin ninguna limitación, crear nuevos derechos reales. Antes bien, también los “sistemas abiertos” exigen requisitos para que puedan reconocerse nuevos tipos de derechos reales¹³².

A pesar de las reticencias al respecto de algunos autores, la Dirección General es proclive a la admisión de un *numerus apertus* con restricciones en el sistema español de derechos reales, sobre la base de los artículos 2.2 de la Ley hipotecaria¹³³ y 7 de su Reglamento¹³⁴. En el Derecho español no sólo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales atípicos o innominados, sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales previstos en el Código o en las leyes especiales. Ahora bien, en el ámbito de los derechos reales, la autonomía de la voluntad debe atemperarse a unos límites, dado el significado económico-político y la trascendencia

¹²⁸ Vid. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law... op. cit.*, pp. 395-396.

¹²⁹ B. AKKERMANS, “The numerus clausus of property rights” *op. cit.*, p. 15.

¹³⁰ [1848] 2 Ph 774.

¹³¹ Vid. B. AKKERMANS, “The numerus clausus of property rights” *op. cit.*, p. 5.

¹³² *Ibidem*. En este sentido, se ha afirmado que también estos “sistemas abiertos” se adhieren a la idea del *numerus clausus*.

¹³³ Que establece la inscribibilidad de “los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*” (el destacado es nuestro).

¹³⁴ “Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, *sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*” (el destacado es nuestro).

“*erga omnes*” de los derechos reales. Según la doctrina de la Dirección General, las nuevas figuras deberán cumplir los siguientes requisitos: a) que exista una causa justificativa, como la utilidad económica o social, que respalde la tutela del ordenamiento al producto de la voluntad del sujeto¹³⁵; b) que, por sus características y efectos, los nuevos derechos se constituyan como tales derechos reales; así la nueva figura debe conceder al titular un poder directo e inmediato sobre una cosa, que no agote el contenido del objeto sobre el que recae, ni las facultades o poderes jurídicos de su titular; y asimismo ha de implicar un deber general de abstención que posibilite su ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado; c) que se determinen de forma precisa los contornos del derecho real creado, lo que comporta la perfecta descripción de su objeto y contenido en aras al cumplimiento del principio de especialidad¹³⁶; y d) que no se viole el principio de libertad del tráfico (ya que ello contradice el orden público económico)¹³⁷.

Estos límites alcanzan especial significación en relación con los derechos reales de garantía, pues se imponen en defensa del deudor, de los otros acreedores y de los posibles terceros subadquirentes, si bien la Dirección General de los Registros y el Notariado, en resolución de 8 de junio de 2011, invocó la teoría del *numerus apertus* para admitir la inscripción de la hipoteca en mano común, basada en la cotitularidad proindiviso colectiva de la hipoteca sin establecimiento de cuotas, en garantía de un crédito sindicado.

La adhesión del ordenamiento jurídico español al sistema de *numerus apertus* no significa que el mecanismo de adaptación no tenga margen de aplicación, aunque sí es indudable que facilita en gran medida su empleo, en cuanto es posible admitir nuevas figuras y abrir el contenido de las existentes, siempre que se respeten los límites imperativos materiales¹³⁸. Hay que tener en cuenta que la importación sin límite alguno de un derecho real constituido de acuerdo a un derecho extranjero introduce un elemento de inseguridad en el marco jurídico-real de un determinado bien que ningún

¹³⁵ En este sentido, Res. DGRN 14 mayo 1984, RJ 1984\2588 (necesidades urbanísticas) y de 4 marzo 1993, RJ 1993\2471 (necesidades económicas).

¹³⁶ El principio de especialidad tiene vigencia no sólo hipotecaria, sino también en el ámbito de los derechos reales. Según apunta F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, “la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho hipotecario como del Derecho civil en general, hasta el punto de que son muchos los civilistas –como Díez Picazo– que reiteran la necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho para que este pueda ser conceptualizado como derecho real”, *vid.* “El principio de especialidad”, *Revista crítica de Derecho civil*, nº 625, nov-dic 1994, p. 2404.

¹³⁷ *Vid.* entre otras, las resoluciones de la DGRN de 20 septiembre 1966 (RJ 1966\4020); 14 mayo 1984 (RJ 1984\2588), 5 junio 1986 (RJ 1987\4835); 23 octubre 1987 (RJ 1987\7660); 26 octubre 1987; 4 marzo 1993 (RJ 1993\2471); 16 julio 2002 (RJ 2002\9317); 18 julio 2005 (RJ 2005\7020); 8 junio 2011 (RJ 2012\3168). M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 693, 2006, pp. 309-314 (consultada en VLex); J.M. DÍAZ FRAILE, “El Reglamento sucesorio europeo...” *op. cit.*, p. 87.

¹³⁸ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *op. cit.*, p. 660, nº 62.

Estado está dispuesto a asumir, sea su sistema real de *numerus clausus* o *apertus*¹³⁹. Como decía Díez-Picazo, la ordenación de los derechos reales reposa en el interés del Estado en dominar sus recursos económicos y en algunos ordenamientos, como ocurre en el nuestro, en su consideración como fundamento de la Constitución económica¹⁴⁰. En este sentido, los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR no sólo persiguen la protección del *numerus clausus* de los derechos reales, sino que más extensamente preservan que la *lex rei sitae* se aplique para determinar la naturaleza, contenido y efectos de los derechos reales. Ello implica que los Estados miembros que adopten el principio de *numerus apertus* no tienen que ser forzados a reconocer un derecho real extranjero desconocido en su Derecho que no sea compatible con su ordenamiento por otras razones¹⁴¹, en cuyo caso el derecho real tendrá que ser adaptado, sea mediante su limitación o sustitución por otro derecho real o, incluso, a través de una mutación en otra institución concreta¹⁴².

2. DE CÓMO OPERA LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR configuran la adaptación como una operación obligatoria, en tanto en cuanto establecen que el derecho real “*deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible*” adaptarse al derecho equivalente más cercano del sistema del Estado miembro en que es invocado. La adaptación no es necesaria cuando el derecho real se corresponde con uno de los tipos previstos en el ordenamiento donde se invoca; y tampoco lo es en un sistema de *numerus apertus* si el derecho puede aceptarse como derecho innominado, determinándose adecuadamente su contenido. Pero, en el supuesto en que lo anterior no sea posible, la *lex fori* no podrá rechazar dar efecto a un derecho real atribuido por la ley sucesoria o la ley que rijan las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes –por ejemplo, recurriendo a la cláusula de orden público (art. 35 RES y 31 RREM/REPUR)¹⁴³–, sino que deberá recurrir al mecanismo de la adaptación. El legislador europeo no configura la adaptación como un recurso que se deja a la opción o a la buena voluntad de los Estados¹⁴⁴, sino como una regla imperativa. El margen de maniobra ofrecido por los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR abarca únicamente la valoración de la oportunidad de admitir el derecho extranjero sin adaptación o proceder a la adaptación, pero no la cuestión de dar o no

¹³⁹ Vid. I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, p. 429.

¹⁴⁰ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. vol. III, Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad. La posesión*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, pp. 56 y 57.

¹⁴¹ Vid. E. NIKOLAOU, *op. cit.*, pp. 380-381, nºs 23-24.

¹⁴² Vid. A. SERRANO DE NICOLÁS, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴³ En esta línea, *vid.* A. BONOMI y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 419, nº 19; y *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1018, nº 53.

¹⁴⁴ Como sucede en artículo 15.2 del Convenio de La Haya de 1985, sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento.

efectos al derecho real. Precisamente la existencia de estos preceptos elimina de manera definitiva esa opción para el operador jurídico de la *lex fori*¹⁴⁵.

Por cuanto respecta a la regla excepcional que ampara la no adaptación, expresada con las palabras “*en la medida de lo posible*” debe ser, como tal excepción, de aplicación absolutamente residual e interpretación restrictiva. Es decir, sólo es alegable motivadamente tras haber valorado el alcance del derecho real y verificado que la *lex fori* no dispone de medios jurídicos para cumplir sus objetivos e intereses¹⁴⁶. La imposibilidad aludida por el precepto es, pues, una constatación *ex post* no *ex ante*. Así ocurriría en el sistema español, por ejemplo, si no se determinasen de forma precisa los contornos del derecho real, se atentase contra el principio de libertad del tráfico o la dignidad humana o no existiera una razón justificativa para la creación del derecho. En definitiva, si bien la lógica interna de los Reglamentos conduce a rechazar todo intento de utilizar la cláusula de orden público *ex ante*, por el simple hecho de que el derecho real sea desconocido, el orden público sí podrá fundamentar la imposibilidad de adaptación cuando, realizada la valoración del derecho real con recurso al Derecho comparado, se contraste la existencia de impedimentos de esa naturaleza.

El artículo 31 RES establece que el real derecho desconocido en el Estado donde se invoca deberá “ser adaptado al *derecho real equivalente* más cercano del Derecho de ese Estado”, y el art. 29 RREM/REPUR dispone que deberá “adaptarse al *derecho equivalente* más cercano del Derecho de ese Estado”¹⁴⁷. Independientemente de la diferencia en los términos utilizados y que hemos destacado –a la que luego haremos referencia– los referidos artículos se refieren a la institución de la “adaptación” en un sentido amplio. Pero, más estrictamente, esta “adaptación” de la que hablan los preceptos supone una “transposición” de instituciones. Se trata de una técnica de ajuste bien conocida en el Derecho internacional privado, que consiste en la traducción de una institución jurídica por parte de un ordenamiento, cuando tal institución ha surgido o ha sido creada en el ámbito de otro distinto, en el marco de las categorías jurídicas de este¹⁴⁸.

Según los preceptos en estudio, la adaptación del derecho real debe hacerse a la forma equivalente más cercana consagrada por la ley local. Para ello el operador jurídico que realiza la adaptación debe tener en cuenta “los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo”. Es decir, la finalidad es que la institución funcionalmente equivalente en la *lex fori* permita la consecución de los mismos objetivos y efectos que el derecho extranjero. Se trata de una delicada tarea que requiere un profundo estudio de Derecho comparado y que puede realizarse a través de dos vías. La primera supone la modificación de la figura extranjera para adecuarla a la ley del foro, es decir, privar a la figura extranjera de las particularidades que resulten extrañas al sistema local. Y la segunda consiste en la operación inversa,

¹⁴⁵ A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1017, nº 51.

¹⁴⁶ Vid. J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁷ El resaltado es nuestro.

¹⁴⁸ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, nº 25, 2009, p. 17 y ss.

esto es, modificar el derecho real del foro para aproximarlos a la figura extranjera. Obsérvese que, en este segundo caso, la labor de adaptación recae sobre el derecho local, mientras que en el primero la adaptación incide sobre el derecho extranjero¹⁴⁹. En nuestra opinión, el tenor literal de los artículos 31 RES y 29 RREM/REPUR parece inclinarse por la primera opción¹⁵⁰ –más realista para los sistemas de *numerus clausus* estricto–, si bien la segunda, más respetuosa con la ley sucesoria o, en su caso la ley que rige las relaciones patrimoniales de cónyuges o convivientes, es también perfectamente admisible e, incluso, preferible¹⁵¹.

En todo caso, la aproximación debe ser funcional y concentrarse en los efectos y objetivos que la ley, el testador o las partes persiguen con la figura. Mientras se atiende a estos parámetros, el Estado miembro donde se invoca el derecho real dispone de amplio margen de maniobra. Así, nada impide que se adapte un derecho real limitado a un derecho dominical, dado que ambos son derechos reales.

Caso nº 8.- Recuérdense los hechos del caso nº 6, en el que un causante neerlandés con residencia en Países Bajos había dispuesto en testamento un legado de usufructo con facultad de disponer válido según su Derecho nacional y que había de surtir efectos en Francia, donde rige para el usufructo el principio *salva rerum substantia* sin excepciones. En este supuesto sería posible la transposición en Francia de ese derecho real de usufructo neerlandés como un fideicomiso de residuo (*leg résiduel*), permitido en el sistema francés (arts. 1057 a 1061 CC francés). El instituido en usufructo con facultad de disponer será el legatario fiduciario y el nudo propietario el fideicomisario del residuo. Nótese que se ha transformado un derecho real limitado en un derecho de propiedad. En el usufructo con facultad de disponer, el testador no realiza varios llamamientos sucesivos, sino que distribuye entre dos personas y de modo inmediato, las facultades del derecho de propiedad. Al cesar el usufructo, las facultades en él comprendidas se reincorporan a la nuda propiedad por la *vis atractiva* del dominio y no, como en las sustituciones fideicomisarias, por disposición del testador. Sin embargo, al legatario fiduciario le corresponde el

¹⁴⁹ Vid. A. BONOMI y P. WAUTELET (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 421, nº 22; y *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1020, nº 58.

¹⁵⁰ Vid. como muestra, las versiones del art. 31 RES en español, francés, inglés, italiano y alemán: “...este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado...”; “...ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État...”; “...that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted to the closest equivalent right in rem under the law of that State...”; “...tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato...”; o “...so ist dieses Recht soweit erforderlich und möglich an das in der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaats am ehesten ver gleichbare Recht anzupassen...”.

¹⁵¹ Por su parte, A. BONOMI y P. WAUTELET, respecto del artículo 31 RES, sostienen que esta norma parece dar preferencia al segundo enfoque (vid. trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii, *El Derecho europeo de sucesiones... op. cit.*, p. 421, nº 23); y respecto del artículo 29 RREM y REPUR entienden que, dado que el precepto no se pronuncia, los Estados son libres de elegir el método que consideren más adecuado (vid. *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, p. 1020, nº 58).

pleno dominio de los bienes, con la obligación de restituir al sucesor ulterior aquellos de los que no haya dispuesto. (Para la distinción entre el usufructo con facultad de disponer y el fideicomiso de residuo en Derecho español, *vid.* Res. DGSJFP de 12 septiembre 2023¹⁵²).

También sería posible el recorte del derecho real extranjero, despojándolo de una o varias facultades inaceptables según el ordenamiento del foro; o su limitación en el tiempo, cuando la duración prevista para el derecho sea inadmisibile en la *lex fori*.

Caso nº 9.- Supongamos que el causante A, con residencia habitual en el Estado X, ha realizado en su testamento cuatro llamamientos sucesivos al usufructo de un bien inmueble de su propiedad situado en Madrid y que los beneficiarios de los llamamientos no viven al tiempo del fallecimiento del testador. Imaginemos que la ley del Estado X, que es la ley sucesoria, permite los cuatro llamamientos sucesivos a personas no vivas, pero, como es sabido, el Derecho común español (*lex rei sitae*) somete esta institución al límite temporal establecido para las sustituciones fideicomisarias según el artículo 787, segundo inciso, del Código civil. A la hora de inscribir el derecho de usufructo en el Registro de la Propiedad surge la duda de si habría de aplicarse el límite de dos llamamientos del artículo 781 CC, con fundamento en el orden público, para evitar las vinculaciones de duración excesiva, lo que supondría un recorte del derecho en su duración. En nuestra opinión, la limitación de llamamientos del artículo 781 CC no es orden público internacional español, ya que la Compilación del Derecho civil foral de Navarra permite en su Ley 224 hasta cuatro llamamientos en favor de personas no vivas. Por tanto, no estaría justificado el recurso al orden público para recortar la duración del derecho real de usufructo en este caso.

La doctrina se ha planteado la posibilidad de que la adaptación se realice no a otro derecho real, sino a un derecho de crédito. La solución parece claramente admisible para las situaciones regidas por los Reglamentos nºs 2016/1103 y 2016/1104, sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes, cuyo artículo 29, como se ha visto *supra*, habla de la adaptación al “*derecho equivalente más cercano*”. Repárese en que, a diferencia del artículo 31 RES, habla de “derecho” a secas, sin calificarlo como real. En consecuencia, el operador jurídico encargado de la adaptación tendrá un amplio espectro de derechos subjetivos patrimoniales en su búsqueda del equivalente funcional, sin tener que limitarse a los derechos reales. Podrá convertir el derecho extranjero en un derecho de crédito o, incluso, combinar un derecho real y un derecho de crédito locales para conseguir los efectos que derivan del régimen matrimonial o de las relaciones patrimoniales entre uniones registradas según la ley extranjera¹⁵³. Más complicado resulta, a nuestro juicio, sostener esta solución de adaptación con referencia al artículo 31 del Reglamento europeo sobre sucesiones, cuya letra es clara al hablar de “derecho *real* equivalente”. A pesar de ello, así lo ha defendido un sector de la doctrina¹⁵⁴. Según nuestro criterio esta eventual adaptación de un derecho real creado por la *lex successionis* a un derecho de crédito de la *lex fori* no estaría amparada por el artículo 31 RES, sino por el considerando 17 RES, que se refiere expresamente a

¹⁵² BOE núm. 255, de 25 octubre 2023, cve: BOE-A-2023-21899.

¹⁵³ En esta línea, A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple... op. cit.*, pp. 1020-1021, nºs 60-61.

¹⁵⁴ *Vid. ad ex.*, A. SERRANO DE NICOLÁS, *op. cit.*, p. 44 y E. NIKOLAOU, *op. cit.*, p. 382, nº 30.

la admisibilidad de “otras formas de adaptación en el contexto de la aplicación del presente Reglamento”¹⁵⁵.

A esas “otras formas de adaptación” se alude también en el considerando 26 de los Reglamentos sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges o uniones registradas que, de modo análogo al considerando 17 RES, establece que “la adaptación de derechos reales desconocidos explícitamente contemplada en el presente Reglamento no debe excluir otras formas de adaptación en el contexto de la aplicación del presente Reglamento”. Esta precisión, además de cubrir las hipótesis antes aludidas, sirve de base para la admisión de otras técnicas de ajuste, distintas de la transposición, además de fundamentar el uso del mecanismo de adaptación en otros contextos distintos a los derechos reales.

Por último, por lo que respecta a las autoridades llamadas a llevar a cabo la adaptación, los Reglamentos no contienen previsión alguna al respecto. Por consiguiente y en línea de principio, podría ser cualquier autoridad de un Estado miembro ante la cual se invoque y deba dar efecto a un derecho real constituido según la ley extranjera aplicable a la sucesión o a las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes: órganos jurisdiccionales, registradores de la propiedad, notarios, etc. Se trata de una cuestión que queda en manos de los Estados miembros. Algunos de ellos, habida cuenta de la importancia de la tarea de adaptación, han confiado la competencia en exclusividad a los órganos jurisdiccionales. Así sucede en Hungría, donde se ha regulado un procedimiento específico, denominado “procedimiento de adaptación”, que es de jurisdicción voluntaria y se rige por la Ley XXXI de 2015. El único órgano jurisdiccional de primera instancia con competencia en la materia en todo el territorio húngaro es el Tribunal Central de Distrito de Buda (*Budai Központi Kerületi Bíróság*). O también en Rumanía, donde según la Ley nº 206/2016, las cuestiones relativas a las solicitudes de adaptación de los derechos reales son competencia de los órganos jurisdiccionales. En otros Estados, sin embargo, se confía la competencia a otras autoridades, como sucede en Luxemburgo, donde son los notarios nombrados mediante orden del Gran Ducado los únicos competentes para adaptar los derechos reales inmobiliarios (artículo 1º de la Ley de 14 de junio de 2015, mediante la que se aplica el Reglamento (UE) nº 650/2012)¹⁵⁶.

En España, ante la ausencia de una competencia exclusiva, la adaptación podría ser realizada por los órganos jurisdiccionales ante los que se invoque el derecho real (art. 44.4 LCJIMC), o más frecuentemente, por los registradores de la Propiedad y de Bienes Muebles a los cuales se solicite la inscripción del derecho real. En este último caso, la adaptación será una operación integrada en la calificación registral. El artículo 61.1 LCJIMC exige al registrador que comunique al titular del derecho, con carácter previo a la inscripción, la adaptación a realizar.

Se ha apuntado cómo la comunicación previa exigida por la LCJIMC plantea en la práctica algunas cuestiones, tal que si el registrador deberá esperar un plazo tras la comunicación al solicitante de la adaptación a realizar. La ley nada dice,

¹⁵⁵ En este sentido se pronuncia J. TARABAL BOSCH, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁶ Vid. https://e-justice.europa.eu/486/ES/adapting_rights_in_rem (último acceso: 31/08/2023).

pero cabría interpretar que, si se ha establecido que la comunicación debe ser previa, el legislador ha querido conceder al titular del derecho la posibilidad de actuar antes de la inscripción. Y, en caso afirmativo, ¿qué plazo sería ese?¹⁵⁷

Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional (art. 61.2 LCJIMC). Y, en cualquier caso, quedan abiertos al interesado los recursos contra la calificación registral (art. 66 y 324 y ss LH).

La tarea de adaptación también podría ser realizada por los notarios que deban autorizar, por ejemplo, la escritura pública de adjudicación de herencia o de liquidación del régimen económico matrimonial. No obstante, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil ha reservado la expresión “adaptación” al ámbito registral, mientras que a la operación llevada a cabo por los notarios la denomina “adecuación” (art. 57 LCJIMC¹⁵⁸). La adecuación efectuada por el notario será también directamente impugnable por cualquier interesado ante la autoridad judicial. Obsérvese que los preceptos legitiman para la impugnación “a cualquier interesado”, por lo que podría hacerlo no sólo el titular del derecho real adaptado o adecuado, sino también el titular de la propiedad gravada con dicho derecho real. La adaptación registral es conceptualmente distinta e independiente de la adecuación que haya podido hacer o no el notario¹⁵⁹.

Los considerandos 16 RES y 25 RREM/REPUR, en aras a facilitar a las autoridades competentes la operación de adaptación del derecho real, indican que se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuyo Derecho nacional se haya aplicado a la sucesión, al régimen matrimonial o a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, a fin de obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. A estos efectos, podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la ley extranjera¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Vid. J. DELGADO RAMOS, “El principio de adaptación en la cooperación jurídica internacional”, *Regispro.es* (21 enero 2021), en <https://regispro.es/12562-2/> (ultimo acceso: 31/08/2023).

¹⁵⁸ Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional.

¹⁵⁹ Vid. J. DELGADO RAMOS, *op. et loc. cit.*

¹⁶⁰ La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil facilita la creación de redes de autoridades judiciales en los países de la Unión Europea con el fin de reforzar la cooperación judicial (https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-es.do). Y por lo que respecta a las adaptaciones a realizar por los registradores de la propiedad, la *European Land Registry Association* (ELRA) ha auspiciado el proyecto IMOLA (*Interoperability Model for Land Registers*) para el intercambio transfronterizo de información entre los registros de la propiedad dentro de la Unión Europea.

3. LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL

En nuestro sistema de *numerus apertus* con restricciones, corresponde al registrador calificar el derecho real extranjero de acuerdo con las categorías del Derecho español, prestando atención al ámbito de las facultades y limitaciones del titular del derecho real constituido conforme a la *lex successionis* o la ley que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes. La adaptación es una operación que se inserta en la calificación registral, dado que la calificación del título, en su contenido, abarca la naturaleza de los derechos reales inscribibles¹⁶¹. Solo cabe rechazar la inscripción (calificación negativa del título) si el contenido del derecho real creado es incompatible con los principios de orden público del sistema español, de forma que no quepa posibilidad de transposición u otras formas de adaptación.

Si el derecho real creado o transmitido no tiene una equivalencia directa en el sistema español, pero tampoco es contrario al orden público, el registrador podrá inscribir el derecho real ya sea como derecho atípico permitido, haciendo constar su contenido, ya sea mediante la adaptación, por referencia a la institución más próxima dentro del sistema español,

Caso nº 10.- A, ciudadano noruego con residencia habitual en Oslo, está casado con B en régimen de comunidad diferida y tienen tres hijos comunes. A fallece intestado en 2020, dejando como único bien una finca situada en España. Tanto la ley sucesoria como la aplicable al régimen económico matrimonial, que debe liquidarse primero, es la ley noruega. El régimen de comunidad diferida implica que, una vez disuelto el matrimonio por divorcio o por fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite tiene derecho a reclamar la división y obtener la mitad de todos los bienes de ambos cónyuges. La mitad restante se integrará en el caudal del cónyuge fallecido. El Derecho sucesorio noruego se contiene en la Ley de sucesiones de 3 de marzo de 1972 (*Lov om Arv N^o. 5*). Según se establece en el § 8, en la sucesión intestada, en concurrencia con los hijos, al cónyuge le corresponde una cuarta parte de la herencia, pero en cualquier caso tiene derecho a una herencia mínima de cuatro veces el importe básico del seguro nacional (*grunnbeløp*) en caso de herencia. Además, como medida de protección del cónyuge viudo, la ley de sucesiones noruega le concede el derecho a la posesión en indivisión de los bienes que conformaban la comunidad (§ 14). En consecuencia, en este caso, correspondería a la cónyuge supérstite la propiedad de la mitad de la finca por disolución del régimen económico matrimonial, mientras que sobre la otra mitad habría copropiedad entre los tres hijos y la viuda. Sobre dicha copropiedad puede la viuda ejercer su derecho a mantener la posesión, impidiendo su división. La posesión, como hecho, no tiene reflejo registral. Para hacer constar registralmente este derecho

¹⁶¹ Vid. G. ALONSO LANDETA, *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil* (Coord. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA), Barcelona, Bosch, 2017, p. 572. Afirma el autor que “[n]o puede haber adaptación sin calificación previa del título. Así lo demanda la propia naturaleza de la labor que desarrolla el registrador al confrontar los pactos y derechos contenidos en el título inscribible con el sistema jurídico nacional y más específicamente las normas registrales, lo que en definitiva constituye una parte sustancial de la calificación. La calificación incluye además el examen del contenido previo del registro, confrontando la situación registral con el derecho que se pretende inscribir, lo que sin duda ha de ser tenido en consideración cuando se busca conseguir una medida o derecho equivalente que persiga una finalidad e intereses similares”.

que a la viuda le reconoce el § 14, sería preciso acudir al mecanismo de adaptación del artículo 31 RES. El derecho reconocido en la norma noruega podría transponerse registralmente como un derecho de usufructo, adjudicando la nuda propiedad de la mitad de la finca que constituye el caudal relicto a los hijos legitimarios y a la viuda en proporción a sus cuotas correspondientes, y concediendo a esta última el usufructo vitalicio.

Caso nº 11.- En un supuesto de inscripción de escritura de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de bienes hereditarios sometida a Derecho sueco, resuelta por la Dirección General de los Registros y el Notariado en resolución de 14 de marzo de 2019¹⁶², se planteó, entre otras cuestiones, la interpretación de una cláusula en virtud de la cual la única heredera y cónyuge supérstite adquiere todos los bienes del causante en pleno derecho de disposición, pero con la única salvedad de que no podrá modificar por testamento los derechos que los descendientes comunes pudieran ostentar sobre el residuo de los bienes (en caso de existir) adquiridos por la cónyuge supérstite en la herencia del cónyuge fallecido. Por otra parte, no se identifica a los eventuales descendientes comunes del causante y su cónyuge supérstite a los efectos de hacer constar, en su caso, algún tipo de derecho a su favor. La DGRN, invocando la sentencia *Mahnkopf*, señala que “en el Derecho sueco desde la reforma del Código Civil de 1987, se considera preferente el interés del cónyuge, cuando concurre, como en este caso, con hijos comunes, de suerte que la adjudicación hereditaria, de no haber partición, puede quedar diferida al fallecimiento del supérstite”. Sobre la limitación contenida en la escritura, la Dirección General de los Registros y el Notariado se ampara en el informe de un notario sueco que puntualiza que “dicha adjudicación al supérstite lo es con pleno derecho de disposición, es decir con total libertad de administración, disposición y enajenación por cualquier título y modo, con la única salvedad de que el cónyuge adjudicatario no podrá modificar por testamento los derechos que los descendientes comunes pudieran ostentar sobre el residuo (caso de existir) adquiridos por el cónyuge en la herencia del consorte fallecido, todo ello con expresa cita de los preceptos atinentes de su legislación”. Sobre esta base, la Dirección General comparte la adaptación hecha por la registradora al fideicomiso de residuo, como institución española más próxima. Según el centro directivo, “se trataría de aceptar la figura extranjera, en cuanto encaja estructuralmente en el Derecho español y adaptar al Derecho interno el contenido y efectos del derecho real foráneo, todo ello bajo el ropaje técnico de la nueva técnica de la adaptación registral. Por lo tanto, sin duda, será necesaria la correcta identificación de los hijos interesados (artículos 59 de la Ley 20/2015, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 82 del Reglamento Hipotecario –designación nominativa–) precisando su notificación a efectos de la constancia de que no hay oposición a los efectos del instituto adaptado (...)”.

En contrapartida, la función de adaptación es imprescindible cuando se trata, por ejemplo, de derechos reales de garantía o de cualesquiera otros derechos sometidos a un régimen de tipicidad, por lo que en tal caso el derecho real en cuestión solo puede ser inscrito sobre un bien situado en España si cabe transposición a alguno de los derechos reales típicos de nuestro sistema. En este sentido, afirman Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo que, si la aplicación de la ley española se refiere a las relaciones frente a terceros subadquirentes o acreedores, la acción del principio de tipicidad requiere la

¹⁶² BOE núm. 85, de 9 abril 2019, cve: BOE-A-2019-5288.

técnica de transposición, de forma que únicamente serán eficaces aquellos derechos reales de garantía que puedan reconducirse, incluso con algunos recortes en sus efectos, a derechos reales típicos de nuestro sistema. En caso de que la transposición no sea posible, tales derechos reales resultarán ineficaces a la luz del Derecho español¹⁶³.

La doctrina de la Dirección General proporciona algunos ejemplos de rechazo, si bien todos anteriores a la vigencia de los Reglamentos y de la LCJIMC. Los dos primeros, resueltos por las resoluciones de la DGRN de 12 de mayo de 1992 y 23 febrero 2004 no entran propiamente en cuestión¹⁶⁴, pero sí es ilustrativo el caso resuelto por la Res. DGRN de 16 junio 2009¹⁶⁵. En ella se deniega la inscripción de una escritura autorizada por un notario español mediante la cual la dueña de una tercera parte indivisa de un inmueble “cede a título gratuito” dicha participación indivisa al síndico de la quiebra de un ciudadano británico. Según expone el centro directivo, no cabe una inscripción de dominio en favor de quien no es titular dominical y que sólo ostenta, por la propia naturaleza del cargo que desempeña, determinadas facultades de actuación. Las razones que fundamentan la negativa son las siguientes: i) La legislación española no lo permite, ya que, según resulta del art. 20 LH, no es inscribible la representación (y el síndico de una quiebra ostenta la cualidad de representante) por no suponer titularidad alguna. No son supuestos de tracto abreviado, sino de gestión y disposición de derecho ajeno. ii) Tampoco cabe, de lege lata, la inscripción de titularidades meramente fiduciarias sin una norma que lo permita. Tal es como ha de calificarse la titularidad que resulta de la transmisión en favor del síndico de la quiebra en cuyo favor se otorga la cesión a título gratuito (cesión que, además, no encaja en modo alguno en los elementos

¹⁶³ Vid. *op. cit.*, p. 828, nº 543.

¹⁶⁴ En la Res. DGRN de 12 de mayo de 1992 (RJ 1992\4847) se deniega la inscripción de una “hipoteca judicial provisoria” ordenada por un tribunal francés, porque su configuración no permitía conocer el contenido y facultades que se atribuían al titular. Y, además, “no es cometido del Registrador determinar cuál es en nuestro Ordenamiento jurídico la figura más cercana a una institución de Derecho extranjero que no tiene el deber de conocer (vid. arts. 6 y 12 del Código Civil y 36 del Reglamento Hipotecario); el Registrador debe limitarse a calificar la validez y eficacia del acto inscribible al objeto de acceder al asiento pretendido, y para ello debe ajustarse a los términos del título presentado, a la calificación jurídica que en él se ha elegido (9.1 y 2 y 18 de la Ley Hipotecaria y 51.5 y 6 del Reglamento Hipotecario) sin posibilidad de modalización, reconversión, integración o adecuación de aquél que posibilite su inscripción; a él incumbe poner de manifiesto los defectos observados pero no proceder a su subsanación”. Nótese que, de darse este supuesto en la actualidad, el artículo 61 LCJIMC sí impondría esa “modalización” o “reconversión” (adaptación) de la que habla el centro directivo. Por cuanto se refiere a la resolución de 23 febrero 2004 (RJ 2004\5295) el motivo de la denegación de la inscripción de una “hipoteca asegurativa” alemana sobre un inmueble situado en España fue la vulneración del Reglamento (CE) 44/2001, en cuanto al foro exclusivo “*ratione materiae*” [art. 22.1)]. En la Resolución, la Dirección General señala que “las funciones de colaboración entre los órganos jurisdiccionales comunitarios pueden implicar, como en el caso, que se orden medidas de garantía sobre inmuebles situados en España, mas, cuando se pretende con ellas especiales efectos jurídico-reales y registrales y, en suma, una especial efectividad ejecutiva, el Juez habrá de atenerse a las exigencias del ordenamiento jurídico español tal y como imponen los arts. 8.2, 10.1 y 10.10 del Código civil”.

¹⁶⁵ JUR 2009\337103.

estructurales que integran el negocio de la donación, según su naturaleza jurídica). Y, en el estado actual del Derecho español, no existe norma alguna que permita realizar una inscripción de dominio en favor de quien no ostenta titularidad dominical alguna sobre el bien, ya que iría absolutamente en contra de aquellos principios esenciales –y de orden público– que configuran y disciplinan, tanto la transmisión del dominio.

La última de las cuestiones se refiere a otras limitaciones del dominio distintas de los derechos reales, como por ejemplo las prohibiciones de disponer contenidas en negocios *mortis causa*. En el sistema español, las prohibiciones de disponer impuestas en negocios jurídicos de carácter gratuito son limitaciones de la propiedad, al igual que los derechos reales, inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de la regla tercera del artículo 26 de la Ley hipotecaria. Ahora bien, ¿debe dárseles el mismo tratamiento que a los derechos reales (por analogía) al objeto de la aplicación del Reglamento europeo sobre sucesiones? Si es así, quedarían excluidas de su ámbito de aplicación, siéndoles aplicable la *lex res sitae*. En principio, estimamos que la respuesta debe ser negativa sobre la base del argumento de la interpretación restrictiva de las excepciones a la *lex successionis*. Si se atiende a esta interpretación restrictiva de los artículos 1.2.k) RES –como parece querer el legislador europeo–, a las prohibiciones de disponer debe serles aplicable la *lex successionis* y los límites que derivan de los artículos 785 y 781 (por remisión) del Código civil, sólo procederían bajo el paraguas del orden público internacional.

BIBLIOGRAFÍA

AKKERMANS, B., *The principle of numerus clausus in European property law*, Tesis doctoral, Universidad de Maastricht, 2008, <https://doi.org/10.26481/dis.20081017ba>. AKKERMANS, B., “The numerus clausus of property rights”, *Maastricht european private law institute*, 2015/10, (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693667, último acceso: 28/08/2023). AKKERMANS, B. Y RAMAEKERS, E., “Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations”, *European Law Journal* 16, nº 3 (mayo 2010), pp. 292-314 (consultado en HeinOnline). ACHILLE, D., “Lex successionis e compatibilità con gli ordinamenti degli Stati membri nel reg. UE n. 650/2012”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018 nº 5, p. 697-707. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Legado per vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, nº 55, enero 2018. BADOSA COLL, F., “La sucesión por causa de muerte en el libro cuarto del código civil de Cataluña. Universal y particular” en L. ARNAU RAVENTÓS y M.L. ZAHÍNO RUIZ, *Cuestiones de derecho sucesorio catalán*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, Marcial Pons, 2015, pp. 11-92. BANDEL, S., “Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegate in Deutschland”, *MittBayNot* 2018 nº 2, pp. 99-107. BIAGIONI, G., “L’ambito di applicazione del Regolamento sulle successioni”, en P. FRANZINA y A. LEANDRO (Ed.) *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milán, Giuffré Editore, 2013, pp. 25-58. BONOMI, A. Y WAUTELET, P. (trad. y adapt. al Derecho español por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et alii), *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015. BONOMI, A. Y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruselas, Bruylant, 2016. BONOMI, A. Y WAUTELET, P., *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) nºs 2016/1103 y 2016/1104*, Bruselas, Bruylant, 2021. BURDESE, A., “Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali”, *Rivista diritto civile.*, 1983, II, p. 226 y ss. CABANAS TREJO, R. Y BALLESTER AZPITARTE, L., “Breve nota sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto C-218/16 (Kubicka) de 12 de

octubre de 2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)”, *Diario La Ley*, nº 9084, 20 noviembre 2017. CALLE, P., “L’anticipation successorale”, en AA.VV. *Travaux du Comité français de droit international privé: Années 2014-2016*, París, Pedone, 2017, p. 143 ss. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: análisis crítico*, 2ª ed., Murcia, 2019. CARBONNIER, J., *Droit civil*, t. II, *Les biens*, París, PUF, 2004. CASTELLANOS RUIZ, E., “Ámbito de aplicación de la lex successionis y su coordinación con la lex rei sitae – lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, nº 1, pp. 70-93. CALZOLAIO, E. Y VAGNI, L., “Article 31. Adaptation of Rights in rem”, en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVI Y H.P. MANSEL, *The EU succession regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 442-450. CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998. CHIKOC BARREDA, N., *Succession internationale et dispositions spéciales de la lex rei sitae. Contribution à l’étude de l’imperativité internationale en matière successorale*, París, L’Harmattan, 2022. CRESPI REGHIZZI, Z., “Succession and property rights”, en S. BARIATTI, I. VIARENGO Y F.C. VILLATA (ed.), *EU cross-border succession Law*, Cheltenham (RU) – Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 49-70. CRESPI REGHIZZI, Z., “Succession and property rights in EU Regulation nº 650/2012”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 3/2017, pp. 633-661. DEIXLER-HUBNER, A. Y SCHAUER, M. (eds.), *EuErbVO Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, 1ª ed., Viena, Manz, 2015. DELGADO RAMOS, J., “El principio de adaptación en la cooperación jurídica internacional”, *Regispro.es* (21 enero 2021), en <https://regispro.es/12562-2/> (ultimo acceso: 31/08/2023). DÍAZ FRAILE, J.M. “El Reglamento sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 741, 2014, pp. 67-111. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. vol. III, Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad. La posesión*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008. DÖRNER, H., “Keine digliche Wirkung ausländischer Vindikationslegat im Inland”, *IPRax (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts)*, 1996, pp. 26-28. DUTTA, A., “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”, *FamRZ, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, pp. 4-15. FERNÁNDEZ ARROJO, M., “La regla contra las perpetuidades en el Derecho inglés”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 790 (año 2022), pp. 949-983. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, nº 25, 2009, pp. 9-44. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, p. 819, nº 536. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa. Aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022. FRANCO, R. “Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi”, *Persona e mecatò*, 2020/3, pp. 245-259 (disponible en: [https://www.academia.edu/44157222/IL DIRITTO DI USO ESCLUSIVO CONDOMINIALE TRA CATEGORIE E INTERESSI](https://www.academia.edu/44157222/IL_DIRITTO_DI_USO_ESCLUSIVO_CONDOMINIALE_TRA_CATEGORIE_E_INTERESSI) di Rosario Franco, último acceso: 28/08/2023). FUSARO, A., “The numerus clausus of property rights”, en E. COOKE (ed.), *Modern Studies in Property Law*, vol. I, Londres, Bloomsbury Publishing, 2001, pp. 309-317. FUSARO, A., “Il numero chiuso dei diritti reali”, *Rivista critica di diritto privato*, 2000, n. 3, pp. 439-450. GODECHOT-PATRIS, S., “Article 29”, en S. CORNELOUP, V. EGEA, E. GALLANT Y F. JAULT-SESEKE (ed.), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples. Commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, París, Société de législation comparée, 2018, p. 290 y ss. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “El principio de especialidad”, *Revista crítica de Derecho civil*, nº 625, nov-dic 1994, pp. 2389-2436. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 693, 2006, pp. 309-314 (consultada en VLex). HEREDIA CERVANTES, I., “Lex successionis y lex rei sitae en el Reglamento de sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XI 2011, pp. 415-445. JIMÉNEZ RUBIO, M.R., “El Registro de la Propiedad español en las sucesiones hereditarias europeas”, en A. LARA AGUADO (Dir.), *Sucesión mortis*

causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 339-366. LAGARDE, P., "Article 31. Adaptation des droit réels", en BERGQUIST, U., DAMASCELLI, D., FRIMSTON, R., LAGARDE, P., ODESKY, F. Y REINHARTZ, B., *Commentaire du Règlement européen sur les successions*, París, Dalloz, 2015, pp. 146-147. LAGARDE, P., "Les principes de base su nouveau règlement européen sur les successions", *Revue critique de Droit international privé*, nº 4/2012, pp. 691-732. LEITZEN, M., "Kubicka und die Folgen: Vindikationslegate in der Rechtspraxis", *ZEV (Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge)* 2018, p. 311 y ss. LIPARI, N, *Le categorie del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2013. MARAÑÓN ASTOLFI, M., "La sucesión de nacionales británicos en España antes y después de la vigencia del reglamento 650/2012. Comentario a la Sentencia del TS de 5 diciembre 2018", *Revista de Derecho Patrimonial* num. 49/2019, BD Aranzadi BIB 2019\6811. MARÍN LÓPEZ, J.J., "Polonia invade Alemania: la sentencia Kubicka, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *El Notario del Siglo XXI, Revista 76* (<https://www.elnotario.es/practica-juridica/8197-polonia-invade-alemania-la-sentencia-kubicka-primera-interpretacion-del-reglamento-europeo-de-sucesiones-por-el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>, último acceso: 17/08/2023). MOCCIA, L., "Basic Ways of Defining Property", en AA.VV., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Nápoles, ESI, 2007, pp. 761-782 (consultado en <https://www.academia.edu/> último acceso: 16/08/2023). MOCCIA, L., "Il modelo inglese di proprietà", en AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, Laterza, 2004, pp. 43-163. MORALES MARTÍNEZ, S., *Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes*, Tesis doctoral Universidad Pompeu Fabra, 2017, p. 75 y ss. (disponible online en: <http://hdl.handle.net/10803/404754>, último acceso: 23/08/2023). NIKOLAOU, E., "Article 31. Adaptation of rights in rem", en H.P. PAMBOUKIS, *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Atenas, Nomiki Bibliothiki, Beck/Hart/Nomos, 2017, pp. 372-383. PALAZÓN GARRIDO, M.L., "Parejas no casadas", en F.J. SÁNCHEZ CALERO (coord.) *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2022, pp. 263-286. PERREAU-SAUSSINE, L., "Première application du Règlement 'Successions Internationales': la Cour de Justice de l'Union européenne confrontée a la délicate distinction entre statut réel et successions", *Revue critique de droit international privé*, 2018/2 nº 2, pp. 338-351 (disponible en línea: <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2018-2-page-338.htm> último acceso: 22/08/2023). RAMAEKERS, E., *European Union property law. From fragments to a system*, Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2013. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J.S., "Artículo 31. Adaptación de los derechos reales", en J.L. IGLESIAS BUIGUES Y G. PALAO MORENO, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 259-267. SCHMIDT, J.P., "Challenged legacies – First Decision of the European Court of Justice on the EU Succession Regulation (ECJ, 12 October 2017, C-218/16 (Kubicka))", *European Property Law Journal*, 2018-1, p. 4-31. SERRANO DE NICOLÁS, A., "Reglamento (UE) 650/2012: aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de derechos reales y de régimen económico matrimonial", en M.E. GINEBRA MOLINS Y J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2016, pp. 17-54. SWADLING, W., "Property: General Principles", en A. BURROWS (ed.), *English Private Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 178, pp. 173-306. SCHWARTZE, A., "Art. 31", en A. DEIXLER-HUBNER Y M. SCHAUER (eds.), *EuErbVO Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, 1ª ed., Viena, Manz, 2015, pp. 298-305. STRUYCKEN, H.D., "The numerus clausus and party autonomy in the law of property", en R. WESTRIK Y J. VAN DER WEIDE, *Party autonomy in International Property Law*, Munich, Sellier, 2011, pp. 59-82. TARABAL BOSCH, J., "Adaptación de derechos reales a efectos sucesorios", en M.E. GINEBRA MOLINS Y J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2016, p. 219-235. TERESZKIEWICZ, P. Y WYSOCKABAR, A., "Legacy by Vindication Under the EU Succession Regulation No. 650/2012 Following the Kubicka Judgment of the ECJ", *European Review of Private Law*, vol. 4, 2019, pp.

875-894. TORRALBA MENDIOLA, E., "Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 78/2008, pp. 1457-1468. VAN ERP, J.H.M, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?* (6th Walter van Gerven Lectures, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=995979, último acceso: 28/08/2023). WILLIAMS, T.C., "Terms Real and Personal in English Law", *Law Quarterly Review*, nº 4, 1888, pp. 394-408 (consultado en HeinOnline).