

Recibido: 23 octubre 2023

Aceptado: 30 octubre 2023

Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en los registros mercantil y de la propiedad*

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Especialidad del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento registral. III. Objeto y alcance de la prueba del Derecho extranjero. IV. Medios de prueba del Derecho extranjero. 1. Numerus apertus. 2. Medios de prueba documentales. 3. Medios de prueba periciales. 4. Mecanismos de cooperación judicial internacional en la prueba del Derecho extranjero. 5. Conocimiento de oficio por el registrador. V. Falta de prueba del Derecho extranjero. VI. Imposibilidad de aplicación del Derecho extranjero: 1. Imposibilidad material. 2. Imposibilidad axiológica: orden público.

RESUMEN: El presente estudio se centra en la aplicación del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, extensible al Registro Mercantil. En el ámbito del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, la aplicación del Derecho extranjero se precisa en relación con el reconocimiento de la fuerza registral de los documentos otorgados en el extranjero, así como los otorgados ante notario español que afecten a situaciones privadas internacionales. Para que dichos documentos puedan constituir título para practicar la inscripción, sufren un control de la ley aplicada a la capacidad de obrar, a la forma y a las condiciones de validez del acto. La DGRN y, posteriormente, la DGSJyFP han ido elaborando toda una interpretación y construcción de los principios y reglas que rigen la alegación y prueba del Derecho extranjero en estos procedimientos registrales, cuyo análisis es el objeto del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: APLICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO – DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO – PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO – DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

ABSTRACT: This study focuses on the application of foreign law in the procedure for registration in the Land Register, which can also be extended to the Commercial Register. In the area of the Land Register and the Commercial Register, the application of foreign law is required in relation to the recognition of the registry force of documents executed abroad, as well as those executed before a Spanish notary that affect international private situations. In order for these documents to constitute a title for registration, they are subject to a control of the law applied to the capacity to act, the form and the conditions of validity of the act. The DGRN and, subsequently, the DGSJyFP have

* Esta publicación es parte del Proyecto I+D+i "PID2020-113165GB-I00", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

developed a whole interpretation and construction of the principles and rules governing the allegation and proof of foreign law in these registration procedures, the analysis of which is the subject of this article.

KEYWORDS: EXTRA-JUDICIAL APPLICATION OF FOREIGN LAW – FOREIGN PUBLIC DOCUMENT – PROOF OF FOREIGN LAW – FOREIGN LAW IN THE REGISTRATION PROCEDURE – FOREIGN LAW IN THE REGISTRATION PROCEDURE.

I. INTRODUCCIÓN

1. *El art. 12.6º. Cc* ha tenido presente la eventualidad de que el Derecho extranjero deba ser aplicado extrajudicialmente. Así, dispone en su párrafo primero que la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español corresponde tanto a los tribunales como a las “autoridades”. En consecuencia, aunque notarios y registradores deben aplicar de oficio las normas de conflicto del sistema español, no están obligados a conocer el Derecho sustantivo extranjero a que tales normas remiten.¹

Una primera precisión se impone a la hora de determinar qué se entiende por aplicación extrajudicial del Derecho extranjero. Dentro de esta noción, se incluye la aplicación del Derecho extranjero por parte de autoridades públicas que carecen de poder jurisdiccional, tales como notarios, registradores, cónsules o diplomáticos, pero también se refiere a la aplicación del Derecho extranjero por parte de los órganos que sí ejercen la función jurisdiccional, cuando no actúan en ejercicio de dicho poder, sino en funciones diversas.

2. Entre las autoridades mencionadas en el *art. 12.6º. Cc*, el juez encargado del Registro Civil procede habitualmente a aplicar el Derecho extranjero, al igual que los funcionarios encargados del Registro Consular, en materias tales como el nombre y los apellidos, el matrimonio o la filiación. La aplicación del Derecho extranjero por el encargado del Registro Civil presenta un factor diferencial respecto a su aplicación por las autoridades judiciales, toda vez que es posible que el conocimiento por el encargado del Derecho extranjero o, en su defecto, por un notario español, sea suficiente para determinar la adecuación de un hecho o de un documento al Derecho extranjero en cuestión (*art. 91 del Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC*). Solo si el encargado del Registro desconoce el contenido del Derecho extranjero, o no se opta por aportar testimonio de un notario español que lo conozca, habrá de acudir a la acreditación a través del testimonio de las

¹ *V.gr.*, resoluciones DGSJyFP 2 de febrero y de 11 de mayo de 2022.

autoridades consulares extranjeras en España o del cónsul español en dicho país.

En consonancia con el régimen establecido por la práctica de la DGRN, el *art. 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC)* ha confirmado la flexibilidad de los medios de prueba del Derecho extranjero referidos en la legislación anterior, pudiendo recurrirse, entre otros, a la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de un cónsul, diplomático o autoridad competente del país en cuestión, si bien el encargado del Registro civil siempre puede anteponer su conocimiento privado del Derecho extranjero. Al igual que ocurre en el ámbito del Registro de la Propiedad, el *art. 100.2º* de la LRC de 2011 establece la denegación de la inscripción si el Derecho extranjero no resulta debidamente acreditado.

3. La aplicación del Derecho extranjero puede llevarse a cabo, igualmente, por el notario, cuando otorga escritura pública que afecta a personas de distinta nacionalidad o se califican actos celebrados en el extranjero, supuestos donde se suscitan la aplicación de la ley nacional sobre capacidad (*art. 9.1º* Cc), o de la ley del lugar de celebración a la forma (*art. 11* Cc), o deben tenerse en cuenta las leyes extranjeras que rigen la validez de un acto o contrato, cuestiones sucesorias y de régimen económico matrimonial, etc. A tal efecto, el *art. 168 Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (RN)* confirma la posibilidad de que el notario, a diferencia de lo que acontece en el ámbito judicial, pueda aplicar la ley extranjera que rige la capacidad del otorgante basándose en su conocimiento propio; solo si el notario desconoce el contenido de la ley extranjera, este se acreditará por certificación del cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España; si la escritura se otorga ante agentes diplomáticos o funcionarios consulares españoles en el extranjero, la ley personal del extranjero que no sea nacional del Estado en que dichos agentes se hallan acreditados, se probará mediante certificación expedida por el cónsul o diplomático del país a que el extranjero pertenezca (*art. 15 del Anexo al RN*).² Finalmente, conviene tener en cuenta, a su vez, que el notario es fedatario asimismo del Derecho extranjero frente a otras autoridades: *arts. 36 del Reglamento Hipotecario (RH)*, *arts. 9 y 74 del*

² El *art. 168 RN* en su redacción por Real Decreto 45/2007, de 19 de marzo, incluía un último apartado, según el cual “cuando en la redacción de alguna escritura el Notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al *art. 145* de este Reglamento”. Esta disposición fue anulada por la STS CA 6ª 20 de mayo de 2008, habida cuenta de que implicaba la denegación de la función notarial sobre la base de un control de legalidad no previsto en la Ley y que iba más allá del contenido de la función notarial.

Reglamento del Registro Mercantil (*RRM*) y art. 91 del Reglamento del Registro Civil (*RRC*), si bien el *art. 255* del *RN* solo prevé los testimonios de leyes españolas con eficacia en el extranjero.

4. El presente estudio se centra en la aplicación del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, extensible al Registro Mercantil (*art. 80 RRM*). En el ámbito del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, la aplicación del Derecho extranjero se precisa en relación con el reconocimiento de la fuerza registral de los documentos otorgados en el extranjero, así como los otorgados ante notario español que afecten a situaciones privadas internacionales. Para que dichos documentos puedan constituir título para practicar la inscripción, sufren un control de la ley aplicada a la capacidad de obrar, a la forma y a las condiciones de validez del acto. La DGRN y, posteriormente, la DGSJyFP han ido elaborando toda una interpretación y construcción de los principios y reglas que rigen la alegación y prueba del Derecho extranjero en estos procedimientos registrales, cuyo análisis es el objeto de los siguientes epígrafes.

II. ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

5. El principio fundamental que explica las reglas de alegación y prueba del Derecho extranjero en los procedimientos registrales es el principio de especialidad en relación con el régimen propio de la aplicación judicial del Derecho extranjero. Las reglas decantadas por nuestra jurisprudencia respecto de la aplicación judicial del Derecho extranjero solo resultan aplicables de forma subsidiaria o residual, es decir, cuando no se hayan establecido criterios específicos para la aplicación extrajudicial o registral. Como se lee en múltiples resoluciones de la DGRN y de la DGSJyFP,

“la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución”.³

³ *Vid.*, por ejemplo, resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 28 de octubre de 2015, 15 de febrero de 2016, 3 de mayo de 2016 y 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJFP 28 de julio de 2020 y de 10 de febrero de 2021.

6. Este régimen especial se encuentra en el Derecho autónomo y no cuenta con una incidencia relevante de textos convencionales o europeos, más allá de los mecanismos de cooperación para la información del Derecho extranjero⁴. Tradicionalmente, la doctrina de la DGRN se amparaba en el desarrollo de lo previsto en el art. 36 RH, según el cual:

“Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”.

Tras la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), se planteaba en qué medida las normas sobre aplicación del Derecho extranjero contenidas en dicha Ley afectaban o sustituían lo dispuesto en el art. 36 RH. La DGRN invocó convenientemente el principio de especialidad, contenido en el propio art. 2 b) de la LCJIMC, para mantener la plena vigencia del art. 36 RH y, en consecuencia, su doctrina acerca de su interpretación y alcance⁵.

⁴ Así lo ha advertido a menudo la propia DGSJyFP: *“En relación con la prueba del Derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto...”* (ad ex. Res. DGRN de 7 de noviembre de 2019; Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020). No obstante, no olvida el centro directivo que *“la aplicación el art. 36 del Reglamento Hipotecario debe ponerse en relación con la aplicación en España de distintos medios basados en convenios internacionales convencionales que permite al tribunal con las necesarias adaptaciones al registrador, si versare sobre materia inscribible, acreditar el Derecho extranjero. Cabe citar la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. –Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987–, el Convenio europeo sobre de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. –Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973– y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como, República Checa, Bulgaria, Brasil, Marruecos, Méjico o China–”* (Res. DGSJyFP 10 de febrero de 2021).

⁵ Ad ex. resoluciones DGRN 28 de octubre de 2015, 15 de febrero de 2016, 3 de agosto de 2016 y 7 de noviembre de 2019: *“Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 del Reglamento*

III. OBJETO Y ALCANCE DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

7. Sin perjuicio del principio de especialidad, la doctrina reciente de la DGSJyFP, reiterada en recientes resoluciones⁶ se ampara, por analogía, en los requisitos de prueba judicial del Derecho extranjero requeridos para el proceso judicial por el *art. 281.2º LEC*⁷, de forma que quede debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero, sin que sea suficiente la aportación descontextualizada de textos legales ni baste la cita aislada de textos legales extranjeros, sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país.⁸ Así, la Resolución DGRN 17 de mayo de

Hipotecario. Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria –disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio–, en cuanto sea compatible con lo dispuesto en esta ley”. Más recientemente: Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020.

⁶ V.gr., resoluciones DGRN 23 de julio 2015, 17 de mayo de 2017, 5 de marzo de 2018, 23 de marzo de 2018, 19 de junio de 2018, 10 de septiembre de 2019, 6 de noviembre de 2019 y 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJyFP de 6 de julio de 2020, 28 de julio de 2020 y de 10 de febrero de 2021.

⁷ La doctrina referida se resume en la STS 9 de diciembre de 1935, al decir que “*tiene declarado esta Sala más de una vez que para aplicar el Derecho extranjero por los tribunales españoles es necesario que quien lo invoque acredite en juicio: primero, la existencia de la legislación que solicita; segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación en el caso litigioso.*”.. Añade más recientemente la STS 6ª 9 de mayo de 1988 que dicha prueba debe efectuarse, sin bastar “*la mera cita aislada de preceptos concretos, ni siquiera hecha por la parte recurrente, sino de manera plena, aportándose incluso los criterios interpretativos sentados por los tribunales del Estado correspondiente*”. Se trata de una doctrina firmemente sentada por el TS, aunque peca de excesiva rigidez. Un supuesto de esta doctrina jurisprudencial, calificado como extremo por E. Pecourt García (“Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto”, *RGD*, vol. XVIII, 1962, pp. 783 y ss. y 894 y ss.), viene dado por la STS 30 de junio de 1962, que exigió la prueba de la existencia, alcance e interpretación de la legislación italiana sobre el régimen económico matrimonial, incluyendo la jurisprudencia al respecto de los tribunales italianos, de forma que el Tribunal español fuese capaz de observar el Derecho sustancial extranjero “como si fuera juez en el Estado extranjero”. Dicha jurisprudencia, confirmada palmariamente por otras decisiones, como las STS 5 de noviembre de 1971 y STS 3 de febrero de 1975, revelan que lo que interesa es la prueba del Derecho extranjero vivo, no tanto de las normas jurídicas extranjeras que regulan una determinada relación jurídica, como de las sanciones que en dicho sistema jurídico se dan a las relaciones jurídicas, al aplicar sus tribunales sus propias normas las (sentencias del TS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999). Es preciso convenir, sin embargo, en que el criterio resulta desorbitado, si la cuestión jurídica se formula con cierta sencillez.

⁸ V.gr., resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 26 de junio de 2012, 14 de noviembre de 2012, 3 de febrero de 2014, 20 de julio de 2015. 23 de julio

2017 debía determinar la debida acreditación de la privatividad de un bien adquirido de conformidad con el Derecho ucraniano, y estimó que no resultaba suficiente a este respecto *la mera “traducción de parte de los artículos del Código Civil ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación”*.

La exigencia debe ser matizada. El alcance y la profundidad de la prueba del Derecho extranjero dependerán del caso concreto, pues, como señalan, por ejemplo, las resoluciones DGRN de 26 de junio de 2012 o de 20 de julio de 2015, *“hay supuestos en que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa”*, de forma que *“[s]ólo en la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero y el registrador, en los fundamentos de Derecho de su calificación, considerase que su aplicación directa no permite tener por reunidos los requisitos precisos para practicar la inscripción, podrá solicitar la prueba adicional de la que resulten aquellos”*.

8. En todo caso, el rigor con que el centro directivo suele requerir una prueba suficiente del Derecho extranjero⁹ se atenúa hasta la desaparición en el supuesto concreto de la prueba del Derecho notarial extranjero que permita establecer la regla de equivalencia en el caso de los poderes de representación voluntaria. La doctrina de la DGRN sobre esta cuestión experimentó una modificación sustancial a raíz de la Resolución de 17 de abril de 2017¹⁰, que mediante un sofisma vino a dejar prácticamente sin contenido la necesidad de equivalencia de los poderes de representación otorgados en el extranjero, a través de la simple afirmación de que el juicio notarial de suficiencia de los poderes de representación implica el juicio positivo de equivalencia. Sin entrar en el fondo de esta cuestión, cabe señalar que una de las diferencias esenciales entre el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia de los poderes tiene que ver con el régimen legal o ley aplicable en cada uno de los juicios. El juicio de suficiencia se rige, en todo caso, por la ley española. Ello se refiere tanto a las condiciones de fondo del fenómeno representativo (*ex art. 10.11º. Cc*), como a la aplicación de las

de 2015, 28 de octubre de 2015, 3 de mayo de 2016, 23 de marzo de 2018, 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJyFP de 6 de marzo de 2020, 28 de julio de 2020; 7 de agosto de 2020 y 10 de febrero de 2021.

⁹ Lo que ha sido objeto de críticas, hasta el punto de calificar la situación de exigencia a los notarios de una “prueba diabólica” (*cf.* A. Fernández-Tresguerres García, “Aspectos extrajudiciales en la Ley 29/2015, de 30 de julio de la cooperación judicial internacional en materia civil” (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp. 686–691).

¹⁰ BOE 28.4.2017. Seguida en las resoluciones posteriores: *ad ex.* resoluciones de 18 de diciembre de 2018 (BOE 28.1.2019), 6 de marzo de 2020 (BOE 6.7.2020), 4 de junio de 2020 (BOE 20.6.2020), 19 de noviembre de 2020 (BOE 7.12. 2020) y 24 de mayo de 2021 (BOE 10.6.2020).

normas que rigen en España la función notarial y registral (art. 58 de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil), y en particular por lo dispuesto en el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad¹¹. Las reglas citadas, extraídas de la ley española, rigen el juicio de suficiencia, pero no se aplican al juicio de equivalencia, que tiene sus exigencias propias derivadas, no de lo previsto en el art. 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sino de las condiciones de validez del acto representativo sujeto a una forma imperativa por la ley española (arts. 10.11º y 11 Cc). En suma, el juicio de equivalencia implica en todo caso, a diferencia del juicio de suficiencia, la aplicación de la ley extranjera. En efecto, como tiene señalado la propia DGRN en reiterada doctrina, recogida asimismo en las resoluciones de 23 de febrero de 2015, 29 de julio de 2015, 14 de septiembre de 2016, 7 de septiembre de 2018, 4 de junio de 2020 y 19 de noviembre de 2020, entre otras, el juicio de equivalencia implica en particular comprobar que, conforme a la ley extranjera del notario interviniente, el poder se ha otorgado en documento público por una autoridad pública investida de fe pública, que ha existido un juicio de identidad y capacidad de los otorgantes, inmediatez en el otorgamiento del acto¹² y, en general, una intervención “equivalente” a la de un notario español¹³. A pesar de ello, la DGSJyFP exonera al notario de que haga siquiera mención del contenido del Derecho extranjero que permite concluir en dicha equivalencia, sobre la simple base de que su juicio de suficiencia conlleva el juicio previo de equivalencia.

9. En sentido contrario, en otros casos el centro directivo ha exigido, bajo la inaplicación al Derecho extranjero del principio *iura novit curia* y el principio de necesidad de prueba, la acreditación del Derecho extranjero en

¹¹ BOE 19.11.2005.

¹² La inmediatez es consustancial al control de capacidad de los comparecientes. La declaración de voluntad debe hacerse en presencia del notario, pues es en ese momento en el que el notario debe apreciar la capacidad del declarante para el acto documentado.

¹³ La DGRN y la DGSJyFP, aunque solo para la equivalencia de documentos inscribibles, ha incidido en la necesidad de que la equivalencia comporte un análisis de la función de control de legalidad realizada por el notario, de forma que dicha equivalencia queda descartada si el notario no tiene conocimientos legales o carece de capacidad para hacer advertencias y tachas legales a las partes. En el caso de los poderes de representación, la exigencia de documento público como condición de eficacia en el sistema español no puede abstraerse del propio alcance del mandato, de forma que es particularmente relevante que el notario pueda hacer advertencia al poderdante en especial de las consecuencias y el alcance del poder que confiere al apoderado a través de dicho acto.

supuestos en que procedía la consideración de oficio por el notario y el registrador de tal Derecho. El ejemplo puede encontrarse en la Res. DGRN de 14 de marzo de 2014. Se suscitaba, básicamente, el rechazo por el Registrador Mercantil de la inscripción de una escritura pública de traslado a España del domicilio de una sociedad con sede en Gibraltar. La cuestión controvertida giraba en torno a la exigencia por el Registrador de informe de experto independiente acreditando que su patrimonio neto cubre la cifra de capital social, de conformidad con el art. 94.1º de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. El recurrente estimó que no resulta procedente al tratarse de una sociedad establecida en el Espacio Económico Europeo, exceptuada de dicho requisito conforme al mismo precepto. La DGRN confirmó la calificación registral sobre la base, en primer lugar, de que no se había acreditado por la recurrente la aplicación a Gibraltar del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en que el art. 355.3º hace depender dicha aplicación territorial del hecho de que las relaciones exteriores de Gibraltar dependan del Reino Unido, circunstancia que no ha sido probada; y, en segundo lugar, que un Protocolo de Adhesión de 1993 citado, que sustentaría la pertenencia de Gibraltar al Espacio Económico Europeo, no se ha acreditado ni tiene por qué constar al Registrador. A la hora de determinar el ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en consecuencia, sus normas sobre establecimiento de sociedades, el art. 355.3º utiliza el criterio referido a la sujeción del territorio a la política exterior de un Estado Miembro. Es cierto que, *stricto sensu*, es el Derecho público británico y el propio Derecho de Gibraltar el que determina la sujeción de la política exterior de Gibraltar al Gobierno británico. Sin embargo, el art. 355.3º TFUE no es una norma de conflicto, sino una norma de Derecho europeo primario que debe ser aplicada e integrada de oficio por las autoridades españolas, incluso si el hecho determinante de su aplicación implica el conocimiento del Derecho extranjero. Por otra parte, la aplicación del TFUE y de las normas sobre establecimiento de sociedades a Gibraltar es un hecho relativamente notorio, confirmado por sentencias del TJUE como la de 23 de abril de 2013, en el Asunto C-212/11 (*Jyske Bank Gibraltar Ltd/ Administración del Estado*). En consecuencia, es recomendable que los registradores comprueben de oficio el Derecho extranjero cuando, como es el caso, su consideración determina la aplicación de normas europeas, particularmente de carácter primario u originario, así como de normas nacionales que pueden resultar contrarias al Derecho “constitucional” europeo e implicar la responsabilidad del Estado español cuando son inaplicadas, por restringir indebidamente las libertades de circulación europeas.

IV. MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Numerus apertus

10. La doctrina de la DGSJyFP es constante y unánime a la hora de significar el carácter meramente ejemplificativo de los medios de prueba reseñados en el art. 36 del RH. Por una parte, se suele hacer referencia en las resoluciones a los medios referidos en dicho precepto:

*“Respecto a la forma en que estos extremos han de ser probados, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en interpretación de los arts. 36 del Reglamento Hipotecario y 168.4 del Reglamento Notarial. Se exige informe consular o diplomático con las correspondientes formalidades según su procedencia –si fuera posible su obtención– o bien la construcción documental de la prueba por el notario, con el alcance en cada caso exigible (siendo reiterado por este Centro Directivo el necesario conocimiento que deben tener notarios y registradores de las herramientas que facilita la Comisión europea, si se trate de Derecho material europeo, cuando proceda). El notario deberá realizar el correspondiente juicio al respecto”.*¹⁴

La DGSJyFP, al interpretar el art. 36 RH, indica, por una parte, que su ámbito de aplicación va más allá de la prueba de “las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto”, pues, como señala ya la Resolución DGRN de 1 de marzo de 2005, “*resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable*”.¹⁵ En contrapartida, se interpreta de forma inequívoca que “*la enumeración expuesta no contiene un “numerus clausus” de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados*”¹⁶.

Procede, pues, abordar qué medios de prueba, además de los mencionados en el art. 36 RH, suelen aceptarse o emplearse para la prueba del Derecho extranjero en el procedimiento registral.

¹⁴ *V.gr.*, resoluciones DGRN 3 de febrero de 2014 y de 15 de febrero de 2016; Res. DGSJyFP de 5 de septiembre de 2022.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, resoluciones DGRN 23 de marzo de 2018; Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020.

¹⁶ *Vid.* resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 26 de junio de 2012, 3 de febrero de 2014, 23 de julio de 2015, 15 de febrero de 2016, 23 de marzo de 2018, 7 de noviembre de 2019; Res. DGSJyFP 28 de julio de 2020.

2. Medios de prueba documentales

11. El art. 36 RH hace referencia, por un lado, a los documentos o certificados emitidos por las autoridades consulares o diplomáticas españolas, como ha recordado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria nº 16/2014, de 7 de enero, así como los expedidos por cónsules, diplomáticos o “funcionario competente” del país cuyo Derecho debe ser probado.

12. En segundo término, el art. 36 del RH prevé que un notario español está autorizado para informar sobre el contenido del Derecho extranjero¹⁷. Con mayor motivo debe estarlo un notario del país cuyo Derecho debe ser probado, al que podría considerarse “funcionario competente”, siempre que tenga funciones equivalentes a las de un notario español. Así lo reconoce, por ejemplo, la Res. DGSJyFP de 13 de mayo de 2022, al señalar que *“sólo puede entenderse medio probatorio indubitado el que procede de funcionario del país de origen, generalmente funcionario diplomático en funciones consulares, pero también notario”*. Sobre esta base, la Res. DGRN de 14 de marzo de 2019¹⁸ consideró suficiente que el notario español autorizante hubiese dado por buena la prueba del Derecho sucesorio sueco sobre la base del informe de un notario sueco. La afirmación no es criticable, salvo que hubiese sido preciso establecer si el informe de un *notarius publicus* sueco es equivalente al informe de un notario español o, por el contrario, debe considerarse como un informe pericial de naturaleza privada, lo que altera la fuerza probatoria del documento, como veremos en el epígrafe siguiente.

13. A los medios documentales tradicionales se suman algunos recursos electrónicos. La DGSJyFP es especialmente insistente en la importancia de

¹⁷ Vid. in extenso J. C. Fernández Rozas: “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, Madrid, 1996, pp. 195–207.

¹⁸ “6. El segundo defecto, ligado al anterior, consiste en que, a juicio de la registradora, no se ha probado el Derecho sueco. Realmente hubiera sido deseable, en correcta técnica, que el notario autorizante realizara un juicio expreso en el cuerpo de la escritura, sobre la prueba de la ley aplicable a la sucesión. No obstante, de la lectura del documento resulta que da por probado el mismo por referencia al juicio de ley de notario sueco que acompaña a la copia autorizada formulado directamente en español y apostillado. Es sabido que el art. 36 del Reglamento Hipotecario tiene el carácter de norma especial en materia de cooperación jurídica civil y mercantil (disposición adicional primera de la Ley 29/2015) como todas las reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en aquella ley. Por ello nada impide que el notario español haya formado su convicción aceptando un documento notarial extranjero que expresa un juicio sobre la prueba del Derecho y las leyes sucesorias suecas. Sin que quepa olvidar, como ha reiterado este Centro Directivo que, tratándose del Derecho sucesorio de un Estado miembro y existiendo instrumentos suficientes para la prueba del mismo, es de sencilla comprobación si fuera puesta en duda. Por lo que el defecto no puede ser mantenido”.

que notarios y registradores se sirvan de las herramientas electrónicas, particularmente para el conocimiento de los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Como señala la Res. DGSJyFP de 10 de febrero de 2021:

*“8. Es preciso recordar tanto a notarios como a registradores la aplicación actualmente del Derecho europeo como parte del ordenamiento jurídico español y singularmente de los Reglamentos de la Unión en las materias propias de su competencia. El presente supuesto es ejemplo de la utilidad que supuso para los ciudadanos europeos la entrada en aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012 y la simplificación con él de los procedimientos internacionales. En todo caso, la existencia de herramientas como el Portal oficial europeo e-justicia, administrado por la Comisión europea, sin duda ayuda al conocimiento de los derechos materiales de los demás Estados miembros, como en este caso, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (Art. 36, relativo a la información del derecho extranjero), sino a los medios que proporciona, en el ámbito de la Unión Europea las herramientas informativas mencionadas”.*¹⁹

Muchas otras resoluciones²⁰ advierten a notarios y registradores de la necesidad de familiarizarse con tales herramientas para poder avanzar en el conocimiento de los sistemas jurídicos de la Unión Europea:

*“[E]ste Centro Directivo ha recordado reiteradamente (...) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de avanzar en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos más usuales en la práctica jurídica en España, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, en el ámbito europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. El fácil acceso a las bases de datos jurídicas de otros Estados miembros facilita tanto que los notarios, en ejercicio de las competencias atribuidas en la Ley puedan emitir informes relativos al derecho extranjero, como que los registradores, puedan motivar adecuadamente su decisión facilitando en ambos casos el tráfico jurídico de bienes y servicios en un entorno, como el presente, en el que la existencia de un elemento de extranjería es elemento normal del negocio jurídico, contribuyendo así a afianzar el desarrollo de uno de los pilares esenciales de la construcción europea. En este sentido, no cabe desconocer, por ejemplo, con el valor de herramienta informativa, el portal <https://e-justice.europa.eu>, gestionado por la Comisión Europea”*²¹.

¹⁹ Vid. también, por ejemplo, Res. DGSJFP 28 de julio de 2020.

²⁰ V.gr., resoluciones DGRN 15 de febrero de 2016, 22 de julio de 2016, 5 de enero y 17 de abril de 2017, 7 de septiembre y 18 de diciembre de 2018 y 7 de noviembre de 2019: resoluciones DGSJyFP 28 de julio de 2020, 28 de septiembre de 2020 y 11 de mayo de 2022.

²¹ Sobre herramientas como las redes ELNR y ELRA, vid. M. T. Touriñán Morandeira, “Art. 35”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, València, Tirant-lo-blanch, 207, pp. 421-422.

En todo caso, como reconoce la propia Resolución DGSJyFP de 13 de mayo de 2022, sería muy cándido pensar que con los instrumentos europeos referidos se pueden resolver la mayoría de las cuestiones de prueba del Derecho extranjero que aparecen en el procedimiento registral.²²

3. Medios de prueba periciales

14. En contraste con el valor probatorio de las certificaciones diplomáticas, notariales o emitidas por una autoridad pública, cualquier otro certificado o informe pericial de Derecho extranjero que no provenga de una autoridad pública extranjera, sino de un jurista, abogado, profesor o experto, se considera como un informe “privado” que no produce prueba plena, sino que está sujeto a “valoración de su admisión”. Así, en el supuesto resuelto por la Res. DGSJyFP 13 de mayo de 2022, la prueba documental presentada consistía en un informe realizado por un abogado colegiado checo, por lo que *“no puede encuadrarse dentro de los medios de acreditación del contenido y vigencia del Derecho aceptados en el ordenamiento hipotecario español quedando al juicio del registrador su admisión o rechazo”*.²³ La misma apreciación compete, en primer término, al notario al que se le presenta un informe privado del Derecho extranjero; en este sentido, indica la Res. DGSJFP 10 de febrero de 2021, respecto de un informe firmado por abogado eslovaco, asumido por el notario autorizante, *“que hará el correspondiente juicio de ley con base en su convencimiento por la prueba practicada”*.²⁴

²² “3. Es doctrina de esta Dirección General, con relación a la prueba de la legislación extranjera alegada, que ni el registrador ni el notario están obligados a conocer, con el detalle requerido en el ejercicio de sus funciones, la ley extranjera. Por lo que, si bien es cierto que en el ámbito del Derecho europeo las webs de la Comisión europea (como referente el Portal europeo de e-justicia <https://e-justice.europa.eu/home?plang=es&action=home>) son útiles herramientas que permiten un acercamiento a ciertas áreas de Derecho material europeo relevantes, en concretos instrumentos – como es el Reglamento (UE) n.º 650/2012 o los reglamentos (UE) 2016/1103 o 2016/1104–, la normativa y la interpretación nacional de ésta, en temas de la complejidad del que aquí se detalla, deben ser adecuadamente probados, en el ámbito notarial y registral, en los términos del art. 36 del Reglamento Hipotecario”.

²³ En el mismo sentido, Res. DGRN 23 de marzo de 2018.

²⁴ La prevalencia de los certificados de las autoridades públicas, españolas o extranjeras, sobre los informes “privados” ha llevado en ocasiones a resultados poco deseables. Así, se ha aportado en ocasiones el informe erróneo del Cónsul General de España en Suecia acerca de la equivalencia de funciones del *notarius publicus* sueco, mientras que la DGSJyFP omitió los informes en sentido contrario emitidos por académicos tanto suecos como españoles (Resolución DGRN 18 de diciembre de 2018).

Más reticente aún se muestra el centro directivo respecto de los informes que emite la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores. En la Res. DGRN 18 de diciembre de 2018, en que se dilucidaba la equivalencia de funciones de los *notarius publicus* sueco. Como informe pericial, la DGRN niega fuerza probatoria plena a dichos informes y consultas, lo que es admisible. Sin embargo, su tenor muestra una mayor reserva o restricción de los medios tradicionales de prueba de los que puede hacer uso el registrador respecto de aquellos que están al alcance del notario. En la práctica, obliga al registrador a una labor costosa y escasamente razonable, tendente a aportar una prueba fehaciente del Derecho extranjero limitada, se supone, a la que pueda obtener a través de la autoridad de informes consulares o autoridades del país de origen o por vías institucionalizadas similares. En suma, la Resolución ata definitivamente las manos del registrador, en bien supuestamente de facilitar las transacciones internacionales y repercutir toda la calificación, y también toda la responsabilidad, en los notarios autorizantes:

“Por otra parte, aunque –como ha quedado expuesto– el registrador puede en su calificación disenter de la equivalencia apreciada por el notario, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo, sin que –como ocurre en el caso del presente recurso– baste la cita aislada de una ley sueca, y mucho menos la respuesta a una consulta formulada al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España (siendo cualquier actividad formativa o informativa colegial bienvenida en la necesaria especialización internacional de los notarios y registradores, carece de valor alguno a efectos de este expediente la aludida respuesta, a lo que debe añadirse que, al ser la calificación registral autónoma e independiente, carece dicho informe de efecto vinculante alguno). Y es que sobre este punto no puede prevalecer una interpretación de dicha ley realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene atribuida, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la equivalencia de funciones de la notaria extranjera en la documentación de la denominada escritura de poder exhibida”.

4. Mecanismos de cooperación internacional en la prueba del Derecho extranjero

15. El auxilio judicial internacional entre autoridades no judiciales goza de un tratamiento convencional muy notable, fundamentado en varios motivos: en primer término, gran parte de los textos convencionales dedicados a la asistencia judicial internacional son aplicables por extensión o indirectamente a la cooperación entre autoridades no judiciales. En

segundo lugar, existen una serie de convenios internacionales tanto multilaterales como bilaterales, que, si bien en muchos casos no regulan específicamente la cooperación internacional de las autoridades extrajudiciales, contienen disposiciones tendentes a facilitar dicho auxilio, e incluso a eliminar la necesidad del mismo, en especial lo suscritos bajo el auspicio de la CIEC. Por último, en determinadas materias de tráfico externo existen textos institucionales y convencionales específicos que establecen sistemas de cooperación de autoridades, a menudo creadas o instituidas por los propios Tratados.

16. En el ámbito de la información del Derecho extranjero destaca, en primer término, el Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, firmado en Londres el 7 de junio de 1968, al que se adhirió España en 1973. El Convenio establece un sistema de auxilio judicial y de colaboración internacional en materia de información del Derecho extranjero a través de un ágil mecanismo: cada país designa un único órgano de recepción, que es el encargado de recibir las peticiones de los países extranjeros que solicitan información sobre su sistema jurídico. Una vez obtenida la respuesta, esta se remite al correspondiente órgano de recepción del otro país, a través de los órganos de transmisión, que pueden ser varios o encomendarse su labor al propio órgano de recepción de cada Estado. El Estado requerido está obligado a responder salvo cuando sus intereses estuvieren afectados por el litigio con ocasión del cual hubiere sido formulada la petición, o cuando se estime que la respuesta pueda atentar a su soberanía o a su seguridad (art. 11). La respuesta, que deberá ser facilitada lo más rápidamente posible (art. 13), ha de estar basada en textos legales o en decisiones jurisprudenciales y, en determinadas ocasiones, será acompañada, además de los documentos complementarios que se consideren necesarios, de comentarios explicativos, etc. De esta forma, la autoridad judicial de un Estado puede obtener de otro Estado una respuesta concreta, imparcial y objetiva sobre la norma que pretenda conocer (art. 7)²⁵. La necesaria intermediación de una autoridad judicial en la solicitud de

²⁵ El Convenio de 1968 ha sido completado por un Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 cuya finalidad es ampliar el sistema de asistencia mutua internacional establecida por aquél. Este texto, del que también es parte España desde 1982, fija un deber de información para los Estados parte que no solamente afecta a un Derecho sustantivo o procesal, sino a su organización judicial en la esfera penal, con inclusión del Ministerio Público, y su legislación sobre la ejecución de las medidas penales. Dicha información podrá ser solicitada no solo por los tribunales, sino también por cualquier autoridad competente para instruir procedimiento o ejecutar sentencias firmes con efecto de cosa juzgada; el art. 2 no restringe la solicitud de asistencia al período posterior a la iniciación del procedimiento, sino que posibilita la demanda de información cuando se prevea la instrucción de dicho procedimiento.

información (art. 3.1^º) restringe la utilidad de este Convenio en el marco de la cooperación extrajudicial.

Al margen del Convenio del Consejo de Europa, en el marco de la Unión Europea la cooperación para obtener información acerca del Derecho extranjero se ha visto reforzada tras la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, por *Decisión del Consejo 2001/470/CE* de 28 de mayo de 2001. Esta institución ha de canalizar la información sobre el contenido del Derecho de los Estados miembros cuando resulten de aplicación las normas de Derecho aplicable europeas.

En este marco multilateral, destaca asimismo la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y del que son parte, además de España, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se trata de un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP II que establece un sistema de cooperación entre los Estados para acreditar el texto, vigencia, sentido y alcance legal de los respectivos Derechos, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido. El mecanismo puede actuarse directamente a través de las autoridades judiciales o a través de la autoridad central de cualquiera de los dos Estados y cabe su extensión a autoridades no judiciales (art. 4).

A estos instrumentos se unen algunas normas presentes en convenios bilaterales de cooperación jurídica.²⁶ Con todo, se trata de textos que

²⁶ Dentro de este contexto de cooperación y de extensión de las facilidades para el conocimiento del Derecho extranjero, debe tenerse en cuenta el Acuerdo hispano-mexicano de 1 de diciembre de 1984 para el intercambio de información sobre los respectivos ordenamientos jurídicos, que supone una nueva experiencia en la materia, aunque de limitado alcance, pues el propio texto convencional determina las áreas jurídicas objeto de la comunicación y, de no existir el correspondiente asesoramiento continuado, el intercambio de información se reduciría a un mero canje de publicaciones oficiales. Igualmente, debe tener presente el régimen bilateral de información jurídica previsto en el art. 10 del Convenio entre España y Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 de mayo de 1987; arts. 31 a 33 del Convenio entre España y Brasil sobre cooperación jurídica en materia civil de 13 de abril de 1989; art. 25 del Convenio entre España y Bulgaria de 23 de mayo de 1993 de asistencia judicial; arts. 5 y 13 del Convenio entre España y la URSS de 26 de octubre de 1990 sobre asistencia judicial en materia civil; art. 27 del Convenio entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987 de cooperación jurídica; art. 27 del Convenio entre España y China de 2 de mayo de 1992 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil; arts. 33 a 37 del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa; art. 17 del Convenio entre España y Tailandia de 15 de junio de 1998 de asistencia judicial en materia civil y mercantil; art. 26 del Convenio entre España y Túnez de 24 de septiembre de 2001 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales; art. 16 del Convenio entre España y la República Dominicana de 15 de septiembre de 2003 de asistencia judicial en materia civil y mercantil; art. 21 del Convenio entre España y Argelia de 24 de febrero de 2005 relativo a la asistencia judicial

regulan la asistencia estrictamente judicial, por lo que en el mejor de los casos los registradores y notarios solo pueden acceder a este mecanismo a través de una autoridad judicial, de la que siempre debe emanar la petición de datos (*ad ex*. Art. 3.1º Convenio de Londres), si bien el art. 3 Convención de Montevideo permite que los Estados parte extiendan este mecanismo a autoridades no judiciales.

17. Por el contrario, los arts. 34 a 36 LCJIMC han introducido un régimen común de asistencia judicial y extrajudicial internacional referida específicamente a la información del Derecho tanto extranjero como español, que podrá venir referida “al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante” (art. 34).

Conforme al art. 35 de la LCJIMC, las solicitudes de información de Derecho extranjero pueden ser cursadas por los órganos jurisdiccionales, notarios y registradores bien a través de comunicación directa, bien utilizando la intermediación de la autoridad central española (Ministerio de Justicia). En ese último caso, la autoridad central española remitirá la solicitud a la autoridad central extranjera, si existiera, y en otro caso utilizará el conducto consular o diplomático. La consulta puede contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante. Las solicitudes de información deberán especificar la autoridad requirente con mención de su dirección postal o electrónica, la naturaleza del asunto, una exposición detallada de los hechos que motivan la solicitud y los concretos elementos probatorios que se solicitan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida. Podrán unirse a la solicitud de información copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance. La parte solicitante deberá asumir, en su caso, los costes que se deriven de la solicitud.

Por su parte, el art. 36 LCJIMC regula, a través de un régimen muy similar al anterior, la prestación de asistencia judicial internacional a las autoridades extranjeras en orden a la información sobre Derecho español. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, corresponde a la autoridad central española la atención de estas solicitudes, si bien puede optar por responder directamente o por remitir la solicitud a organismos públicos o privados.

en el ámbito civil y mercantil; y art. 21 Convenio entre España y Mauritania de 12 de septiembre de 2006 relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil.

La Res. DGRN 19 de junio de 2018 invita a los registradores a utilizar los “*mecanismos para información de Derecho, que prevé la Ley 29/2015, de 30 de junio, sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, en sus arts. 33 a 35*”. Sin embargo, es una invitación poco realista. Estos mecanismos son costosos, lentos y, a la postre, no siempre eficientes, por lo que su utilización en el ámbito no jurisdiccional no se compadece ni con los intereses de las partes, que deben abonar los costes de traducción y tramitación, ni con el respeto a los plazos de calificación y a un funcionamiento razonable de los registros. Finalmente, el sistema acaba repercutiendo en los notarios, y finalmente en los registradores, la labor de indagación y conocimiento del Derecho extranjero. Al notario le basta con señalar que conoce el Derecho extranjero y el título o la escritura se compadece con él. Pero, al margen de supuestos más o menos recurrentes y claros, el registrador no puede oponer sus dudas ante la ausencia o débil acreditación del Derecho extranjero. En su calificación, debe hacer constar las razones por las que discrepa de la interpretación del Derecho extranjero por el notario, lo que implica una indagación activa del contenido del Derecho extranjero, que hoy por hoy no cuenta con herramientas institucionales adecuadas.

5. Conocimiento de oficio por el registrador

17. El propio art. 36 RH prevé que “[e]l Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”. Así lo subraya la doctrina constante del centro directivo, enfatizando el carácter meramente facultativo de esta solución²⁷, tanto para registradores como para notarios. Evidentemente, la prueba del Derecho extranjero no puede fundarse en el criterio o conocimiento de los comparecientes o declarantes, aunque en alguna ocasión el centro directivo ha parecido insinuarlo²⁸.

18. Esta facultad del registrador se materializa en dos supuestos. En primer lugar, puede servir para corregir la indeterminación del contenido del Derecho extranjero por parte de notario. El caso característico es el previsto en el art. 92 RH. En todo caso, el registrador puede hacer valer su conocimiento privado de la ley aplicable para inscribir un bien como privativo cuando es adquirido por uno de los cónyuges, si conoce que el régimen legal, por ejemplo, en el Reino Unido o en Alemania, implica la

²⁷ *Ad ex.* resoluciones DGRN 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero. 1 de marzo de 2005) y 23 de marzo de 2018; resoluciones DGSJyFP 28 de julio de 2020, 10 de febrero de 2021 y 2 de febrero de 2022.

²⁸ Resolución de la DGRN 19 de octubre de 2018.

separación de bienes o la mera participación en las ganancias. También puede denegar la inscripción en el caso de una adquisición conjunta, si tiene conocimiento de que, conforme a la ley aplicable, rige un régimen de separación que exige especificar las cuotas respectivas en la adquisición²⁹. Así, en el recurso que dio lugar a la resolución DGSJyFP 2 de enero de 2022 pretendía inscribirse la compraventa de una finca por dos cónyuges de nacionalidad india de conformidad con su régimen legal de bienes, al amparo del art. 92 RH. La registradora estimó que en el Derecho indio no existe propiamente un régimen de bienes del matrimonio. Al igual que ocurre, por ejemplo, en el Derecho inglés o en el Derecho islámico, cada cónyuge conserva la propiedad privativa de sus bienes adquiridos a cualquier título antes o constante el matrimonio, y los conservan sin limitaciones una vez disuelto, por lo que debe constar la proporción con que adquiere cada cónyuge. La DGSJyFP confirma la interpretación del Derecho indio por parte de la registradora. Señala que, de acuerdo al art. 159 RN, el notario puede estimar, a la luz de las declaraciones de los cónyuges, que no existen capitulaciones matrimoniales y proceder en consecuencia al otorgamiento de la escritura indicando la sujeción de los cónyuges al régimen legal de bienes de la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que sí debe estar determinada por el notario, dada la obligación de aplicar las normas de conflicto del sistema español (art. 12.6º Cc).

En efecto, el art. 92 del RH da respuesta a la dificultad de averiguar el contenido del Derecho extranjero, a cuya acreditación no están obligados los notarios o registradores, difiriendo su determinación al momento de disposición del bien, cuya adquisición se inscribe genéricamente conforme al régimen de bienes de los cónyuges. No obstante, como también ha indicado la DGSJyFP en otras resoluciones:

“la aplicación del art. 92 RH no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Por ello, en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirientes del bien objeto de inscripción, conforme al art. 54 RH”. De esta forma, cuando el registrador constata que conforme a la ley aplicable existe un sistema de separación “no existe la posibilidad de inscribir conforme resulte de la aplicación del Derecho extranjero, por no haberse hecho constar la cuota de adquisición de cada cónyuge, ya que no debe presumirse que la adquisición sea por partes iguales, como también ha puesto de manifiesto este Centro

²⁹ Resoluciones DGRN 31 de agosto de 2017, 7 de septiembre de 2018, 1 de marzo de 2019, de 10 de junio de 2020; resoluciones DGSJyFP 28 de septiembre de 2020, 29 de octubre de 2020 y 2 de febrero de 2022.

*Directivo en reiteradas ocasiones, lo que lleva al necesario cumplimiento de lo dispuesto en el art. 54^o*³⁰

Contrasta este razonable criterio, que atiende al principio de la seguridad jurídica y la veracidad de las inscripciones, con las muchas dificultades que impone la doctrina de la DGSJyFP al conocimiento por el registrador de los elementos de juicio que llevan al notario a determinar la ley aplicable³¹. Basta, a tal efecto, con que el notario la haga constar, sin reflejar los elementos de hecho o de derecho que le llevan a tal conclusión. La ley aplicable condiciona y predetermina el régimen legal de los bienes matrimoniales, por lo que no tiene mucho sentido que el registrador pueda corregir al notario sobre el Derecho indio, pero no tenga elementos de juicio para determinar si el Derecho indio debe ser el efectivamente aplicado.

De forma lamentable, la SAP Málaga 4^a, nº 28/2023, de 20 de enero de 2023, mediante una interpretación literal del art. 92, ha venido a desautorizar la posibilidad de que el registrador se pueda oponer a una inscripción basada en el art. 92 RH haciendo valer su conocimiento del concreto régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges. La decisión de la Audiencia revela un desconocimiento palmario del sentido del art. 92 del RH: el art. 92 RH introduce una facultad que opera si existe una falta prueba y desconocimiento del Derecho extranjero por el notario y el registrador (art. 36 RH); en realidad, introduce como excepción un déficit de seguridad jurídica en favor de la dinamización de la inscripción, difiriendo el momento de la determinación del contenido del Derecho extranjero al momento de la enajenación del bien. Si hay constancia del Derecho extranjero, la excepción al principio de necesidad de prueba del Derecho extranjero (art. 36 RH) y, por tanto, a la seguridad jurídica, carece de sentido. Es suma, procede mantener la doctrina de la DGSJyFP hacia un principio de interpretación restringida del alcance del art. 92 RH, siempre en relación con el art. 36 RH.

19. En segundo lugar, la facultad del registrador de hacer valer su conocimiento privado puede servir para contradecir la interpretación del contenido del Derecho extranjero que ha dado el notario. Como indica la doctrina registral, la calificación registral alcanza una nueva valoración de la prueba, de forma que, si no es aceptada la que consta en el documento notarial, deberá, razonadamente, formular en su calificación el correspondiente defecto que impida la inscripción.³² La trascendencia de

³⁰ *V.gr.*, Res. DGSJyFP 10 de junio de 2020.

³¹ *Vid.*, por ejemplo, la misma resolución DGRN de 7 de septiembre de 2018.

³² Resoluciones DGRN 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero de 2005, 1 de marzo de 2005, 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 26 de junio de 2012, 14 de noviembre de 2012, 3 de

este criterio es que el registrador no puede suspender la inscripción por el mero hecho de que considere insuficiente la prueba del Derecho extranjero o defectuosa su valoración por el notario, sino que está obligado a indagar sobre el Derecho extranjero para poner de manifiesto de forma convincente las deficiencias de la calificación por el notario. A título de ejemplo la Res. DGRN de 14 de noviembre de 2012 observa que la registradora no suplió dichas deficiencias con su conocimiento privado, ni tampoco suspendió la inscripción amparándose en dichas deficiencias, sino en una aplicación indebida de criterios extraídos de la legislación española e italiana que no eran aplicables al caso, por lo que estima el recurso y considera improcedente la suspensión.³³ Más gráfico a este respecto en el fundamento en que la Res. DGRN 20 de julio de 2015 advierte de la pasividad del registrador:

“Del derecho alemán transcrito por el notario autorizante resulta la ley aplicable por aplicación de la norma de conflicto, la ley aplicable a las persona naturales (arts. 7 y 25 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán, EGBGB), las normas relativas a la aplicación del régimen económico matrimonial legal de Alemania (arts. 1363, régimen de participación; 1371, repartición de los bienes en caso de muerte; 1372, repartición de lo adquirido durante

febrero de 2014, 20 de julio de 2015, 28 de octubre de 2015 15 de febrero de 2016, 3 de mayo de 2016, 6 de junio de 2016, 23 de marzo de 2018, 7 de noviembre de 2019; resoluciones DGSJyFP 28 de julio de 2020, 10 de febrero de 2021 y 5 de septiembre de 2022.

³³ “Ahora bien, lo que sucede en este caso es que la registradora, sin haber dispensado expresamente de la prueba del Derecho extranjero aplicable por tener conocimiento suficiente y directo de su contenido y vigencia, tampoco la ha exigido como fundamento de su calificación. La sujeción de la sucesión a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (cfr. art. 9.8 del Código Civil), unido a la limitación del reenvío a la Ley española (art. 12.2 del Código Civil, y Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002), determina que siendo el causante de nacionalidad belga, es al Derecho belga al que hay que acudir para dirimir la posición que a cada uno de los interesados en la operaciones de avalúo, inventario, liquidación y adjudicación de los bienes corresponde. Por tanto, no puede negarse el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura en que se documenta las operaciones particionales de los bienes relictos, con base en fundamentos resultantes de la aplicación del Derecho sucesorio español o italiano. Ciertamente la registradora para suspender la inscripción, conforme a la doctrina antes reseñada, debería haber exigido la acreditación de que con arreglo al Derecho belga puede ser otorgada unilateralmente la escritura por una de las coherederas en los términos en que se ha efectuado, o haber razonado, tras una indagación del contenido del Derecho sucesorio belga, la imposibilidad de dicha actuación unilateral, con apoyo en las disposiciones legales y/o interpretaciones judiciales oportunas. Pero lo que no procede es negar la inscripción, sin una aseveración de conocimiento de la legislación aplicable, por la no concurrencia de uno de los interesados en la sucesión, o por la existencia de un supuesto derecho de reversión o reserva de los bienes a favor de la línea de la que proceden, pues dicha denegación carece de un fundamento previo, que constituye una premisa lógico-jurídica básica e imprescindible, como es la del conocimiento y cita del Derecho aplicable al caso, el cual, a falta de prueba de su contenido y vigencia, no puede ser desplazado y suplido en sede extrajudicial, como se ha indicado «supra»(, por el Derecho material español (y menos del italiano), solución que en los procesos propiamente judiciales viene impuesto por las exigencias derivadas del principio de tutela judicial efectiva”.

la vigencia del régimen de bienes en los demás casos; 1408, capitulaciones matrimoniales, libertad contractual; 1409, limitación de la libertad contractual; 1410, forma de las capitulaciones matrimoniales; 1412, eficacia frente a terceros; 1414 comienzo del régimen de separación de bienes, y 1415, régimen de comunidad de bienes, acuerdo mediante contrato matrimonial del BGB) y las normas relativas al derecho sucesorio (art. 1922, sucesión; art. 1923, capacidad para ser heredero; art. 1937, disposición testamentaria; art. 1941, contrato de herencia; art. 1942, transmisión de la herencia; art. 1944, período de repudiación; art. 1945, forma de la repudiación; art. 1946, fecha para la aceptación de la repudiación; art. 1952, derecho del heredero a repudiar la herencia; art. 2353, certificado sucesorio; art. 2354, indicaciones sobre la concesión del certificado sucesorio; art. 2356, prueba de la exactitud de las indicaciones; art. 2358, investigación del Tribunal de testamentarias; art. 2359, condiciones para la concesión del certificado sucesorio; art. 2365, presunción de legitimación del certificado sucesorio, y art. 2366, presunción de exactitud del certificado sucesorio, del BGB). Si el registrador entendiérase que de alguno de dichos preceptos no se deriva la conclusión de que el compareciente es heredero y puede actuar en tal concepto a los efectos de modificar el contenido del Registro tendría que haber expresado el motivo concreto de su rechazo y, entonces sí, exigir prueba adicional de porqué el sentido, alcance o interpretación de una norma debiera ser uno y no otro de acuerdo a la jurisprudencia, en este caso, de Alemania”.

Nótese como de esta resolución parece inferirse que al notario le basta con citar los preceptos legales en que se basa su juicio sobre el contenido del Derecho extranjero, mientras que al registrador no le basta con poner en cuestión o considerar insuficiente tal cita aislada de preceptos, sino que debe justificar cuál sería el contenido alternativo del Derecho extranjero cuya prueba se impugna. La resolución DGRN 26 de julio de 2016 formula de forma más nítida este criterio sobre la motivación que debe hacer constar el registrador en su calificación procediendo a la suspensión de la inscripción por falta de prueba del Derecho extranjero, pues debe, en todo caso, motivar y argumentar de forma concreta, sin referencias genéricas, las razones de su rechazo de la prueba del Derecho extranjero. Recuerda la DGRN, que la Ley de Cooperación Jurídica en Materia Civil, de aplicación subsidiaria, *“fundamenta la cooperación de autoridades extrajudiciales conforme al principio general basado en la cooperación y flexibilidad (art. 3), lo que impide rechazar la prueba ad nutum”*. En idéntica línea la Res. DGSJFP 28 de julio de 2020, observa que *“de los términos de la escritura calificada y de la calificación impugnada resulta que esa falta de acreditación no ha sido suplida por una indagación o conocimiento directo del citado derecho extranjero por parte del notario autorizante ni de la registradora, lo cual constituye una facultad, pero no una obligación de los mismos”*.

Del mismo modo, la Res. DGSJFP 10 de febrero de 2021 concluye que

“[s]i el registrador disiente, deberá motivar expresamente las razones por afirmar conocer, también bajo su responsabilidad, la legislación extranjera aplicable y, no habiéndose desvirtuado tal afirmación, el registrador ha de pasar por ella, lo que trae consigo la pertinencia de la inscripción.(...) Una interpretación del art. 36 del Reglamento Hipotecario

*acorde con la realidad social obliga a entender que cuando el notario es el funcionario autorizante hará un juicio de ley, con base en su conocimiento de la legislación extranjera o a la prueba practicada; y que si el registrador entendiese que del juicio emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero”.*³⁴

Argumenta la Res. DGRN 4 de marzo de 2019 que esta exigencia al registrador se justifica más si cabe en la medida en que, “tratándose del Derecho sucesorio de un Estado miembro y existiendo instrumentos suficientes para la prueba del mismo, es de sencilla comprobación si fuera puesta en duda”. Justo lo contrario que sugiere la Res. DGSJyFP de 10 de febrero de 2021, al reconocer que “si bien es cierto que en el ámbito del Derecho europeo las webs de la Comisión europea (como referente el Portal europeo de e-justicia <https://e-justice.europa.eu/home?plang=es&action=home>) son útiles herramientas que permiten un acercamiento a ciertas áreas de Derecho material europeo relevantes, en concretos instrumentos – como es el Reglamento (UE) n.º 650/2012 o los reglamentos (UE) 2016/1103 o 2016/1104–, la normativa y la interpretación nacional de ésta, en temas de la complejidad del que aquí se detalla, deben ser adecuadamente probados, en el ámbito notarial y registral, en los términos del art. 36 del Reglamento Hipotecario”.

20. La distinta vara de medir que emplea la DGSJyFP respecto de la calificación notarial y registral de la prueba del Derecho extranjero y de la intensidad con que debe justificarse su conocimiento privado no es, con todo, la mayor disfunción que produce la doctrina registral en el cumplimiento del principio de seguridad jurídica en el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero. Con diferencia, el mayor problema de la doctrina registral viene de negar al registrador la posibilidad de tener al alcance los elementos de juicio, puramente fácticos, que le permitan hacer su propia calificación acerca del Derecho extranjero.

21. Esta preocupante circunstancia, se produce, al menos, en dos supuestos: en primer lugar, en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, lo que se impide al registrador es cumplir con su obligación de aplicar de oficio la propia norma de conflicto del sistema español. La cuestión clave, en este punto, es si el notario debe o no hacer expresa, no solo la ley aplicable, sino también las circunstancias y puntos de conexión que le han llevado a ella, con el fin de que el registrador pueda tener constancia de esa determinación y, en suma, una posibilidad

³⁴ En el mismo sentido, Resolución DGRN 23 de marzo de 2018.

real de poder controlarla o amparar una calificación fundada sobre su criterio discrepante, como le pide la DGSJFP. Sin embargo, no parece que la DGSJFP esté por la labor de esta exigencia³⁵, de forma que bastaría la mera declaración del notario sobre su conclusión acerca de la ley aplicable para que el registrador hubiera de darla por buena. A este respecto el Reglamento (UE) n° 2016/1103, de 24 de junio de 2016, aconseja reforzar la seguridad jurídica preventiva en lo que respecta a la determinación tanto del régimen económico matrimonial concreto como de la ley aplicable que lo rige de forma indubitada. Conforme al art. 28 del Reglamento, la oponibilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial frente a terceros depende de la posibilidad de que el tercero pueda conocer dicha ley actuando con la debida diligencia, conocimiento que se presumirá si el régimen económico matrimonial consta en el registro en que radica el bien inmueble. Nótese que el art. 28.2º b) iii) no se refiere a la publicidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sino del “régimen económico matrimonial”. En consecuencia, para garantizar la eficacia del régimen económico frente a terceros, convendría que los notarios no solo hicieran constar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sino que advirtieran a las partes de los inconvenientes del art. 92 RH en tal sentido, procediendo a determinar de forma concreta el régimen de bienes conforme a la ley aplicable³⁶. Por otra parte, dada la importancia de la eficacia de la inscripción para la oponibilidad del régimen económico matrimonial frente a terceros, es relevante que el registrador pueda realizar una calificación que garantice la correcta determinación de dicho régimen, lo que no afecta solo al conocimiento del Derecho extranjero, sino también, y previamente, a la correcta determinación de la ley aplicada por el notario, lo que necesariamente implica que en la escritura se hagan constar los hechos fácticos sobre los que se ha realizado dicha determinación.

En efecto, *de lege ferenda* sería aconsejable que se impusiera la previa determinación del régimen económico matrimonial en el momento de la adquisición, en particular cuando se trate de cónyuges extranjeros residentes en España, haciendo uso en su caso de la posibilidad del acta de notoriedad a que se refiere el art. 53 LN. La resolución DGRN de 2 de abril de 2018 proporciona un ejemplo de los nocivos efectos de un abuso de la opción que brinda el art. 92 RH: Dos cónyuges de nacionalidad china compran una vivienda, haciéndose constar en dicho título que están casados

³⁵ V. gr., resolución DGRN 20 de diciembre de 2011.

³⁶ Vid. P. Jiménez Blanco, “La publicidad registral del régimen económico matrimonial transfronterizo”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor (Navarra), Cívitas-Thomson-Reuters, 2020, p. 415; H. Mota “La protección de terceros en el Reglamento (UE) 2016/1103”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVIII, 2018, p. 89.

entre sí en el régimen establecido en la legislación china y que compran en un 80 % la esposa y en el 20 % restante el esposo. La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, siendo el régimen legal chino el de comunidad y pretender comprar la finca transmitida con carácter privativo en la proporción indicada, debe acreditarse que conforme al Derecho de China los cónyuges pueden adquirir bienes inmuebles por cuotas privativas con su simple manifestación o con el consentimiento del consorte. El notario recurrente alega que la calificación incurre en el error de afirmar que en la escritura de compraventa los mencionados cónyuges compran la finca “con carácter privativo”, cuando en realidad lo que se expresa es que los compradores compran en determinada proporción, y, por tanto, es aplicable el art. 92 RH, de modo que deberá practicarse la inscripción de la adquisición de cada cónyuge “con sujeción al régimen matrimonial de la legislación china”. El recurso es estimado, pero lo cierto es que semejante inscripción no optimiza las garantías que debe proporcionar la publicidad registral. En un caso en que cada cónyuge participa en la adquisición con una cuota diferente, convendría que el notario procurara la determinación de la existencia o no de acuerdos prenupciales o post-nupciales, aptos para modificar las reglas generales del sistema chino sobre comunidad de bienes y establecer eventualmente el carácter privativo o separado, total o parcialmente, de los bienes adquiridos, acreditando al respecto las normas de la legislación china que determinan la validez sustancial o formal de tales acuerdos. Si esta acreditación se produce y los acuerdos se acompañan a la escritura, el registrador podrá inscribir los bienes indicando las cuotas de propiedad que pertenecen de forma separada y privativa a cada cónyuge, que tendrá en consecuencia la libre disposición de su cuota. En otro caso, aun cuando cada cónyuge adquiere una parte del bien, se hará constar que cada cuota se integra en la comunidad de bienes y, como bien común, solo podrá ser enajenada con el acuerdo de ambos cónyuges. En suma, en un supuesto como el controvertido, en que el bien no se adquiere por un cónyuge o por ambos en su conjunto, sino por ambos en cuotas diversas, lo más prudente es que el notario procure eludir el cauce excepcional del art. 92 RH y requerir a los cónyuges una acreditación de la existencia de acuerdos sobre el particular conforme al Derecho chino. Esta solución se alinea asimismo con la orientación que la propia DGSJyFP ha dado a su interpretación del art. 92 RH, de forma que, si bien la determinación del régimen matrimonial regido por el Derecho extranjero no es perentoria en el momento de la adquisición, resulta aconsejable en la medida de lo posible. Este sería un caso en que la determinación es especialmente aconsejable.

22. En segundo lugar, en el ámbito de la eficacia de los poderes de representación voluntaria, al registrador se le impide asimismo, so pretexto

del alcance del juicio de suficiencia notarial, poder valorar la correcta aplicación por el notario del Derecho notarial extranjero bajo el cual se ha otorgado el poder, documento que el notario no tiene por qué acompañar a la escritura. La Res. DGRN 18 de diciembre de 2018 es muy clara al respecto, al concluir que

“no puede prevalecer una interpretación de dicha ley realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene atribuida, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la equivalencia de funciones de la notaria extranjera en la documentación de la denominada escritura de poder exhibida”³⁷.

La resolución de la DGRN 17 de abril de 2017 había empleado unos términos algo más moderados, al señalar que si “el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente”. Pero dicho disentimiento resulta imposible si el registrador no puede conocer el poder ni tampoco los motivos en que el notario fundamenta su juicio de equivalencia material, salvo en un caso: es posible que el notario autorizante, aun no estando obligado, exprese su juicio de equivalencia o aporte o transcriba el poder en su escritura. Como aconseja la propia DGRN: “[s]i el notario autorizante del instrumento público tiene conocimiento del mismo y desea facilitar su más eficaz circulación, nada impide que incorpore al mismo su juicio de equivalencia, evitando así los inconvenientes y retrasos inherentes cuando así no ocurre”.

En tal caso, el registrador sí puede tener elementos de juicio para corregir el juicio de equivalencia, pero no en otro caso.

En suma, la doctrina registral conduce a un resultado inquietante: el registrador no puede, en realidad, poner en cuestión el juicio de equivalencia hecho por el notario, pues ni tiene los elementos de juicio imprescindibles, ni conoce los fundamentos del juicio de equivalencia del notario, y se le exige una prueba del Derecho extranjero en sentido contrario absolutamente diabólica. Por su parte, el notario no solo no tiene que explicitar los fundamentos de su juicio de equivalencia positivo; al parecer ni siquiera tiene que hacer tal juicio de equivalencia, porque no está obligado a conocer el Derecho extranjero sobre el que debe fundarse el principio de equivalencia. Basta con que haga el juicio de suficiencia, y su juicio de equivalencia positivo se presumirá. Se trata de un juicio no implícito, sino presunto. El sistema elimina toda garantía de control de legalidad de los actos realizados a través de poderes de representación otorgados en el extranjero, y habilita la inscripción de actos que pueden

³⁷ Vid. también Res. DGRN 1 de junio de 2018.

estar expuestos con mucha facilidad a la nulidad o ineficacia por falta de capacidad y consentimiento de una de las partes, amparada en un poder de representación nulo o ineficaz.

De lege lata, los principios que rigen la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero y la función registral, por mínima que sea, en el juicio de equivalencia, requieren que, al margen del juicio de suficiencia, el juicio de equivalencia sea expreso y mínimamente motivado por el notario. Retomando la dicción exacta de la Resolución de 14 de septiembre de 2016, es preciso que el notario mencione y justifique el juicio de equivalencia. La propia Resolución de 17 de abril de 2017 parece sugerir de forma vacilante la conveniencia de esta motivación, que en realidad es necesidad, y propone incluso una fórmula: *“que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional”*. La fórmula, sin embargo, no parece la óptima, incluso en términos de eficiencia procesal, en especial porque omite la referencia al conocimiento del Derecho extranjero por el notario³⁸.

Nótese que la DGSJyFP, aunque solo en algunas resoluciones, parece estar persuadida, con razón, de que un notario que formula un juicio de suficiencia positivo sobre un poder otorgado en el extranjero ha tenido, lógicamente, que hacer un juicio de equivalencia basado en el conocimiento del Derecho extranjero. No se acaba de entender muy bien por qué razón no se le debe exigir al notario que exprese sucintamente ese juicio de equivalencia, que en realidad ha debido de hacer, y haga constar la aplicación del Derecho extranjero en su escritura a través de una fórmula razonable. En el caso que dio lugar a la Resolución de 17 de abril de 2017, dicha mención podría ser:

“que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura y consta en instrumento público equivalente al documento público español, por cuanto ha sido otorgado ante notary public inglés en forma pública. Del conocimiento del Derecho inglés por parte de este notario queda acreditado que tales documentos están investidos de fe pública, respetan

³⁸ Más matizadamente, la Res. DGSJyFP 4 de junio de 2020 insiste en que *“[p]or otra parte, aunque –como ha quedado expuesto– el registrador puede en su calificación disenter de la equivalencia apreciada por el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene éste atribuida, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra el notario autorizante de la escritura calificada por una negligente valoración de la equivalencia de funciones del notario extranjero en la documentación del título representativo exhibido”*.

el principio de inmediatividad y conllevan un juicio de identidad y capacidad (Civil Procedure Rules 1998; Chapter 2 Notarial Code of Practice 2016)".

Como se ha señalado, en el sistema español resulta admitido que para la inscripción no es necesaria la aportación del poder de representación. *De lege ferenda*, resultaría recomendable que esta regla, pensada para el juicio de suficiencia, se exceptuara por las necesidades expuestas de emisión y control registral del juicio de equivalencia, de forma que hubiera que acompañar el poder de representación, cuando este hubiese sido otorgado en el extranjero, lo que facilitaría y simplificaría el sistema. De hecho, por la falta de analogía entre juicio de suficiencia y juicio de equivalencia podría defenderse perfectamente una interpretación contenida o restrictiva de lo previsto a este respecto en el art. 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, de forma que fuera interpretado como una norma material autolimitada a supuestos internos, esto es, en que el instrumento público ha sido otorgado ante autoridad española.

V. FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

23. Tal vez la diferencia esencial entre el régimen de aplicación registral del Derecho extranjero y el correspondiente a la aplicación judicial estriba en las consecuencias que se derivan de la ausencia o falta de prueba del Derecho extranjero. Mientras que en la aplicación judicial la solución de cierre consiste en la aplicación de la ley del foro, una vez que los intentos de las partes y de los propios jueces para aplicar el Derecho extranjero resultan fallidos (art. 33.3º. LCJIMC), en el ámbito registral no procede la aplicación del Derecho español, sino la suspensión o denegación de la inscripción³⁹. Como reiteradamente ha afirmado la DGSJyFP,

*"[u]na de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial"*⁴⁰.

³⁹ Vid. R. Arena García, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 422-424.

⁴⁰ *V.gr.*, Resoluciones DGRN 20 de enero de 2011, 15 de julio de 2011, 28 de julio de 2011, 2 de agosto de 2011, 2 de marzo de 2012, 14 de noviembre de 2012, 11 de noviembre de 2013, 23

En la práctica, como hemos señalado más arriba, a la luz de la doctrina más reciente de la DGSJyFP, la suspensión de la inscripción no es procedente por falta de prueba del Derecho extranjero, sino por error en la determinación de la ley aplicable o del contenido del Derecho extranjero aplicable, que no es exactamente lo mismo. Si el registrador no puede motivar tal error por el notario, en realidad se le obliga a inscribir.

Con todo, no es descartable que, en determinados casos, el registrador se vea impelido a practicar la inscripción sobre la base de la aplicación subsidiaria del Derecho español para resolver una imposibilidad material de probar del Derecho extranjero, como se señalará a continuación.

VI. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Imposibilidad material

24. La acreditación del Derecho extranjero no siempre es factible. Múltiples factores pueden hacer inviable el conocimiento cabal del Derecho extranjero, especialmente si faltan mecanismos de cooperación internacional, fácil acceso a expertos del país en cuestión o concurren circunstancias extraordinarias (conflictos armados, catástrofes naturales, dificultades políticas) que impiden emplear las vías habituales de información acerca del Derecho extranjero.

En nuestro ordenamiento, la aplicación subsidiaria del Derecho español prevista para estos casos se ha previsto en supuestos excepcionales en el ámbito registral. Concretamente, en relación con el Registro Civil, el art. 5 del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, prevé que “si el Encargado del Registro Civil se encontrare, al extender un acta, en la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable para determinar los nombres y apellidos de la persona interesada, aplicará su ley interna e informará al respecto a la autoridad de la que dependa”.

25. Esta solución no es descartable en algunos casos en el ámbito del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil, incluso si el Derecho extranjero resulta probado. Así lo acredita la dificultad de abordar algunos aspectos de las sucesiones relativas a bienes inmuebles situados en España,

de julio de 2015, 24 de septiembre de 2015, 28 de octubre de 2015, de 15 de febrero de 2016, 5 de marzo de 2018 y 7 de noviembre de 2019.

pero regidas por el Derecho británico. Técnicamente, en aplicación de la ley inglesa, la transmisión de los bienes no tiene lugar con la aceptación de la herencia por el heredero designado mediante escritura pública, por ejemplo, ante notario español, sino que es precisa la comparecencia del ejecutor o administrador testamentario, provisto del correspondiente *probate*, para proceder a la transmisión. La DGSJyFP omite esta exigencia al entender que la transmisión directa al heredero está permitida por la ley española como *lex rei sitae* o *lex registri*⁴¹, interpretación abiertamente incompatible con la STJUE 2ª 12 de octubre de 2017 (as. C-218/16: “*Aleksandra Kubicka/Przemysław Bac, en calidad de notaria*”), pero lo obligado es respetar el sistema de transmisión de bienes por vía sucesoria prevista en el Derecho inglés, por poner el caso. Ocurre que, en especial cuando la sucesión solo se refiere a bienes inmuebles situados en España, obtener el *probate* en el Reino Unido puede ser inviable. Al estimar sus tribunales que se trata de una sucesión regida por la ley española, consideran no que no hace falta *probate* según la ley española, sino que sus tribunales carecen de competencia para conceder el *probate* ni tienen interés alguno en ello, si bien la jurisprudencia inglesa no es unánime en este punto. Para resolver este problema, caben dos soluciones, al margen del camino poco razonable que propone la DGSJyFP. La primera de ellas consistiría en admitir un reenvío parcial a la ley española, con todo lo que implica, opción que hoy parece avalada por la STS Civ 1ª. nº 529/2019 de 8 de octubre de 2019. Pero una segunda solución permite respetar la aplicación de la ley inglesa a la transmisión de la propiedad sucesoria sin necesidad de aportar el *probate*. Bastaría con acreditar que dicho *probate* fue solicitado ante las autoridades inglesas y que estas se declararon incompetentes o lo consideraron improcedente. La imposibilidad de cumplir con las condiciones contempladas en la ley sucesoria permite interpretar que, o bien el Derecho inglés no exige *probate* en tal caso, o bien que resulta imposible su implementación, por lo que procede en su defecto aplicar la ley española de formas excepcional (art. 33.3º Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil). En favor de esta solución milita otro argumento muy relevante: en las sucesiones sometidas al Derecho inglés, no existe la posibilidad de aportar una certificación negativa del registro testamentario británico, sencillamente porque en el Reino Unido no existe un Registro de Actos de Última Voluntad ni tampoco una declaración de herederos abintestato en documento público. Un *probate* o unas *letter of administration* no solo pueden ser útiles como un título equivalente a una declaración de

⁴¹ Vid. resolución DGRN 2 de marzo de 2018 y las resoluciones DGSJyFP de 6 de julio de 2020, 1 de octubre de 2020, 10 de febrero de 2021 y 15 de junio de 2021, cuya interpretación abiertamente errónea sigue la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 4ª, nº 607/2019 de 3 de diciembre de 2019.

herederos abintestato, sino que en el marco de una sucesión testada puede ser la única vía para confirmar que no existía un testamento posterior otorgado en el Reino Unido que revocara un estamento anterior que, hipotéticamente, se esté utilizando para la inscripción registral en España.

Del mismo modo, puede resultar imposible obtener piezas probatorias relativas a un país en guerra o poco proclive a la cooperación internacional en este ámbito, pese a los ímprobos esfuerzos empleados por los comparecientes para acreditar, por ejemplo, la viabilidad de una aceptación de la sucesión a beneficio de inventario o el establecimiento de un régimen legal de bienes de separación. En tales casos, la inviabilidad probatoria podría implicar una denegación permanente de la inscripción, con las consecuentes graves consecuencias para el sistema de seguridad jurídica que proporciona en registro. Para resolver esta cuestión, el registrador puede optar por una aplicación de un Derecho extranjero próximo. Supongamos, por ejemplo, que se trata de determinar el régimen legal de bienes de un país cuyo Derecho pertenece a la familia islámica. En los sistemas islámicos, el régimen legal de bienes del matrimonio se fundamenta en un sistema de separación, que el registrador podría dar por bueno. En el caso de que tal solución no sea factible, parece razonable optar por una aplicación subsidiaria del Derecho español.

26. En ciertas ocasiones, la calificación de la cuestión (art. 12.2º Cc) puede resultar determinante de estos problemas. Por ejemplo, una de las cuestiones probatorias más difíciles es determinar si en un sistema extranjero que dispone un régimen legal de comunidad de bienes, caben supuestos de adquisición privativa, en particular por el uso de fondos asimismo privativos, y si en tal caso la prueba de la privatividad puede hacerse por confesión del otro cónyuge. Una calificación procesal permitiría la aplicación de la ley española (art. 58 LCJIMC) y por tanto del art. 95 RH. Una calificación sustantiva, sin embargo, exigiría acreditar que tal prueba está contemplada en el Derecho extranjero antes de aplicar dicho precepto. La DGSJyFP ha optado por la calificación sustantiva⁴², que es la más ajustada, pero que en la práctica genera un supuesto de prueba particularmente arduo.

2. Imposibilidad axiológica: orden público

27. Finalmente, el Derecho extranjero, aún probado, también da paso a la aplicación del Derecho español, de forma natural, en casos de contrariedad con el orden público (art. 12.3º Cc). Así ocurre, por ejemplo, en relación con

⁴² Vid. resoluciones DGRN 10 de septiembre de 2018 y 27 de febrero de 2019; resoluciones DGSJyFP 12 de junio de 2020 y 23 de febrero de 2022.

la aplicación de una ley sucesoria extranjera, tributaria del Derecho islámico, que atribuye una cuota hereditaria discriminatoria de los herederos varones respecto de las mujeres. Así lo estimó la Res. DGRN de 20 de julio de 2016, que desestima el recurso y no hace una lectura atenuada del orden público internacional, dados los derechos fundamentales en juego:

*"[C]onforme a la aplicación del orden público internacional del foro, carece de causa la adjudicación a un heredero en España de una cuota distinta a la que resultaría de la aplicación directa del principio de no discriminación. El hecho de que la recurrente sea la afectada no excluye la aplicación del principio de orden público, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos"*⁴³.

⁴³ Aunque el Reglamento (UE) n.º 650/2012 no resulta aplicable al caso, la DGRN aprovecha la circunstancia para hacer un repaso del alcance del orden público en dicho texto: *"En términos generales, el orden público, que es de valoración restrictiva, se introduce en el Reglamento en un múltiple contexto. Primero, en su formulación general en el art. 35, en el que se establece su relación con la ley aplicable: «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro»*[. Segundo, en cuanto límite del principio de confianza mutua, que tiene su concreta manifestación en la excepción al reconocimiento y ejecución de resoluciones, como resulta del art. 40 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, suprimido el procedimiento de exequátur: *«Las resoluciones no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido»*(y tal como es entendido en abundante jurisprudencia (STJ) la Unión Europea de 28 de abril de 2009, M. A. contra D. C. O. y L. E. O., Asunto C-420/07). Por último, en una expresión de los principios comunes del ordenamiento europeo tal como son entendidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recuerda el considerando 58 del Reglamento, que destaca su relación de los principios de la Carta de Derechos y Libertades fundamentales de la Unión Europea. Así: *«En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su art. 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación»*[. Finalmente, la aplicación del orden público del foro actúa como un límite a la aceptación de documentos públicos, conforme al art. 59: *«Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido»*(en igual sentido, arts. 56 y 60 de la Ley 29/2015), así como a la ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales –arts. 60 y 61 del Reglamento–". Mayor interés y menos descriptivas son los argumentos de la D.G.R.N. acerca del juego en el Reglamento de la institución del "fraude de ley" y la desvinculación de las legítimas del límite excepcional de orden público: *"La aplicación estricta del orden público en el ámbito de la ley aplicable fue reformulado desde la redacción de la propuesta del Reglamento hasta su redacción final en que liga el orden público a los derechos fundamentales, en un sentido relevante a los efectos del presente recurso. La*

28. El orden público se manifiesta frente al Derecho extranjero a través asimismo de normas imperativas del ordenamiento español que se aplican de forma extraterritorial. Así ocurre, por ejemplo, con las normas que protegen a los cónyuges en relación con el uso de la vivienda familiar en el marco de su régimen económico matrimonial. La DGSJyFP se ha manifestado en varias ocasiones al respecto. Así, en la Res. DGSJyFP 24 de mayo de 2022 revoca la calificación registral sobre la base de que, respecto del cumplimiento de los arts. 21.3º y 129.2º de la Ley Hipotecaria en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, *“a la hora de expresar si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual a la finca que se hipoteca, puede no ser suficiente la manifestación que los hipotecantes hagan sobre el carácter familiar de la misma en cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las de los arts. 1320 Cc y 91 del Reglamento Hipotecario, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia”*. En el caso concreto, la DGSJyFP estimó que tales consideraciones no eran aplicables *“por constituirse la hipoteca por ambos consortes. Por ello, si se tiene en cuenta que los hipotecantes tienen su domicilio en Lituania y manifiestan que compran la finca como “segunda residencia” e, igualmente, que no son aplicables las limitaciones legales impuestas respecto de los actos*

redacción final recogida en el art. 35 del Reglamento no incluye entre sus elementos una interpretación del régimen escisionista, entre bienes muebles e inmuebles, ni la vulneración de la aplicación de partes reservadas o legítimas que razonablemente correspondiera aplicar a la sucesión. Estos temas se zanjaron a favor de la aplicación directa de las reglas del foro que deberían aportar sus propias soluciones de Derecho internacional privado en relación no ya al orden público sino al fraude de ley (Considerando 26: «Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado”). En la misma línea, que excluye el debate de la inclusión de las legítimas del concepto de orden público, aun recibidas por vía de abintestato, se sitúa el ordenamiento español constitucional que en el que el art. 33.1 de la Constitución Española reconoce tras el derecho a la propiedad privada, el derecho a la herencia. Decae, por tanto, el argumento del recurrente, pues en España los aspectos cuantitativos y cualitativos de la legítima, podrán tener un encaje principal en el art. 33 de la Constitución, pero no en el 14 del mismo texto, que recoge el principio fundamental de la interdicción de discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión. Así fue entendido, fuera de nuestras fronteras, por el Bundesverfassungsgericht alemán, en Sentencia de 19 de abril de 2005, respecto de la reforma del Derecho de sucesiones y prescripciones de Alemania, en vigor desde el 1 de enero de 2010 que consideró que la libertad de testar es un reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo y que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes si no es discriminatorio. En cualquier caso, la jurisprudencia en España ha sentado el principio de que la regulación de las legítimas en nuestro ordenamiento no integra el concepto de orden público internacional desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1978, salvo que afectaran al principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión”.

de disposición sobre vivienda habitual, debe concluirse que, interpretadas las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efecto, están expresando que no se pretende atribuir a la finca que se hipoteca el carácter de vivienda habitual a los efectos de las normas protectoras antes referidas”.

Al margen de la supuesta solución concreta del caso, es indudable que la DGSJyFP parte de la consideración de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1320 Cc como norma de orden público internacional, hecho por otra parte compatible con lo dispuesto en el considerando 53 y en el art. 30 del Reglamento (UE) nº 2016/1103.

En realidad, se trata del mismo criterio que se deduce de la Res. DGSJyFP de 31 de enero de 2022. En su calificación, la registradora no pretendió la aplicación de la ley española a las cautelas relativas a la enajenación de la vivienda habitual como ley aplicable al régimen económico matrimonial (*lex causae*), sino que caracterizó correctamente dichas cautelas como susceptibles de configurar el orden público internacional español. Así lo reconoce la DGSJyFP al mencionar el propio Reglamento (UE) nº 2016/1103, que se refiere precisamente, en su considerando 53, a la protección de la vivienda familiar a la hora de ejemplificar el alcance de las leyes de policía del foro aplicables en virtud del art. 30 del Reglamento. Ciertamente, esta aplicación sería plenamente compatible con la aplicabilidad del Derecho “británico” al régimen de bienes. En suma, si el bien hubiese sido propiedad exclusiva del cónyuge, es muy posible que la DGSJyFP pudiera haber confirmado la calificación registral y los razonamientos de la registradora. No obstante, el principio de interpretación restrictiva de tales leyes de policía o del correctivo del orden público contenido en el art. 12.3º. Cc sirven a la DGSJyFP para considerar que su invocación, en el caso presente, sería desproporcionada. Ello se debe, según la DGSJyFP, a que el cónyuge es solo propietario de una tercera parte indivisa de la propiedad, lo que hace improcedente la cautela prevista en el art. 1320 Cc, pues el uso como vivienda familiar no permitiría a los copropietarios su utilización conforme a su destino y, además, el consentimiento del cónyuge limitaría el derecho de los comuneros a extinguir la comunidad mediante la compraventa.

En un ámbito muy diferente, la misma caracterización como norma imperativa se desprende de la Res. DGSJyFP 13 de mayo de 2022, que se decanta asimismo por la aplicación de la ley española, como ley del foro registral y, al mismo tiempo, norma imperativa o de orden público, por lo que se refiere a la protección registral del otro cónyuge en un caso de inscripción de venta de inmueble por el administrador concursal del titular,

un ciudadano checo que había adquirido conforme a su régimen legal de (comunidad) de bienes:

“La esposa, por tanto, está protegida por el principio de legitimación y fe pública registral, de suerte que la disposición del bien por un solo esposo –aun siendo el titular registral– requiere del cumplimiento de los requisitos que, según la ley española, son exigibles para garantizar la participación en el procedimiento judicial, del que resulta la pérdida de sus derechos. Resulta indiferente la procedencia del título judicial, pues la confianza mutua en la que se basa el espacio judicial civil europeo no puede implicar tratamiento distinto del que tendría en igual supuesto el juez nacional, tratándose de derechos de defensa. Por lo que no puede resultar de la ley aplicable (que no ha sido probada con el alcance requerido) que el cónyuge del titular registral carezca de derecho alguno a ser notificado e intervenir conforme a la ley del concurso”.⁴⁴

Es interesante destacar la extrapolación de este principio en el marco del art. 144.6º RH, de forma que la demanda conjunta o notificación al otro cónyuge para la anotación del embargo preventivo sobre bienes comunes es exigible incluso cuando la ley aplicable no lo requiera. Superando las dudas entre la calificación sustancial o procesal de la legitimación pasiva en estos supuestos, la DGSJyFP apuesta ahora por una calificación sustancial, pero que conlleva el mismo efecto que una calificación procesal, pues señala que tal requisito es en realidad de orden público, pues se vincula con el derecho de defensa, de manera que es indiferente que la ley aplicable al régimen económico matrimonial requiera o no dicha notificación.

En consecuencia, la caracterización sustancial y de orden público de tales disposiciones del Derecho español convierte en intrascendente y, por tanto,

⁴⁴ En el caso concreto, la DGSJyFP ampara este criterio, además, en el propio juego del Reglamento (UE) 2015/848 (procedimientos concursales) y del Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis), aunque de forma un tanto confusa. Por una parte, observa la DGSJyFP que la ley española, y no la ley checa, rige los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble registrado en España (art. 14 Reglamento 2015/848), cuestión que merecería bastantes matizaciones, pues la regla especial pretende más bien una adaptación entre la *lex fori concursus* y la *lex rei sitae* o *registralis*. La DGSJyFP hace referencia asimismo al régimen de reconocimiento de las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia y de la delimitación de la aplicación, según su tipología, del propio Reglamento 2015/848 o del Reglamento “Bruselas I” bis, del que destaca la DGSJyFP el art. 45, se supone porque en su ap. 2 permite denegar el reconocimiento de una decisión judicial adoptada en rebeldía del demandado motivada por una falta de notificación que produce indefensión o bien en razón de la reserva genérica de orden público del ap. 1. Conforme a lo expuesto en los fundamentos anteriores, en realidad la DGSJyFP podría haber invocado con mejor criterio lo dispuesto en el art. 33 Reglamento 2015/848 que, bajo la rúbrica “orden público”, permite a un Estado miembro “negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución”.

en innecesaria, la prueba o falta de prueba del Derecho extranjero, que en ambos casos queda *a priori* descartado por la aplicación directa del Derecho español. En pocas palabras, la DGSJyFP viene a decir que no ha sido probado que conforme al Derecho checo la declaración de quiebra de uno de los cónyuges implique la disolución del régimen económico matrimonial y la incorporación de los bienes comunes a la masa activa del concurso cuando el pasivo supera al activo de la comunidad de bienes, ni que en tal caso pueda prescindirse de la notificación del procedimiento concursal al otro cónyuge. Y, aunque así fuera acreditado, los efectos de tal declaración concursal sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble registrado en España se rigen por la ley española y la venta por el administrador concursal de los bienes comunes sobre la base de una decisión de incorporación de tales bienes comunes a la masa activa sin que el otro cónyuge haya sido notificado del procedimiento concursal vulnera sus derechos de defensa y, por tanto, el orden público español. Por ello confirma ambos defectos y requiere que se acredite que la exesposa ha sido, al menos, notificada, a fin de que pueda participar en el procedimiento concursal para permitir salvaguardar sus derechos de defensa frente a la incorporación de bienes, de los que en parte es titular, a la masa del concurso.

LISTADO DE RESOLUCIONES MÁS CITADAS

- Res. DGRN de 20 de enero de 2011: BOE nº 62 de 14 de marzo de 2011.
Res. DGRN de 15 de julio de 2011: BOE nº 229 de 23 de septiembre de 2011.
Res. DRGN de 2 de marzo de 2012: BOE nº 109 de 7 de mayo de 2012.
Res. DGRN de 26 de junio de 2012: BOE nº 180 de 18 de septiembre de 2012.
Res. DGRN de 14 de noviembre de 2012: BOE nº 274 de 26 de diciembre de 2012.
Res. DGRN de 3 de febrero de 2014: BOE nº 40 de 27 de febrero de 2014.
Res. DGRN 14 de marzo de 2014: BOE nº 100 de 25 de abril de 2014.
Res. DGRN de 20 de julio de 2015: BOE nº 229 de 24 de septiembre de 2015.
Res. DGRN de 23 de julio de 2015: BOE nº 229 de 24 de septiembre de 2015.
Res. DGRN de 23 de noviembre de 2015: B.O.E nº 280 de 23 de noviembre de 2015.
Res. DGRN de 15 de febrero de 2016: BOE nº 49 de 11 de marzo de 2016.
Res. DGRN de 3 de mayo de 2016: BOE nº 136 de 6 de junio de 2016.
Res. DGRN de 26 de julio de 2016: BOE nº 227 de 20 de septiembre de 2016.
Res. DGRN de 17 de abril de 2017: BOE nº 102 de 28 de abril de 2017.
Res. DGRN de 17 de mayo de 2017: BOE nº 137 de 9 de junio de 2017.
Res. DGRN de 23 de marzo de 2018: BOE nº 67 de 6 de abril de 2018.
Res. DGRN de 1 de junio de 2018: BOE nº 150 de 21 de junio de 2018.

Res. DGRN de 19 de junio de 2018: BOE nº 161 de 4 de julio de 2018.
Res. DGRN de 7 de septiembre de 2018: BOE nº 233 de 26 de septiembre de 2018.
Res. DGRN de 19 de octubre de 2018: BOE nº 291 de 3 de diciembre de 2018.
Res. DGRN de 18 de diciembre de 2018: BOE nº 24 de 28 de enero de 2019.
Res. DGRN de 14 de marzo de 2019: BOE nº 85 de 9 de abril de 2019.
Res. DGRN de 7 de noviembre de 2019: BOE nº 288 de 28 de noviembre de 2019.
Res. DGSJFP de 28 de julio de 2020: BOE nº 213 de 7 de agosto de 2020.
Res. DGSJFP de 28 de septiembre de 2020: BOE nº 272, de 14 de octubre de 2020.
Res. DGSJFP 10 de febrero de 2021: BOE nº 48 de 25 de febrero de 2021.
Res. DGSJyFP de 31 de enero de 2022: BOE nº 41 de 17 de febrero de 2022.
Res. DGSJyFP de 2 de febrero de 2022: BOE nº 45 de 22 de febrero de 2022.
Res. DGSJyFP de 11 de mayo de 2022: BOE nº 130 de 1 de junio de 2022.
Res. DGSJyFP de 13 de mayo de 2022: BOE nº 130 de 1 de junio de 2022.
Res. DGSJyFP de 24 de mayo de 2022: BOE nº 141 de 14 de junio de 2022.
Res. DGSJyFP de 5 de septiembre de 2022: BOE nº 247 de 14 de octubre de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

- Arenas García, R., *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.
- Fernández Rozas, J.C., "La Aplicación del Derecho extranjero por los notarios", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, Madrid, 1996, pp. 195-207.
- Fernández-Tresguerres García, A., "Aspectos extrajudiciales en la Ley 29/2015, de 30 de julio de la cooperación judicial internacional en materia civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp. 665-745.
- Jiménez Blanco P., "La publicidad registral del régimen económico matrimonial transfronterizo", *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor (Navarra), Cívitas-Thomson-Reuters, 2020, pp. 399-415.
- Mota, H., "La protección de terceros en el Reglamento (UE) 2016/1103", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVIII, 2018, pp. 61-92.
- Pecourt García, E., "Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto", *RGD*, vol. XVIII, 1962, pp. 783-791 y 894-904.
- Touriñán Morandeira, M. T., "Art. 35", *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, València, Tirant-lo-blanch, 2017, pp. 422-425.

