

Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Comentarios de

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

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

Resoluciones y de Instrucciones

ADOPCIÓN

1. HABIENDO FALLECIDO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN EN EL EXTRANJERO QUIEN SE PRETENDE QUE FIGURE COMO PADRE DE LA MENOR ADOPTADA, NO ES POSIBLE QUE AQUEL CONSTE COMO ADOPTANTE EN LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO (Res. DGSJFP 16 enero 2020 –15ª–)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 16 enero 2021 (15ª)* declara que habiendo fallecido antes de la constitución de una adopción en el extranjero quien se pretende que figure como padre de la menor adoptada, no es posible que aquel conste como adoptante en la inscripción de nacimiento. Ante las actuaciones sobre inscripción de filiación paterna como consecuencia de una adopción internacional remitidas al organismo directivo en trámite de recurso por virtud del entablado por la interesada contra auto dictado por el encargado del Registro Civil Central, dicho organismo razona del siguiente modo:

[...]

La recurrente alega que el consentimiento para la adopción fue prestado de forma inequívoca, no solo por ella, sino también por su cónyuge antes de fallecer, habiéndose iniciado los trámites en 2006. Sin embargo, aunque el consentimiento de las partes es un requisito previo esencial del proceso de adopción, el acto constitutivo de esta es la resolución (judicial, en el caso de España) que pone fin al expediente. Es de ese acto del que nace la relación jurídica de filiación entre adoptante y adoptado. En las adopciones constituidas por autoridad extranjera cuando el adoptando tenga su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción, los consentimientos necesarios de los sujetos intervinientes se rigen por la ley nacional del adoptando (arts. 9.5º Cc y 19 LAI), en este caso la ley china, cuyas autoridades, según resulta acreditado por el documento notarial chino incorporado a las actuaciones, constituyeron la relación adoptiva exclusivamente entre la menor y la Sra. D. B. Además, cabe añadir que el Código Civil español únicamente contempla la posibilidad de constituir adopciones *post mortem* del adoptante en determinadas circunstancias (art. 176 Cc), ninguna de las cuales se corresponde con la situación de la que aquí se trata. En definitiva, no es posible inscribir como adoptante al marido fallecido de la promotora ni, en consecuencia, atribuir a la inscrita el apellido de aquel.

CONTRATOS

2. PROBLEMAS PARA LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA POR EL NÚMERO DEL DOCUMENTO DE IDENTIDAD FRANCÉS (Res. DGSJFP 18 mayo 2021)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 18 mayo 2021* Se plantea la inscripción de una escritura de compraventa en la que se expresa que el vendedor, de nacionalidad francesa, tiene carta de identidad francesa con un determinado número y N.I.E., si bien en la nota registral informativa incorporada a la misma escritura dicha persona figura identificada con documento de identidad francés con número diferente. La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, debe acreditarse la correlación entre el número de identificación que figura en el Registro y los que figuran en la escritura calificada. El recurrente alega que ha identificado al vendedor como la misma persona.

La DGSJFP estima el recurso. Pese al reparto de funciones entre notario y registrador en orden a la identificación de los otorgantes y a su coincidencia con los titulares registrales, estima la DGSJFP que el juicio de identidad notarial (art. 23 LN) conlleva la individualización del

otorgante y es tratado por la Ley “*como si fuera un hecho*”. Respecto de la función del registrador en orden a constatar la coincidencia del otorgante con el titular registral, distingue la DGSJFP los casos en que el otorgante ostente la nacionalidad de un Estado en que se mantiene la inmutabilidad del número de identificación de aquellos otros, como es el caso (Francia), en que se altera con normalidad el número oficial de identificación. Mientras que en la primera hipótesis el registrador debe comprobar su exacta correspondencia con el número de identificación obrante en el Registro de la Propiedad, en la segunda estima que debe entenderse suficiente el juicio de identidad del notario y su afirmación, “*bajo su responsabilidad, sobre la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el registrador, motivando adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración*”. Estima la DGSJFP que en el presente caso la registradora no expuso las razones de sus dudas acerca del juicio de identidad del notario, y recuerda al respecto la necesidad de que los motivos de denegación de la inscripción se hagan valer en el momento procedimental de la calificación.

S.S.L.

DERECHOS REALES

3. INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA UNILATERAL A FAVOR DE ENTIDAD EXTRANJERA (Res. DGSJFP 24 marzo 2021)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 24 marzo 2021* suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca unilateral por una sociedad española en favor de otra sociedad domiciliada en Guernsey (“N”) en garantía de la restitución de una deuda, cuyo importe la entidad deudora reconoce que será entregada por la acreedora, en Alemania, con posterioridad a la firma de la referida escritura. En un acta notarial posterior otorgada por otra sociedad con sede asimismo en Guernsey (“EWG”) se hace constar, por un lado, que la suma garantizada fue efectivamente entregada a la sociedad deudora e hipotecante, acompañando al efecto una serie de documentos, y por otro, que hubo un error en la escritura de constitución unilateral de hipoteca dado que se designó como acreedor hipotecario a la sociedad “N” cuando, en realidad, la sociedad acreedora era la entidad “EWG Management Limited”, siendo así que entre ellas se daba una relación de *partnership* conforme a las leyes de Guernsey, Reino Unido.

La registradora entiende que no es posible la inscripción de la hipoteca unilateralmente constituida por la sociedad española deudora por dos razones. En primer lugar, porque es necesario que conste la entrega de la suma asegurada para entender perfeccionado el préstamo, al no haber sido configurada expresamente la hipoteca como hipoteca en garantía de una deuda futura conforme al art. 143 LH. En segundo lugar, porque cualquier modificación de la escritura de constitución de hipoteca unilateral ha de ser otorgada en otra escritura pública por el titular registral de la finca que constituyó la hipoteca, y no por el acreedor hipotecario, quien todo lo más que podrá hacer será aceptar o no tal hipoteca.

La DGSJFP desestima el primero de los defectos señalados. A tal efecto, resalta la DGSJFP el carácter consensual del contrato de préstamo, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo más recientes, de forma que “*el contrato de préstamo bancario de dinero queda perfeccionado por lo general por la emisión del consentimiento por el prestamista y el prestatario o prestatarios, y la entrega posterior del dinero por el prestamista al prestatario es un acto de ejecución, no de perfección del contrato. Los intervinientes resultan obligados por la emisión del consentimiento contractual, sin perjuicio de que frente a la acción de cumplimiento ejercitada por el prestamista, los prestatarios puedan oponer el incumplimiento, por no haberse hecho la entrega del dinero en los términos estipulados*”. Añade la DGSJFP que la admisión de hipotecas sobre obligaciones futuras y condicionadas relativiza asimismo la controversia sobre la naturaleza real del contrato de préstamo. Desde el punto de vista registral, no obstante, la distinción entre una

hipoteca normal o de tráfico, en que el Registro garantiza la existencia tanto de la deuda como de la garantía y la hipoteca de seguridad, en que la garantía tan solo alcanza a la hipoteca y no a la obligación garantizada, resulta de especial relevancia tanto a la hora de pretender la ejecución de la hipoteca como el tráfico posterior del crédito. Consecuentemente, *“a la hora de practicar su inscripción debe quedar debidamente reflejada una u otra situación, dado que en ella debe constar la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscribe (cf. arts. 9.2^a LH y 51.5.^a, 6.^a y 10.^a de su Reglamento), sin perjuicio de que, de haberse garantizado una obligación futura o condicional, pueda hacerse constar posteriormente su nacimiento o el cumplimiento de la condición por nota marginal (art. 143 de la misma ley), surtiendo a partir de entonces la hipoteca inscrita los efectos propios de las de tráfico”*. La DGSJFP infiere, pues, que no hay inconveniente legal alguno para que la hipoteca unilateralmente constituida pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, aun como hipoteca en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva y ello a pesar de no haber sido expresamente calificada como tal en la escritura. La cuestión, a su juicio, estriba en determinar si en el presente caso resulta suficientemente acreditada la entrega del dinero objeto del préstamo, pudiendo en consecuencia inscribirse la hipoteca como una hipoteca normal o de tráfico, o, por el contrario, de no resultar acreditada tal entrega, la hipoteca debe inscribirse como hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva, y por tanto, como hipoteca de seguridad. La DGSJFP entiende que de los documentos que se aportan, en particular una escritura pública otorgada ante notario suizo, así como el testimonio de una resolución judicial firme dictada por el tribunal cantonal de Zug, resulta acreditada la entrega del dinero de un modo fehaciente, por lo que debe admitirse la posibilidad de inscribir la hipoteca en garantía de una obligación existente y perfectamente determinada, esto es, una hipoteca ordinaria o de tráfico.

El segundo de los defectos merece una consideración diferente por parte de la DGSJFP. La pretensión de que la hipoteca constituida unilateralmente por el deudor quede inscrita a favor de una sociedad distinta de la que consta en la escritura de constitución unilateral de hipoteca como acreedora hipotecaria no queda amparada por el acta de subsanación o rectificación, tal y como ha sido otorgada, que no es título apto para ello. En efecto, se observa que la *“constitución del derecho real de hipoteca, aun el constituido de forma unilateral al amparo de los arts. 141 LH y 237 RH, requiere inexcusablemente, como requisito para su válido establecimiento, el otorgamiento de escritura pública (cf. art. 145.1^a LH)”*. Observa la DGSJFP con razón la distinción existente entre el contenido de escrituras públicas y el propio de las actas notariales, el de la primera compuesto por declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios de todas clases, en tanto que las actas notariales se refieren a hechos que por su índole no pueden calificarse de actos o contratos, así como los juicios o calificaciones del notario, aparte aquellos casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada. Es el contenido, y no la denominación de documento público, el que determina su naturaleza; de ahí que una diligencia será un instrumento apto para rectificar una escritura pública en la medida en que en aquella se cumplan los requisitos impuestos para esta por la legislación notarial: *“ha de tratarse de un instrumento público en el que consienten expresamente ambas partes contractuales, el notario autorizante da fe de conocer a los comparecientes y emite un juicio de capacidad y legitimación, señala que éstos, debidamente informados, proceden a sustituir las estipulaciones tachadas de inscribibles por la registradora de la Propiedad (lo que constituye un auténtico consentimiento negocial), y por último da fe de haber leído el documento a las partes comparecientes, que encontrándolo conforme lo aprueban y firman; lo que claramente constituye un contenido y estructura propio de las escrituras públicas”*. La rectificación en el presente caso pretende realizarse por medio de un acta de aclaración y subsanación otorgada únicamente por la entidad que, según se afirma, debe reputarse como verdadera entidad acreedora hipotecaria, que cumple las condiciones formales de una escritura pública, en la medida en que contiene la dación de fe del notario de conocer al compareciente, la emisión del juicio de capacidad, la manifestación de voluntad de rectificar la escritura de constitución unilateral de hipoteca y, por último, incluye la fe del notario de haber leído el documento al compareciente, que encontrándolo conforme lo aprueba y firma con el notario. No

obstante, “falta la intervención del deudor hipotecario, titular registral de la finca hipotecada y único otorgante de la escritura cuya rectificación se pretende, cuyo consentimiento resulta inexcusable, máxime si se tiene en cuenta que la modificación pretendida afecta a un elemento esencial del derecho real de hipoteca, como es la determinación del acreedor hipotecario”. Al confirmar este defecto, la DGSJFP no admite la interpretación del notario autorizante, en el sentido de que ambas sociedades se encuentran vinculadas por una relación de *partnership* reconducible a un *trust* sujeto al Derecho inglés y cuyo reconocimiento en España debería presumiblemente implicar la rectificación de la titularidad de la sociedad acreedora, sobre la base de que el *trust* es una institución desconocida en el sistema español y que a función de tal institución puede obtenerse a través de otras figuras del Derecho español

S.S.L.

DOCUMENTO EXTRANJERO

4. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE UNA *GENERAL FORM OF ORDER-FINANCIAL ORDER*, DICTADA POR UN TRIBUNAL DE FAMILIA BRITÁNICO, SOBRE UNA FINCA QUE FIGURA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL OBLIGADO (Res. DGSJFP 8 octubre 2020)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 8 octubre 2021 desestima el recurso por doña F.C.B en nombre y representación de doña E.C d G en relación a la inscripción de una *General Form of Order-Financial Order* británica acompañada del anexo II del Reglamento (CE) nº 4/2009, de 18 diciembre 2008 y confirmar íntegramente la calificación impugnada. De acuerdo con el organismo directivo:

1º. Se plantea si es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de una resolución (*General Form of Order-Financial Order*), dictada por un Tribunal de familia británico, sobre finca que figura inscrita a nombre de persona distinta del obligado.

La orden, traducida y apostillada, constituye una resolución judicial firme, expedida por Juez inglés en un procedimiento de divorcio, acompañada entre otros documentos, en lo relevante, del anexo II del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

En lo que aquí interesa se ordena que se transmita el pleno dominio de una vivienda y una participación indivisa (“el demandado transmitirá...”).

La vivienda fue en su día privativa del esposo obligado a favor de la esposa si bien, actualmente, aparece inscrita a favor de un tercero.

La recurrente considera que en base al art. 59 de la Ley 29/2015, el registrador debe inscribir directamente la orden sin que sea óbice o impedimento la falta de tracto sucesivo, debido a la existencia de transmisiones que considera fraudulentas y sobre las que ha iniciado litigio.

2º. El registrador deniega la inscripción. Señala en su calificación, que el hecho de estar inscritos los inmuebles a nombre de titular registral distinto (que no ha sido parte en procedimiento judicial alguno) impide, ya de plano, la inscripción.

Pero que, además, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cf. resolución de 20 junio 2013, en relación al Reglamento, aún vigente, nº 2201/2003, del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000) que el reconocimiento incidental que realiza el registrador, como forma singular del reconocimiento general de los Reglamentos europeos –en los que se suprime el exequatur– como son los que aquí interesan, no excluye la calificación, conforme al art. 12 Cc, y por remisión a la

legislación hipotecaria que es la que determina los requisitos de inscripción que deben reunir los documentos presentados.

3º. En cuanto a las fuentes normativas, la resolución judicial británica –dictada al amparo de un procedimiento de divorcio y de una resolución de alimentos, ambos fundadas en Reglamentos europeos (CE) nº 2201/ 2003 y nº 4/2009–, no permiten la aplicación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, de carácter subsidiario a la legislación europea y a la convencional.

En base a los arts. 67 y 68 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, (versión consolidada a 12 junio 2020), ambos instrumentos hoy se encuentran vigentes, en los términos que allí se exponen, entre el Estado de origen, Reino Unido, y el de recepción, España.

4º. Pero la vigencia de esta normativa no implica una ejecución inmediata. En este caso, el anexo II del Reglamento (CE) nº 4/2009, que acompaña la resolución judicial, se refiere al extracto de una resolución o transacción judicial en materia de obligación de alimentos sometido a un procedimiento de reconocimiento y declaración de ejecutur; por lo tanto, será una resolución judicial española la que establezca el reconocimiento de la misma y en su caso la adaptación de las medidas adoptadas en origen.

Con independencia de lo anterior, conforme a los arts. 10.1º y 12º Cc, todo requisito referente a la *lex rei sitae*, y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (*cf.* Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 junio 2012).

5º. En cuanto al segundo defecto recurrido, no encontrándose inscrita la finca a nombre del demandado, sino de persona distinta que no consta notificada ni demandada en la resolución que pretende acceder al registro, –título que, por sí mismo, no constituye, reconoce, transmite, modifica ni extingue el dominio– como señala el registrador, conforme a los arts. 1. 3 y 20 de la LH, no permite, adicionalmente su inscripción.

6º. También debe ser confirmado el tercer defecto, en cuanto, fundándose la pretensión en una sentencia de divorcio, no ha sido presentada con los requisitos formales necesarios, pues dicha sentencia no está inscrita en el Registro Civil correspondiente, siendo al menos la esposa española.

7º. Finalmente, pese a no constituir un título con trascendencia jurídico-real, tiene razón el registrador al observar que, al pretender que se inscriba una transmisión de dominio, –aunque no sea tal– en base a la disposición Adicional Sexta de la Ley de Capitalidad –Ley 22/2006 de 4 de julio–, corresponde acreditar conforme art. 254.5º LH que se han realizado la presentación o notificación prevista en relación al Impuesto sobre el Incremento del valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, por lo que corresponde asimismo confirmar el defecto observado.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar íntegramente la calificación impugnada”.

5. TRATÁNDOSE DE UNA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA SOBRE LA QUE NO SE HA PACTADO OTRA COSA Y QUE SE VA A EJERCITAR EN ESPAÑA, LA LEY QUE REGULA EL EJERCICIO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN ES LA LEY ESPAÑOLA (Res. DGSJFP 24 mayo 2021)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 24 mayo 2021 desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Amposta nº 1 a inscribir una escritura de ratificación de extinción de condominio.

1º. Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura, traducida y apostillada, autorizada por un notario de Países Bajos en la que se ratifica la extinción de un condominio.

El registrador suspende su inscripción observando como defectos que en la escritura comparecen por sí dos de los tres comuneros, apareciendo el tercero representado por uno de los anteriores, en virtud de poder irrevocable y otorgado conforme al Derecho holandés ante el mismo notario autorizante, faltando en el mismo un adecuado juicio de suficiencia sobre las facultades representativas; en segundo lugar que manifiestan los comparecientes que actúan en ejercicio de su profesión o empresa, lo que no se acredita; que no consta cual es el régimen en relación con la titularidad de las esposas sobre las partes indivisas al ser aplicable el derecho holandés y haber sido adquirida por compra, y por último como cuarto defecto, que la extinción del condominio a favor de D. J. J. C. K., que ahora se ratifica, se otorgó en escritura que no se aporta.

2º. Se aborda, por lo tanto, en el presente recurso, de una parte, la equivalencia de los documentos públicos extranjeros, concretamente respecto de la emisión de juicio de suficiencia y subsistencia, de la representación respecto a un poder que es calificado de irrevocable, sin que resulte, ni realizando una adecuación de instituciones, una actividad notarial subsumible en el art. 98 de la Ley 24/2001 o en forma equivalente.

3º. Debiendo ejecutarse la representación en España, al referirse a un inmueble situado en nuestro país (art. 10.11º Cc) el juicio notarial debe ser equivalente al exigido a un notario español.

Por lo tanto, subsumible en el art. 98 de la Ley 24/2001.

Conforme a lo previsto en este precepto, no se ha insertado por el notario autorizante una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada, no se ha expresado que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, bajo responsabilidad del notario, debiendo ser dicho juicio congruente con el contenido del título presentado; ni el posible conflicto de interés. Asimismo, deben constar unidos a la matriz, originales o por testimonio, documentos complementarios cuando así lo exija la Ley y podrán serlo aquéllos que el notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.

Además de la omisión del juicio de suficiencia, señala el registrador, no se especifica que el poder sea un documento público, ya que el Derecho holandés no exige la forma de documento público (acta notarial) como condición de validez del mandato o poder de representación voluntario, siendo aplicable la ley española al poder de representación (arts. 10.11, 11 y 1280.5.º Cc y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 noviembre 2020).

Si bien sí indica el notario, que fue otorgado ante él.

4º. La cuestión planteada difiere de la doctrina sentada por este Centro Directivo en la Resolución de 17 abril 2017, que ha sido posteriormente reiterada en las Resoluciones de 7 de septiembre y 18 diciembre 2018, así como de 4 junio 2020. En esos supuestos el poder extranjero era objeto de adecuación por un notario español, estableciendo este Centro Directivo criterios de flexibilidad.

En el presente caso se incluye en el documento calificado autorizado por notario de Países Bajos.

5º. En todo caso, no resulta aplicable el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en cuanto su art. 1.2.g) que excluye de su ámbito (además de los supuestos de representación orgánica), la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, que estará asimismo excluida su representación documental.

Conforme al art. 10.11º Cc español, se aplicará “a la representación (...), y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas”. Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa

y que se va a ejercitar en España, la ley que regula el ejercicio del poder de representación es la ley española.

6º. Como resulta de la doctrina de este Centro Directivo, la circulación en España de documentos formalizados ante una autoridad extranjera es indiscutible con sometimiento a los parámetros que establezca la ley en cada caso concreto (*vid.* arts. 11 y 12 y la disposición final segunda de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en su ámbito de aplicación, y los arts. 56 a 61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, 4 LH y 36 RH).

7º. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento otorgado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido, formalmente, como auténtico en el ámbito nacional.

Sin embargo, el juicio de suficiencia realizado por el notario de Países Bajos, no puede ser considerado equivalente, en cuanto como resulta del mismo instrumento lo es a los efectos del Derecho de aquel país, no siendo allí donde la representación surte sus efectos sino en España, lugar de situación del inmueble y de la autoridad del Registro. No existiendo en el documento indicación alguna al respecto que permita su adecuación y equivalencia.

Por lo tanto, el defecto debe ser confirmado.

8º. Respecto del segundo y tercer defecto, ambos se refieren a la prueba del Derecho extranjero.

La afirmación recogida por el notario autorizante conforme a la cual manifiestan los comparecientes que actúan en ejercicio de su profesión o empresa, además de no acreditarse, como indica el registrador, carece de significación y relevancia en cuanto no se señala y prueba la trascendencia que esta manifestación tenga en el Derecho de los Países Bajos y sea a su vez relevante, en su caso para la inscripción.

La misma falta de prueba del Derecho se observa en relación con el tercer defecto.

Señala el recurrente que ha de entenderse aplicable el art. 88 Cc holandés referido a la versión anterior a la vigente de 29 enero 2019, pero en ningún momento se prueba su aplicación ni cual sea el hecho determinante ni el alcance de la normativa aplicable, por lo que asimismo debe confirmarse el defecto.

9º. Por último, respecto del cuarto defecto, en cuanto el título que se presenta es una ratificación de una escritura anterior, como observa el registrador, ésta debería aportarse ya que el negocio jurídico está compuesto por dos documentos, tal y como resulta de la escritura presentada y ambos deben ser objeto de calificación conjunta (arts. 18 y 20 LH). Para ello, el título debe ser traducido a lengua española y apostillado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar íntegramente la calificación impugnada.

Observaciones: Se plantea la inscripción en el Registro de la Propiedad de una resolución firme (*General Form of Order-Financial Order*) dictada por un Tribunal de familia británico sobre finca que figura inscrita a nombre de persona distinta del obligado. La resolución, traducida, apostillada y certificada conforme al Anexo II del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, ordena que se transmita por uno de los cónyuges al cónyuge solicitante el pleno dominio de una vivienda y una participación indivisa ("el demandado transmitirá..."). La vivienda fue en su día privativa del esposo, pero actualmente aparece inscrita a favor de un tercero.

La recurrente considera que, con base en el art. 59 LCJIMC, el registrador debe inscribir directamente la orden sin que sea óbice o impedimento la falta de tracto sucesivo, debido a la existencia de transmisiones que considera fraudulentas y sobre las que ha iniciado litigio. El registrador deniega la inscripción. Señala en su calificación, entre otros defectos, que el hecho de

estar inscritos los inmuebles a nombre de titular registral distinto (que no ha sido parte en procedimiento judicial alguno) impide, ya de plano, la inscripción. Amén de ello, la decisión presentada no tiene trascendencia real ni viene acompañada de la certificación en el Registro Civil de la sentencia de divorcio. Se añade por el registrador que, de conformidad con el art. 12 Cc y la doctrina reiterada de la DGRN, hoy DGSJFP, el reconocimiento incidental contemplado en los instrumentos europeos no excluye la calificación registral ni la aplicación de la ley española a las condiciones y requisitos de la inscripción.

La DGSJFP confirma la calificación y deniega el recurso con una fundamentación lacónica y oscura. Sobre las fuentes normativas, indica, en primer lugar, que *“la resolución judicial británica –dictada al amparo de un procedimiento de divorcio y de una resolución de alimentos, ambos fundadas en Reglamentos europeos (CE) nº 2201/2003 y nº 4/2009–, no permiten la aplicación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, de carácter subsidiario a la legislación europea y a la convencional. En base a los arts. 67 y 68 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, (versión consolidada a 12 junio 2020), ambos instrumentos hoy se encuentran vigentes, en los términos que allí se exponen, entre el Estado de origen, Reino Unido, y el de recepción, España (...) Pero la vigencia de esta normativa no implica una ejecución inmediata. En este caso, el anexo II del Reglamento (CE) nº 4/2009, que acompaña la resolución judicial, se refiere al extracto de una resolución o transacción judicial en materia de obligación de alimentos sometido a un procedimiento de reconocimiento y declaración de exequátur; por lo tanto, será una resolución judicial española la que establezca el reconocimiento de la misma y en su caso la adaptación de las medidas adoptadas en origen. Con independencia de lo anterior, conforme a los arts. 10.1º y 12 Cc, todo requisito referente a la lex rei sitae, y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español (cf. STS 1ª 19 junio 2012)”*.

En efecto, el reconocimiento de una decisión británica de divorcio o alimentos se rige, hoy por hoy, por los instrumentos mencionados, lo cual no implica un desplazamiento absoluto de la LCJIMC, sino circunscrito a las cuestiones que caen en el ámbito de aplicación del instrumento europeo, a saber, en este caso, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas. En consecuencia, no resulta de aplicación, en efecto, lo dispuesto en el art. 59 LCJIMC, pero sí el mandato contenido en el art. 58, que sujeta al Derecho español el procedimiento registral y los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales, en la medida en que esta cuestión queda fuera del ámbito de acción de las normas europeas. Por ello, la objeción señalada por el registrador acerca de la imposibilidad de la inscripción por no respetarse las exigencias del tracto sucesivo de la inscripción se ampara en esta regla, más que en la sujeción de la publicidad de los derechos reales a la ley española ex art. 10.1º Cc. No resulta acertada, sin embargo, la mención al art. 12.1º Cc para amparar la aplicación de la ley española a la calificación registral. Esta aplicación deriva directamente de lo dispuesto en el art. 58 LCJIMC. El art. 12 Cc, en su apartado primero, se refiere exclusivamente a la calificación del supuesto de hecho de las normas de conflicto para determinar el Derecho aplicable a una relación privada internacional, con el fin de acotar si la cuestión planteada se subsume, por ejemplo, en la norma de conflicto en materia de alimentos o de divorcio. No se plantea en el presente caso problema alguno de ley aplicable que, en todo caso, no se resolvería conforme a la ley española, como indica el art. 12.1º Cc, sino de conformidad con los conceptos y criterios de aplicación previstos en el Reglamento (UE) 1259/2010 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial y en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Hecha esta precisión sobre el alcance de las fuentes normativas, tampoco acierta la DGSJFP al interpretar el alcance de las normas europeas sobre el mecanismo de reconocimiento y efectos de la decisión británica, al señalar que *“será una resolución judicial española la que establezca el reconocimiento de la misma y en su caso la adaptación de las medidas adoptadas en origen”*. Es cierto que no cabe en el presente caso una ejecución o reconocimiento inmediato de la decisión

británica, pero ello no implica que la decisión británica deba ser objeto de execución. Al contrario, tanto el Reglamento 2201/2003 en materia de causas matrimoniales (art. 23), como el Reglamento 4/2009 en materias de alimentos (art. 23) permiten el reconocimiento incidental por parte del registrador y la inscripción de la sentencia sin necesidad de una decisión judicial de ejecución, si bien corresponderá al registrador apreciar si la decisión cumple las condiciones necesarias para su reconocimiento. Es más, en el caso del Reino Unido y de Dinamarca, para las decisiones en materia de alimentos es necesario tal control al no haber suscrito ninguno de ambos Estados el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias [sección 2ª del Capítulo IV del Reglamento (UE) nº 4/2009]; sin embargo, para las decisiones que provengan de otros Estados miembros, las decisiones de alimentos tiene eficacia directa (sección 1ª) sin necesidad de ejecución ni de reconocimiento incidental, esto es, sin que el propio registrador pueda analizar las condiciones de reconocimiento y bastando con presentar la documentación requerida (art. 17) como confirma la SAP Barcelona 2ª nº 565/2017 de 20 diciembre 2017.

Precisados tales aspectos, el reconocimiento registral de la decisión británica y la fijación de sus condiciones de reconocimiento requerían, en primer término, calificar si tal decisión se enmarcaba en el ámbito del Reglamento 2201/2003 como decisión en materia de divorcio o en el ámbito del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos o, en su caso, del Reglamento 2016/1103, en materia de régimen económico matrimonial. El hecho de que se presente un certificado conforme al Anexo correspondiente a uno de estos Reglamentos no debe ser determinante a este respecto. Es más, a la luz de los hechos expuestos, cabe aventurar que la Orden británica parece enmarcarse más bien en el marco de la disolución del régimen económico matrimonial, lo que llevaría a la aplicación plena del régimen común dispuesto en la LCJIMC, dado que el Reino Unido no es parte del Reglamento (UE) nº 2016/1103 (*vid.* consultas núms. 359 y 409). Conviene recordar que ni el Reglamento 2201/2003 ni el Reglamento 4/2009 amparan el reconocimiento de una decisión relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial, incluso si se encuentra como un pronunciamiento contenido en una sentencia dictada en el marco de un procedimiento de divorcio.

Con independencia del régimen de reconocimiento aplicable, que en todo caso permitiría un reconocimiento registral incidental, y aunque las condiciones formales y sustanciales de reconocimiento del régimen aplicable pudieran resultar cumplidas, otra cosa es la comprobación de que, conforme a la ley española, tal título es susceptible de inscripción registral. En este sentido, la calificación negativa del registrador resultaba plenamente justificada: por un lado, la decisión británica se refería a un inmueble que no aparecía inscrito a favor del demandado obligado a transmitirlo a su cónyuge, por lo que no se respetaban las condiciones de inscripción requeridas por la ley española en relación con el tracto sucesivo; pero, de otro, la decisión carecía de trascendencia real o no establecía un efecto real, es decir, no decretaba la transmisión de la propiedad de un cónyuge al otro cónyuge, sino una orden u obligación de hacer para que el cónyuge condenado transmitiera la propiedad al otro cónyuge. En consecuencia, la solicitud de inscripción debía ser rechazada. La decisión británica debería servir para que el cónyuge solicitante planteara ante los tribunales españoles (o en su caso británicos) una acción para forzar al cónyuge a la transmisión de dicho bien o para ordenarla, sirviendo la decisión extranjera como título para amparar semejante pretensión, y una vez resuelta tal cuestión, utilizar la decisión judicial española o británica o el documento notarial de venta, en su caso, como título para la inscripción.

Además de los defectos señalados, la DGSJFP confirma asimismo el defecto relativo a la falta de acreditación de la presentación o notificación prevista en relación con el Impuesto sobre el Incremento del valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, y el defecto relativo a que *“fundándose la pretensión en una sentencia de divorcio, no ha sido presentada con los requisitos formales necesarios, pues dicha sentencia no está inscrita en el Registro Civil correspondiente, siendo al menos la esposa española”*. Nada obsta, en efecto, a que la ley española, en virtud del art. 58

LCJIMC, pueda condicionar la inscripción de una sentencia de divorcio, alimentos entre excónyuges o liquidación del régimen matrimonial en el Registro de la Propiedad, al hecho de que se halle previamente inscrita en el Registro civil la sentencia de divorcio cuando, como es el caso, afecta a un matrimonio inscribible en España por ser uno de los cónyuges de nacionalidad española. Así lo han establecido con carácter general, por ejemplo, las Ress. DGRN 4 diciembre 1991, 27 noviembre 1996, 1 junio 1999, 9 febrero 2000, 23 septiembre 2000, 6 noviembre 2000, 20 junio 2005, 7 junio 2006, 3ª de 4 junio 2007, 4ª de 17 septiembre 2007), interpretación avalada por la jurisprudencia menor y la STS 22 enero 1992, permitiéndose al contrario, si el matrimonio no es inscribible en España, un reconocimiento meramente “parcial” (art. 49 LCJIMC). No conviene olvidar, sin embargo, que el reconocimiento parcial es consustancial al juego de los instrumentos europeos, de forma que, por ejemplo, cabe reconocer una decisión en materia de disolución del régimen económico matrimonial o de alimentos entre cónyuges sin necesidad de reconocer la decisión en materia de divorcio. De ahí la relevancia de determinar la materia sobre la que versa la decisión y, consecuentemente, el régimen legal o reglamento europeo que resulta de aplicación. La exigencia de una previa inscripción en el Registro civil de la sentencia de divorcio inscribible, como condición para la inscripción en el Registro de la Propiedad de una decisión de alimentos o liquidación del régimen económico matrimonial en el marco europeo, no parece *a priori* capaz de menoscabar el efecto útil de los reglamentos europeos, invocado con acierto por el registrador en su calificación, a menos que el juego de esta competencia registral compartida conlleve en el caso concreto una imposibilidad de reconocer la eficacia de una decisión que cumple todas las condiciones de reconocimiento requeridas por los instrumentos europeos. Particularmente, cabe imaginar la hipótesis de que el reconocimiento de la sentencia de divorcio haya sido denegado por el encargado del Registro Civil. En tal caso, la imposibilidad de reconocer por el registrador de la Propiedad la eficacia de una decisión sobre alimentos entre excónyuges o sobre liquidación de su régimen económico matrimonial, que cumple las condiciones previstas en los reglamentos europeos específicos, podría plantear serias dudas: los reglamentos prevén como condición de reconocimiento que la resolución no sea inconciliable con una resolución ya dictada en el Estado requerido. Ciertamente, reconocer la liquidación del régimen matrimonial o la fijación de alimentos entre excónyuges puede parecer incompatible con una decisión del encargado del Registro Civil que no reconoce la disolución del matrimonio. Ocurre, sin embargo, que la decisión sobre reconocimiento incidental del encargado del Registro Civil no es una “resolución” en el sentido de los reglamentos europeos, que se refieren a órganos jurisdiccionales, ni produce efectos de cosa juzgada ni condiciona a cualesquiera otras autoridades. Distinto sería si el reconocimiento (o el no reconocimiento) de la sentencia de divorcio se hubiera sometido a un exequátur ante los tribunales ordinarios, que hubiese sido denegado con carácter firme. En este último caso, la invocación por el Registrador de la condición de inconciliable parecería plenamente fundada, pues a la luz del sistema español los cónyuges seguirían casados [*vid.* en un sentido similar la STJCE 4 febrero 1988 (as. C-145/1986: *Hoffman*)]. Por el contrario, la denegación del reconocimiento para la inscripción de la sentencia de divorcio por el encargado del Registro Civil, cuyos efectos se limitan a dicho procedimiento, sumada a la exigencia de la legislación registral de la certificación de dicha inscripción como condición de reconocimiento en el Registro de la Propiedad de la decisión en materia de alimentos o régimen económico matrimonial, podría poner en tela de juicio el efecto útil de los reglamentos europeos

S.S.L.

FILIACIÓN

6. NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL UN NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA CUANDO NO SE HA APORTADO AL EXPEDIENTE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL TRADUCIDA Y NO RESULTA ACREDITADA LA FILIACIÓN PRETENDIDA (Res. DGSJFP 19 junio 2020, 1ª)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19 junio 2020 (1^a)* declara que no es inscribible en el Registro Civil español un nacimiento en el extranjero mediante gestación subrogada cuando no se ha aportado al expediente la resolución judicial traducida en los términos establecidos por la Instrucción de 5 octubre 2010 de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y no resulta acreditada la filiación pretendida. En las actuaciones sobre inscripción de nacimiento remitidas a este centro en trámite de recurso por virtud del entablado por el promotor contra resolución del encargado del Registro Civil del Consulado General de España en Kiev (Ucrania). De acuerdo con el organismo directivo:

[...]

Las dificultades inherentes a las cuestiones derivadas de los contratos de gestación por sustitución se acentúan de forma notoria en los supuestos de tráfico externo. Para dar respuesta a tales dificultades, la DGRN dictó la Instrucción de 5 octubre 2010, a través de la cual, y tomando como referente la garantía de los intereses de la madre gestante, del propio menor y la necesidad de evitar que el recurso a las técnicas de gestación por sustitución encubra supuestos de tráfico internacional de menores, se clarifican los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante técnicas de gestación por sustitución y, específicamente, de los títulos extranjeros acreditativos del hecho del nacimiento y de la filiación. En concreto, se exige como requisito previo para la inscripción en estos casos, cuando el Registro Civil español es competente, la presentación ante el encargado de una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente. Con tal exigencia se persigue el control de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Así lo impone expresamente el ap. 1 de la directriz primera de la citada instrucción, conforme a la cual La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. De manera que se deberá constatar que se han garantizado los derechos procesales de las partes, en particular de la madre gestante, verificando que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente e igualmente que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor. La directriz segunda, por su parte, deja meridianamente claro que En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. El presente caso es plenamente subsumible en el supuesto previsto en esta segunda directriz, ya que, inicialmente, solo se aportó como título formal para la práctica de la inscripción solicitada la certificación de nacimiento del registro civil local ucraniano –de la que resulta que la filiación materna no coincide con el certificado de alumbramiento y el resto de declaraciones incorporadas al expediente– sin acompañar la resolución judicial sobre determinación de la filiación del nacido. Es cierto que, posteriormente, una vez dictado el acuerdo de suspensión, se aportó una resolución judicial obtenida varias semanas después de la interposición del recurso, pero la instrucción también deja claro que será necesario instar el executur de la resolución extranjera, salvo que su origen sea un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso bastará con que el encargado realice un control incidental para verificar el cumplimiento de los requisitos que señala a continuación la propia instrucción, en particular, los ya mencionados acerca de la madre gestante y la salvaguarda del interés superior del menor. Pues bien, aunque el órgano competente para resolver el recurso puede tomar en consideración documentos incorporados al expediente tras la emisión de la resolución recurrida siempre que se presenten antes de la resolución del recurso (*cf.* art. 358 RRC), resulta que la sentencia aportada en este caso, si bien no parece haber sido dictada en un procedimiento contencioso,

tampoco supera el control incidental preceptivo, pues la madre gestante no ha comparecido ante el tribunal en ningún momento y no es posible comprobar en esta instancia la competencia del órgano que la dictó ni su adecuación a los procedimientos judiciales habituales establecidos en el país de origen. Además, la declaración de filiación que establece no coincide con la petición planteada inicialmente por el promotor, quién solicitó la atribución de la filiación materna a la gestante, por lo que, en definitiva, con la documentación disponible, no resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 octubre 2010.

(...) Por otra parte, la Instrucción de 18 febrero 2019 de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en atención a la salvaguarda del interés preferente de los menores y a la protección de las mujeres en situación vulnerable contra el riesgo de abusos en estos supuestos, ordenó la desestimación de las solicitudes de inscripción en registros consulares de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada posteriores a la publicación de dicha instrucción (el 21 febrero 2019) salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente en las condiciones establecidas por la Instrucción de 5 octubre 2010. En esos casos, el encargado del registro deberá suspender la inscripción por falta de medios de prueba suficientes en el ámbito consular. Ello no impide, sin embargo, la posibilidad de obtener de las autoridades locales el pasaporte y permisos necesarios para que el menor pueda viajar a España y, una vez aquí, para asegurar el cumplimiento de todas las garantías con el necesario rigor probatorio, iniciar el expediente de inscripción de la filiación, con intervención del ministerio fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación pertinentes.

MATRIMONIO

7. EL NOTARIO CON BASE EN LAS MANIFESTACIONES DE LOS OTORGANTES SOBRE SU NACIONALIDAD O VECINDAD CIVIL AL TIEMPO DE CONTRAER MATRIMONIO, SU LUGAR DE CELEBRACIÓN O EL DE LA RESIDENCIA HABITUAL DETERMINARÁ SU RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL (Res. DGSJFP 19 abril 2021)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 abril 2021*, declara acuerda desestimar el recurso interpuesto y confirma la calificación del notario impugnada, declarando que:

(R)respecto del régimen económico-matrimonial de los otorgantes casados no separados judicialmente, este Centro Directivo (*cf.*, por todas, Ress. 15 junio 2009, 5 marzo 2010 y 20 diciembre 2011) ha estimado que la norma del párrafo quinto del art. 159 RN –según la cual para la constancia de dicho régimen si fuere el legal bastará la declaración del otorgante–, debe entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos –*cf.* arts. 9.2º y 16.3º Cc–), concluirá que su régimen económico-matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia –el carácter legal de dicho régimen– al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate. En el presente caso se trata de otorgante divorciada, por lo que debe tenerse en cuenta que, según el párrafo tercero del art. 159 RN, “si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial”. A la vista de las normas precedentes, y mediante una interpretación teleológica de las mismas, debe concluirse que, dada la relevancia que respecto del acto dispositivo formalizado en la escritura calificada tiene el hecho de que viva o no el ex cónyuge de la otorgante divorciada, el notario autorizante debe recoger en tal instrumento público la

manifestación de aquélla sobre tal extremo. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico.

8. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO ANTE NOTARIOS (Instrucción DGSJFP 3 junio 2021)

El BOE 4.6.2021 publica la *Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 3 junio 2021*, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios, que desarrolla la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, ofreciendo a los ciudadanos la posibilidad de solicitar la previa tramitación de un acta notarial para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, según postula el art. 58 de dicha norma legal en cuanto al procedimiento para autorización matrimonial. De acuerdo con la Instrucción "lo que la Ley no prohíbe expresamente, ha de estimarse permitido, lo que conduce a mantener la actual situación, pues de otra forma se podría producir una interpretación excesivamente restrictiva de la norma que derivaría en una merma de los derechos de los interesados. La modificación introducida por Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, en el apartado segundo de la disposición final segunda de la Ley 20/2011, establece que las referencias que se encuentren en cualquier norma al juez, alcalde, o funcionario que haga sus veces, competentes para autorizar el matrimonio civil, deben entenderse referidas al Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil, para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa; y al juez de paz, alcalde o concejal en quien éste delegue, Encargado del Registro Civil, Notario, o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil, para la celebración ante ellos del matrimonio en forma civil. Reforma que viene a aclarar el sentido que ha de orientar esta cuestión".

Interesa resaltar los siguientes apartados de la Instrucción:

Primero. Reglas de competencia para los Notarios, en materia matrimonial.

a) Procedimiento de autorización matrimonial: Será competente para tramitar el procedimiento de autorización matrimonial el Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, al que por turno le corresponda conocer del mismo en virtud de lo establecido en la Circular 1/2021 de 24 abril del Consejo General del Notariado.

b) Celebración del matrimonio: Una vez obtenida la autorización, la celebración podrá realizarse ante el mismo Notario, o si lo han solicitado los contrayentes, ante otro Notario, Encargado, Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue. En todo caso, el dato del encargado elegido para celebrar el posterior matrimonio deberá hacerse constar en el acta.

A su vez, siguiendo el actual statu quo, autorizado el matrimonio por Encargado, éste podrá celebrarlo o, a elección de los contrayentes, delegará, como lo viene haciendo en la actualidad, para que la celebración pueda realizarse ante otro Encargado, ante Notario o ante cualquiera otra de las autoridades además del Notario, como son el Juez de Paz, Alcalde o Concejal.

c) Matrimonio en peligro de muerte:

Tramitación de procedimientos de celebración en peligro de muerte: el Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

Tramitación de procedimiento de autorización posterior a la celebración en peligro de muerte: el Notario que lo celebró.

d) Inscripción del matrimonio: El Notario comunicará la celebración del matrimonio y, en caso de matrimonio en peligro de muerte, la anotación provisional si se solicita y la autorización o denegación posterior del mismo; a la oficina del Registro Civil de su localidad. La comunicación

con la oficina del Registro Civil se realizará en la forma en que se viene haciendo actualmente o con los nuevos servicios electrónicos a medida que se disponga de la conexión a las aplicaciones informáticas lo que estará en función del despliegue del nuevo modelo de Registro Civil.

Segundo. Cuando alguno de los solicitantes sea extranjero. Asistencia de Intérprete.

En el caso de que alguno de los solicitantes sea extranjero y no comprenda el castellano, será necesario que sea asistido por intérprete a los efectos del presente procedimiento de autorización matrimonial. Debe ser traductor jurado o perteneciente a lista, de conformidad con el art. 50 LN, de peritos intérpretes traductores que puedan ser requeridos por el Notario si fuere el caso.

Si no fuera posible, será de aplicación supletoria lo dispuesto el art. 143 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre intervención de intérpretes. Debe tenerse en cuenta que la Ley 39/2015 tiene carácter supletorio de conformidad con la disposición final primera de la Ley de Registro Civil, de donde resulta la remisión a las normas de la LEC en algunos casos relativos a práctica probatoria (*vid.* art. 77 de la Ley 39/2015); por lo que también tendría este carácter en relación con la Ley de Registro Civil y para esta cuestión concreta que no se encuentra regulada en la Ley 39/2015 pero sí en el art. 143 LEC.

En el supuesto de acogerse a la traducción por medio de traductor “habilitado”, el Notario habrá de calificar o habilitar al traductor en el procedimiento tras comprobar su idoneidad, no tanto en cuanto al conocimiento de la lengua (desconocida por el Notario), sino por su presunto conocimiento (nacionalidad o título de haber estudiado el idioma), recogiendo la fundamentación de la habilitación en el acta, así como la declaración de no guardar ninguna relación de parentesco o de índole familiar que ponga en riesgo su imparcialidad en la traducción, que habrá de comprometerse a formular fielmente, con apercibimiento, en otro caso, de incursión en las responsabilidades penales y civiles a que haya lugar.

Tercero. Tramitación del procedimiento.

Una vez designado el Notario conforme a la Circular 1/2021 de 24 abril del Consejo General del Notariado, se deberá presentar ante el mismo la solicitud de autorización de matrimonio firmada por los dos solicitantes, en la que consten los datos identificativos de ambos, declaración de que no existe impedimento, domicilio, nombre de los testigos y autoridad y lugar elegidos para la celebración. Solicitud cuyo modelo se adjunta como Anexo a esta Instrucción.

Los documentos que deben acompañar a la solicitud, serán los siguientes:

1. De cada contrayente, Documento Nacional de Identidad, o en el caso de ciudadanos extranjeros pasaporte y Numero de Identificación de Extranjero (NIE).
2. Certificaciones literales de nacimiento de ambos contrayentes, si no hay opción a consulta.
3. Certificaciones literales de matrimonio previo, disuelto por divorcio o nulidad si alguno de los futuros cónyuges contrajo otras nupcias con anterioridad.
4. Certificaciones literales de matrimonio previo y defunción del otro cónyuge, en su caso.
5. Certificaciones de empadronamiento de los contrayentes, cuando no haya opción a consulta.
6. Identificación de testigos.
7. Testimonio o copia electrónica de resolución judicial con dispensa de impedimentos, sólo en los casos de dispensa.
8. Datos identificativos de los hijos comunes anteriores al matrimonio, si existiesen.
9. Escritura pública de apoderamiento en caso de celebración de matrimonio por poder.
10. Dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento, para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentase condiciones de salud especiales que puedan generar dudas sobre si puede o no prestar el consentimiento matrimonial.

Dicha documentación deberá presentarse debidamente actualizada, dándose dicha circunstancia cuando las certificaciones u otro documento se hayan expedido dentro de los seis meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud ante el Notario; o si el documento o certificado señalara expresamente un plazo de validez del mismo, se estará a dicho plazo

La documentación debe ser original o copia auténtica de la misma, y en el caso de documentos extranjeros deben presentarse, de conformidad con el art. 95 de la Ley 20/2011, debidamente traducidos y legalizados.

– En cuanto a la legalización, se requerirá doble legalización de sus países de origen y de nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Se exceptúa de esta obligación de legalización:

- a) A los documentos de países de la Unión Europea, con base en lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 julio 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012.
- b) En defecto de lo anterior, de los Convenios Internacionales de los que España sea parte, especialmente, el Convenio de Viena número 16 de la CIEC, de 8 septiembre 1976 (BOE 200, de 22 agosto 1983) sobre certificaciones plurilingües de actas de nacimiento y el Convenio número 20, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Múnich el 5 septiembre 1980, ratificado por España por instrumento de 10 febrero 1988 (BOE 16.5.1988).

– En cuanto a la traducción:

- a) En los casos de países de la Unión Europea, con base en lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/1191, pueden aportarse acompañados del modelo multilingüe o bilingüe que evita la necesidad de traducción.
- b) Todos los demás que no procedan de la Unión Europea deben venir traducidos, en su caso, por traductor reconocido por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

(...).

NOMBRE Y APELLIDOS

9. NO PUEDE MANTENERSE LA NEGATIVA SISTEMÁTICA A VARIAR LA TERMINACIÓN DEL APELLIDO DE ORIGEN EXTRANJERO DE UN MENOR EN FUNCIÓN DE SU SEXO, SIEMPRE QUE SE ACREDITE EL DERECHO EXTRANJERO (Resolución–Circular DGSJFP 19 abril 2021)

La Resolución–Circular de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19 abril 2021, sobre cambio de criterio interpretativo del art. 200 RRC determina lo siguiente:

Según lo dispuesto en el art. 109 Cc: “Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley”, añadiendo que ‘El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo’.

De igual modo, la Ley de 8 junio 1957 sobre el Registro Civil (LRC) establece en el párrafo tercero de su art. 55 que ‘El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación’.

En este sentido, cabe destacar que lo establecido en los artículos anteriores resulta, igualmente, aplicable en los casos de plurinacionalidad, de manera que la atribución de apellidos

se rige por la legislación española, aunque el nacido tenga, además, otra nacionalidad, toda vez que la legislación extranjera no puede condicionar la aplicación de las normas españolas.

Por otro lado, el art. 200 del Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC) dispone que 'En la inscripción de nacimiento constará la forma masculina o femenina del apellido de origen extranjero cuando en el país de procedencia se admite la variante, acreditándose ésta, si no es conocida por el Encargado, en virtud de testimonio del Cónsul en España, del Cónsul de España en el país o de Notario español que la conozca. Los hijos de españoles fijarán tales apellidos en la forma que en el uso haya prevalecido. Al margen se podrán anotar las versiones de apellidos extranjeros cuando se acredite igualmente que son usuales'.

Al amparo de lo señalado en los artículos anteriores, hasta la fecha, el criterio de esta Dirección General ha sido el de considerar que el art. 200 RRC no era de aplicación automática ni cabía interpretarlo aisladamente, puesto que, en el caso de menores de igual filiación, nacidos españoles de origen por ser hijos de un ciudadano español, al ser la ley personal aplicable, según los dispuesto en el art. 9.9º Cc, la española, debía siempre prevalecer el principio de homopatrimonialidad entre hermanos de igual filiación y, en consecuencia, los apellidos inscritos al nacido en primer lugar resultarían los apellidos a inscribir al nacido posteriormente, sin importar si este era varón o mujer.

La justificación del criterio mantenido, hasta ahora, se basaba en que este Centro consideraba que la identidad de apellidos entre hermanos del mismo vínculo, establecida en normas de rango legal (arts. 109 Cc y 55 LRC), no admitía quiebra y, en consecuencia, prevalecía sobre la regla del art. 200 RRC, que debía interpretarse en el sentido de que la variante masculina o femenina inscrita al mayor de los hijos determinaba la forma que ha de adoptar el apellido de los sucesivos.

Sin embargo, la frecuencia con la que se plantean controversias relativas a la interpretación de estos artículos, e incluso las recomendaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo con ocasión de alguna queja de particulares en ese sentido, han llevado a este Centro Directivo a revisar el criterio hasta ahora aplicado.

En este sentido, esta Dirección General considera que no cabe ignorar los cambios sociales experimentados en las últimas décadas como resultado de los movimientos migratorios y el establecimiento en nuestro país de un número considerable de ciudadanos extranjeros, con el consiguiente aumento de los vínculos de estos con nacionales españoles a través de la formación de unidades familiares mixtas y el incremento en el número de nacionalizaciones. Por otra parte, si bien la homopatrimonialidad entre hermanos menores del mismo vínculo es, como se ha dicho, un principio de orden público del sistema español, lo cierto es que el apellido que se atribuye en aplicación de la regla prevista en el art. 200 RRC es en realidad el mismo, ya se trate de mujeres o varones, pues no hay una variación sustancial entre uno y otro caso, sino únicamente una pequeña modificación en su terminación.

De hecho, este centro ha autorizado en ocasiones cambios mínimos de apellidos siempre que se cumplan los requisitos legales necesarios en función del tipo de petición planteada. Por todo lo expuesto, este Centro Directivo considera que no puede mantenerse, actualmente, la negativa sistemática a variar la terminación del apellido de origen extranjero de un menor en función de su sexo si tal es el deseo de los progenitores, siempre que se acredite convenientemente la existencia de dicha variante en el país del que se trate y, en consecuencia, ha acordado modificar el criterio interpretativo actual del art. 200 RRC y establecer las siguientes directrices:

Primera. – Conforme al art. 9.1º Cc, los nombres y apellidos de los españoles están regulados por la ley española y, en consecuencia, si la filiación está determinada por ambas líneas, los apellidos de un español son el primero del padre y el primero de los personales de la madre, en el orden elegido por los progenitores de común acuerdo. Esta regla es aplicable también en los casos de plurinacionalidad, de manera que la atribución de apellidos se rige por la legislación española, aunque el nacido tenga, además, otra nacionalidad.

Segunda.– En aplicación de la nueva interpretación expuesta en esta Resolución–Circular, cuando el apellido atribuido a hermanos del mismo vínculo tenga terminaciones distintas, masculinas o femeninas, en el país del que el progenitor es nacional, se podrá autorizar la adecuación de la variante que corresponda en cada caso, según el sexo de los menores, considerando que este cambio no implica un cambio de apellido sino una pequeña modificación de un apellido que legalmente pertenece a los menores afectados.

Tercera.–No obstante, cabe destacar que, como el art. 200 RRC deja claro que los hijos de españoles fijarán los apellidos en la forma que en el uso haya prevalecido, la regla para la atribución inicial de los mismos no varía, debiendo, en consecuencia, acceder a esta modificación en la terminación del apellido que corresponda, una vez hecha la inscripción inicial en Registro Civil, según lo establecido en la legislación española, mediante un expediente distinto de la competencia general atribuida al Ministerio de Justicia en esta materia y hoy, por delegación (Orden JUS/987/2020, de 20 de octubre) a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Cuarta.– La autorización de este tipo de modificaciones en un apellido no exigirá la necesidad de acreditar el cumplimiento del primero de los requisitos generales de los arts. 57 LRC y 205 RRC, no obstante, sí deberá quedar debidamente acreditado que la forma pretendida es la que corresponde al inscrito según el país del que el progenitor es nacional.

PODERES DE REPRESENTACIÓN

10. EL PODER DE REPRESENTACIÓN OTORGADO ANTE NOTARIA FRANCESA ES SUSCEPTIBLE DE SER ADECUADO AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL (Res. DGSJFP 19 noviembre 2020)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19 noviembre 2020, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Vélez–Málaga nº 2 a inscribir una escritura de compraventa, declara que el poder de representación otorgado ante notaria francesa objeto de análisis en este expediente es susceptible de ser adecuado al ordenamiento español y, por tanto, es formal y funcionalmente equivalente a los autorizados por los notarios españoles, al tiempo que surte los mismos o más próximos efectos en el país de origen. De acuerdo con el organismo directivo:

[...]

8º. En el caso de este expediente se expresa por el notario español que se le ha exhibido copia autorizada de la escritura de poder, debidamente apostillada, con identificación de la notaria autorizante, que de tal documento resultan facultades suficientes el otorgamiento de la concreta escritura; y añade que dicho documento es “equivalente formal y sustancialmente respecto al derecho español, al estar suscrito por autoridad con facultades de fe pública conforme a la ley francesa y contener juicio suficiente de identidad y capacidad de los otorgantes”. Así, la escritura pública de compraventa presentada a inscripción reseña el conjunto de aspectos del documento representativo extranjero que son necesarios para calificar su eficacia formal, pues resultan no sólo los datos de identificación del documento sino también el hecho de que se encuentra redactado en doble columna en idioma francés y español, así como que está apostillado. Además, contiene un juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas, así como un juicio explícito respecto de los requisitos materiales que permiten afirmar –parafraseando el citado art. 60 de la Ley 29/2015– que la notaria extranjera ha intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trata y surte el poder que autoriza los mismos o más próximos efectos en el país de origen y por tanto es susceptible de adecuarse al ordenamiento jurídico español.

Por ello debe ser considerado suficiente a efectos también de acreditación de la referida equivalencia.

Debe tenerse en cuenta que la mayoría de las normas interpretadas por esta Dirección General referidas en los fundamentos de Derecho precedentes aluden expresamente a los documentos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad, mientras que los poderes documentados en el extranjero por personas investidas de funciones fedatarias no son, en sí mismos, objeto de inscripción, en cuanto documentos auxiliares del acto principal.

Respecto de los documentos directamente inscribibles está justificada la aplicación de criterios rigurosos a la hora de apreciar si en el documento público extranjero de compraventa de inmueble sito en España que ha sido autorizado por fedatario extranjero éste ha realizado funciones sustancialmente equivalentes a las que desarrolla un notario español cuando autoriza una escritura de compraventa de inmueble situado en España, de modo que dicho documento extranjero no será equivalente a la escritura de compraventa exigida por el Derecho español para la inscripción de la adquisición en el Registro si el notario extranjero no puede llevar a cabo el mismo control que realiza un notario español, al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo ni serle tampoco exigible el conocimiento ni la aplicación cabal de un ordenamiento jurídico foráneo, ajeno a su competencia. Los intereses del foro vinculados a determinadas formalidades, que resultan protegidos mediante el control formal que ejerce un funcionario ligado al propio Estado y garante de la entera legalidad del acto dentro de ese ordenamiento estatal, no pueden, por ello, considerarse asegurados de modo equivalente si quien interviene el acto es un funcionario extranjero, carente de formación y autoridad para controlar una legalidad ajena a su competencia y exento de deberes de cooperación con una Administración Pública de la que no forma parte [cabe traer a colación las consideraciones de la citada STJUE 9 marzo 2017, en el as. C-342/15, al afirmar lo siguiente: “La llevanza del Registro de la Propiedad constituye así un componente esencial de la administración preventiva de la justicia, en la medida en que pretende garantizar una correcta aplicación de la ley y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, objetivos que forman parte de las misiones y responsabilidades del Estado. 59. En tales circunstancias, las disposiciones nacionales que exigen que se recurra a profesionales fedatarios, como los notarios, para verificar la exactitud de las inscripciones practicadas en un Registro de la Propiedad contribuyen a garantizar la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias y el buen funcionamiento del Registro de la Propiedad, y entroncan, en términos más generales, con la protección de la buena administración de justicia, la cual, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, constituye una razón imperiosa de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 12 diciembre 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, ap. 36). 60. Por otro lado, procede recordar que, en su sentencia de 24 mayo 2011, *Comisión/Austria* (C-53/08), apartado 96, el Tribunal de Justicia ya declaró, en relación con la libertad de establecimiento, que la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares constituye una razón imperiosa de carácter general que permite justificar posibles restricciones del art. 49 TFUE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello (...). 65. En tales circunstancias, el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares (...)].

Respecto de los poderes de representación documentados en el extranjero no existen esas mismas razones expuestas en el párrafo anterior; lo que unido a la necesidad de facilitar la circulación de los mismos –precisamente para permitir con mayor agilidad el otorgamiento en España de la escritura de compraventa que reúna los requisitos exigidos por el Derecho español– debe conducir a la necesaria flexibilidad en la apreciación de la referida equivalencia de funciones. De este modo, no puede rechazarse un poder como el del presente caso que está formalizado en lo que constituye un documento auténtico, no sólo según la legislación francesa sino también conforme a la legislación española en la medida en que, como afirma el notario autorizante de la escritura calificada, ha sido autorizado por quien tiene atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y ha dado fe de la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contiene.

Por otra parte, aunque –como ha quedado expuesto– el registrador puede en su calificación disentir 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.

A tal efecto, esta Dirección General ha recordado reiterada y muy recientemente (*cf.*, por todas, Resoluciones de 15 febrero 2016, 5 de enero y 17 abril 2017 y 7 de septiembre y 18 diciembre 2018) 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 RH, 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.

Por las consideraciones precedentes, puede considerarse que el poder de representación otorgado ante notaria francesa objeto de análisis en este expediente es susceptible de ser adecuado al ordenamiento español y, por tanto, es formal y funcionalmente equivalente a los autorizados por los notarios españoles, al tiempo que surte los mismos o más próximos efectos en el país de origen.

Observaciones: Se refiere el recurso a un supuesto de escritura de compraventa en cuyo otorgamiento la sociedad compradora actúa representada en virtud de un título de representación (con denominación de “escritura de poder”) formalizado en París, ante notaria francesa; y de dicho documento representativo el notario español reseña el lugar de su otorgamiento, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactado a doble columna en lenguas francesa y española así como el hecho de que cuenta con apostilla conforme al Convenio de la Haya de 5 octubre 1961, emitiendo a continuación su juicio de suficiencia sobre las facultades representativas acreditadas. Además, añade que de dicho poder resultan las facultades

necesarias y es “equivalente formal y sustancialmente respecto al derecho español, al estar suscrito por autoridad con facultades de fe pública conforme a la ley francesa y contener juicio suficiente de identidad y capacidad de los otorgantes”.

Se da la circunstancia de que se incorpora a la escritura testimonio del referido poder, a cuya vista el registrador estima que la notaría francesa se limita a la legitimación de firma en documento privado de apoderamiento, por lo que considera que esta intervención de la notaría no puede equipararse al otorgamiento del documento público previsto en el art. 1280.5º Cc, careciendo por tanto de los todos requisitos exigibles a un documento público, aunque dicho escrito esté apostillado.

La DGSJFP no solo confirma su doctrina sobre el juicio de equivalencia de los poderes de representación otorgados en el extranjero y el alcance del juicio de suficiencia notarial al respecto, sino que da un paso más para anular cualquier control por parte del registrador del juicio de equivalencia realizado por el notario. Retomando su doctrina anterior (*vid. AEDIPr*, 2020/DGRN/22), la DGSJFP reitera las ideas clave sobre el juicio de equivalencia de los poderes públicos de representación otorgados en el extranjero, y que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

i) Ley española aplicable a la eficacia del poder de representación: El poder de representación para realizar una compraventa sobre un bien inmueble situado en España se rige por la ley española (arts. 10.11º y 11 Cc) que requiere para su eficacia la forma de documento público (art. 1280.5º Cc).

ii) Necesidad y contenido del juicio de equivalencia positivo presupuesto en el juicio de suficiencia: Si el documento público se otorga con intervención del fedatario extranjero, es preciso que dicho documento público sea equivalente al exigido en España. La DGSJFP cita a este respecto el art. 57 LCJIMC, lo que resulta inapropiado, pues se trata de un precepto referido a la equivalencia de instituciones para el proceso de adaptación de derechos y tiene, por tanto, un alcance sustantivo y no formal. El principio de equivalencia formal de documentos públicos se justifica, más propiamente, por la aplicación del art. 11 Cc, el art. 4 LH y, *mutatis mutandis*, en virtud de lo dispuesto en los arts. 56 y 60 LCJIMC y la Disposición Adicional Tercera de la LJV. La DGSJFP describe el contenido del juicio de equivalencia sobre la base de la autorización pública del documento con juicio de identidad y de capacidad: “*Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga*”.

iii) Juicio de equivalencia positivo presupuesto en el juicio de suficiencia: Aunque la DGSJFP hace la distinción entre el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia, recuerda que el juicio de suficiencia reservado al notario por el art. 98 de la Ley 24/2001 presupone un juicio de equivalencia positivo: “*Si el notario español autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, necesariamente deberá haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español (ex arts. 56 y 60 de la Ley de cooperación jurídica internacional). De lo contrario no sería suficiente; y si, pese a no darse la equivalencia, autorizara el documento, por las razones concretas del supuesto, deberá advertir e informar expresamente que dicha equivalencia no ha podido ser apreciada*”. Aunque la DGSJFP no exige de los notarios una reseña explícita del juicio de equivalencia, en el caso concreto la reseña del notario resultaba bastante explícita “*respecto de los requisitos materiales que permiten afirmar –parafraseando el citado art. 60 de la Ley 29/2015– que la notaría extranjera ha intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trata y surte el poder que autoriza los mismos o más próximos efectos en el país de origen y por tanto es susceptible de adecuarse al ordenamiento jurídico español*”.

iv) El poder no es un documento inscribible, por lo que queda atenuado el control de la equivalencia por parte del registrador: Insiste la DGSJFP en una sorprendente doctrina que distingue la intensidad del juicio de equivalencia según que el documento público extranjero sirva como título para la inscripción registral (art. 60 LCJIMC) o sea una mera condición de eficacia sustancial de la representación y, por tanto, de la validez sustancial del acto inscrito. Curiosamente, el juicio de equivalencia del documento público extranjero se considera más intenso (*cognitio plena*) cuando se trata de aportar el documento público como título de inscripción: *“Respecto de los documentos directamente inscribibles está justificada la aplicación de criterios rigurosos a la hora de apreciar si en el documento público extranjero de compraventa de inmueble sito en España que ha sido autorizado por fedatario extranjero éste ha realizado funciones sustancialmente equivalentes a las que desarrolla un notario español cuando autoriza una escritura de compraventa de inmueble situado en España, de modo que dicho documento extranjero no será equivalente a la escritura de compraventa exigida por el Derecho español para la inscripción de la adquisición en el Registro si el notario extranjero no puede llevar a cabo el mismo control que realiza un notario español, al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo ni serle tampoco exigible el conocimiento ni la aplicación cabal de un ordenamiento jurídico foráneo, ajeno a su competencia”*.

Advierte la DGSJFP que el poder de representación no es un documento inscribible, sino que el título inscribible es el acto jurídico al que ha dado lugar (la compraventa en este caso), para justificar con ello un juicio de equivalencia más liviano, *prima facie* o mediante una *cognitio limitada*: *“Respecto de los poderes de representación documentados en el extranjero no existen esas mismas razones expuestas en el párrafo anterior, lo que unido a la necesidad de facilitar la circulación de los mismos –precisamente para permitir con mayor agilidad el otorgamiento en España de la escritura de compraventa que reúna los requisitos exigidos por el Derecho español– debe conducir a la necesaria flexibilidad en la apreciación de la referida equivalencia de funciones. De este modo, no puede rechazarse un poder como el del presente caso que está formalizado en lo que constituye un documento auténtico, no sólo según la legislación francesa sino también conforme a la legislación española en la medida en que, como afirma el notario autorizante de la escritura calificada, ha sido autorizado por quien tiene atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y ha dado fe de la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contiene”*. Ya se ha llamado la atención en otras ocasiones sobre las paradojas de este planteamiento, que no tiene en cuenta que la equivalencia sustancial de documentos públicos extranjeros como requisito de validez o eficacia de un acto, en este caso la representación que habilita la capacidad de una parte para la compraventa, merecería, al contrario, un juicio más estricto. Una inscripción registral sobre la base de una calificación errónea del título inscribible es susceptible de rectificación y debe evitarse por razones de seguridad jurídica. Pero más aún queda perjudicada la seguridad jurídica si lo que accede al registro es la publicidad de un acto nulo o ineficaz.

La presente Resolución de la DGSJFP en realidad bloquea cualquier posibilidad de control por parte de los registradores del juicio de equivalencia de los poderes de representación llevado a cabo por el notario. Insiste la DGSJFP que *“en el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente, y sin que ello signifique que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación Debe tenerse en cuenta que la mayoría de las normas interpretadas por esta Dirección General referidas en los fundamentos de Derecho precedentes aluden expresamente a los documentos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad, mientras que los poderes documentados en el extranjero por personas investidas de funciones fedatarias no son, en sí mismos, objeto de inscripción, en cuanto documentos auxiliares del acto principal”*.

Ya se ha señalado otras veces la imposibilidad de que el registrador pueda poner en cuestión un juicio de equivalencia sin tener a la vista el escrito de apoderamiento, pero en el presente caso se da la circunstancia de que el poder se había acompañado y habilitado con ello un juicio registral

más fundado sobre la equivalencia. La DGSJFP, además de la consabida invitación a notarios y registradores en el avance del conocimiento del Derecho extranjero, vuelve a insistir en que aunque registrador puede “*disentir 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 impositivo 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*”.

Pues bien, en el presente caso, a la vista del poder de representación, el motivo del disenso por parte del registrador parece claro: si un notario español se limita a legitimar la firma del poderdante en un documento privado de apoderamiento, esta intervención notarial no convierte al poder en un documento público, que requiere las condiciones propias de otorgamiento de una escritura pública. Si la notaria francesa ha procedido meramente a esta legitimación de firmas, no cabe por tanto la equivalencia porque el documento no ha sido autorizado por un notario, que solo ha intervenido para legitimar una firma. La cuestión, por tanto, no es poner en cuestión la función como fedatario público que despliega un notario francés, equivalente al español, sino calificar la intervención del notario respecto del apoderamiento o de su mera firma. Una legalización de firma por un notario resulta tan “apostillable” como un poder otorgado ante notario en forma de escritura pública, por lo que la apostilla no es indicio alguno que ayude a tal juicio de equivalencia.

La DGSJFP en ningún momento analiza justamente esta cuestión, que es la que estaba obligada a analizar a la luz de las discrepancias entre el notario y el registrador, a saber, si la intervención de la notaria francesa indica que lo fue para otorgar o autorizar el poder o acto de representación o, al contrario, para meramente legalizar la firma del poderdante en un documento privado de apoderamiento. No hay en la extensa resolución una sola línea sobre la calificación del documento y de la intervención notarial, donde radicaba la diferencia de criterio notarial y registral.

Por ello su conclusión es infundada: “*Por las consideraciones precedentes, puede considerarse que el poder de representación otorgado ante notaria francesa objeto de análisis en este expediente es susceptible de ser adecuado al ordenamiento español y, por tanto, es formal y funcionalmente equivalente a los autorizados por los notarios españoles, al tiempo que surte los mismos o más próximos efectos en el país de origen*”. Sin el juicio señalado sobre el carácter de la intervención de la notaria francesa esta conclusión es infundada, como lo es la estimación del recurso.

La única conclusión lógica de la propia Resolución es, pura y simplemente, que no cabe la revisión o control por parte del registrador del juicio de equivalencia del poder de representación realizado por el notario autorizante. Que esta sea la única conclusión lógica de la Resolución no implica, obviamente, que sea razonable.

S.S.L.

11. JUICIO DE SUFICIENCIA Y EQUIVALENCIA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN EN ESCRITURA OTORGADA ANTE NOTARIO HOLANDÉS (Res. DGSJFP 24 mayo 2021)

Se plantea en el recurso, esencialmente, la insuficiencia del juicio de suficiencia y equivalencia del poder de representación de uno de los comuneros por notario holandés para el otorgamiento de una escritura de extinción de condominio, de conformidad con el art. 98 Ley 24/2001, sin que exista constancia, además, de que el poder se haya otorgado en documento público. Se aducen asimismo otros tres defectos: manifiestan los comparecientes que actúan en ejercicio de su profesión o empresa, lo que no se acredita; no consta cual es el régimen en relación con la

titularidad de las esposas sobre las partes indivisas al ser aplicable el derecho holandés y haber sido adquirida por compra; y por último que la extinción del condominio que ahora se ratifica se otorgó en escritura que no se aporta.

La DGSJFP confirma la calificación registral. No plantea dudas de que la eficacia del poder, en cuanto se refiere a un acto con trascendencia real sobre un bien inmueble situado en España, se rige por la ley española de conformidad con el art. 10.11º Cc. En consecuencia, debe realizarse un juicio de suficiencia y equivalencia de dicho poder otorgado en el extranjero. En virtud del principio *auctor regit actum* el notario holandés aplica la legislación notarial holandesa, por lo que no cabe exigir que aplique el art. 98 de la Ley 24/2001. Consecuentemente, la DGSJFP no considera aplicable su doctrina sobre el control registral del juicio de suficiencia y equivalencia del poder notarial cuando tal control viene realizado por el notario español. Para confirmar la calificación registral, la DGSJFP se limita a señalar que *“el juicio de suficiencia realizado por el notario de Países Bajos, no puede ser considerado equivalente, en cuanto como resulta del mismo instrumento lo es a los efectos del Derecho de aquel país, no siendo allí donde la representación surte sus efectos sino en España, lugar de situación del inmueble y de la autoridad del Registro. No existiendo en el documento indicación alguna al respecto que permita su adecuación y equivalencia”*.

Aunque el notario extranjero haga un juicio de suficiencia lo hace normalmente conforme al Derecho extranjero en virtud del principio *auctor regit actum*, y en particular no le resulta exigible ni suele llevar a cabo el juicio de equivalencia del documento público de apoderamiento con el Derecho español, por lo que no resulta aplicable la doctrina de la DGRN acerca del carácter implícito del juicio de equivalencia dentro del juicio de suficiencia, cuando este lo lleva a cabo un notario extranjero. Así lo confirma la presente resolución. Además, al tratarse de un notario extranjero, el valor de dicho juicio de equivalencia sería relativo, dado que exige una comparación con la función notarial tal y como se regula en España. No obstante, una aplicación rígida de esta doctrina implicaría la denegación de la inscripción de cualquier documento público extranjero en que uno o más comparecientes participaran representados mediante poder. Por ello, lo aconsejable es que en este caso el juicio de equivalencia sea llevado a cabo por el propio registrador, para lo cual debe acompañarse a la escritura, en la solicitud de inscripción, o recabarse por el registrador copia de los poderes de representación que le permitan proceder a ese juicio de equivalencia, que debe ser presumiblemente positivo si el poder se ha otorgado en forma pública ante un notario extranjero que despliegue funciones equivalentes a las propias de los notarios españoles.

Se refiere la DGSJFP a otros tres defectos observados. Dos de ellos tienen que ver con la falta de acreditación del Derecho extranjero. La afirmación recogida por el notario autorizante conforme a la cual manifiestan los comparecientes que actúan en ejercicio de su profesión o empresa no solo no se acredita, sino que además no se señala y prueba la trascendencia que esta manifestación pueda tener en el Derecho de los Países Bajos. La misma falta de prueba del Derecho se observa en relación con el tercer defecto, referido a la necesidad de concurrencia del consentimiento del cónyuge, sin que se haya acreditado debidamente la aplicabilidad, contenido y alcance del art. 88 Cc holandés referido a la versión anterior a la vigente de 29 enero 2019. Por último, respecto del cuarto defecto, en cuanto el título que se presenta es una ratificación de una escritura anterior, como observa el registrador, esta debería aportarse ya que el negocio jurídico está compuesto por dos documentos, tal y como resulta de la escritura presentada y ambos deben ser objeto de calificación conjunta (arts. 18 y 20 LH). Para ello, el título debe ser traducido a lengua española y apostillado.

S.S.L.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

12. NO ES SUFICIENTE PARA PRACTICAR UNA RECTIFICACIÓN DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA YA INSCRITA QUE SE ACREDITE CON UN CERTIFICADO DE VIGENCIA DE LEYES CUÁL ERA EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL SUPLETORIO EN ALEMANIA (Res. DGSJFP 3 septiembre 2020)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 3 septiembre 2020*, desestima un recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Torredembarra, por la que se suspende la inscripción de una escritura de rectificación de otra escritura de compraventa ya inscrita sin intervención de todos los titulares registrales. La finca controvertida se halla en Torredembarra pertenece a Don R. K. W. H. y doña M. H., según consta en la escritura de compra, autorizada por el Notario de El Vendrell, Don Antonio Deu Font, el día 31 marzo 1988, y ahora se pretende rectificar el régimen económico matrimonial mediante certificación de ley extranjera, sin el consentimiento de uno de los titulares registrales. De acuerdo con el organismo directivo:

[...]

Si, como se expresa en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se produjo un error en el título anterior al reflejar que el comprador estaba casado en régimen de comunidad de bienes alemán, practicándose la inscripción a nombre de ambos esposos para su comunidad de bienes, cuando en realidad estaban casados conforme al régimen económico-matrimonial supletorio alemán de separación de bienes con nivelación de las ganancias, se trata de un defecto o error en dicho título al que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 40.d) LH, el cual, como expresó la Resolución de este Centro Directivo de 13 septiembre 2005 “es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial”.

En el mismo sentido la STS 1ª 15 diciembre 2005 ha puesto de relieve que, según el art. 40 LH, la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto y se practicará con arreglo a las siguientes normas: “(...) d) cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real del que se derive”. Glosando este precepto legal afirma el Tribunal Supremo en la citada Sentencia que “en sus tres últimos párrafos, prevé el art. 40 de la LH –desde la reforma de 1944–1946 y a semejanza de lo establecido en el Sistema Registral Alemán– la existencia de una acción encaminada exclusivamente a obtener la rectificación del asiento inexacto. Es ésta la acción que habrá de ejercitarse cuando la falta de consentimiento del titular registral impida rectificar el registro de otro modo. La pura acción de rectificación, desligada de las acciones materiales, sólo parece posible en los casos de error y de nulidad del asiento que derive de su contraste con el título, cuando no exista consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y no pueda tampoco rectificarse de oficio por el registrador. Ejercitándose conjuntamente con una acción material, la de rectificación seguirá la suerte de ésta”.

4º. Es cierto que esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (*cf.*, entre otras, las Resoluciones de 5 mayo 1978, 6 noviembre 1980, 10 septiembre 2004, 13 septiembre 2005, 19 junio 2010, 7 de marzo, 24 de junio, 23 de agosto y 15 octubre 2011 y 29 febrero 2012) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del art. 40.d) de la LH, pues bastará para llevar a cabo

la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido.

No obstante, en el presente caso no es suficiente para practicar la rectificación pretendida que se acredite con un certificado de vigencia de leyes cuál era el régimen económico-matrimonial supletorio en Alemania ya que los cónyuges pudieron haber pactado en capitulaciones matrimoniales el de comunidad o bien podía resultar este régimen de aplicación por razón de la fecha de su matrimonio y por proceder de los Landers de Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thuringen (con inclusión del Land de Berlín), habiendo efectuado la declaración prevista en las Disposiciones Particulares aplicables a la transición del Derecho Federal, de manera que se mantuviese el régimen comunidad legítima regulado por el Código de Familia de la República Democrática Alemana –ya que éste era el régimen económico propio de la República Democrática Alemana al tiempo de la unificación–.

En este caso es, por tanto, procede confirmar la nota de calificación.

13. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA POR UNA RUSA CON NACIONALIDAD DISTINTA A LA DE SU ESPOSO (Res. DGSJFP 28 septiembre 2020)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 28 septiembre 2020*, estima un recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Marbella nº 3 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca otorgada ante un notario en relación con una señora de nacionalidad rusa que compró una vivienda, manifestando en la escritura que había contraído matrimonio con anterioridad al 29 enero 2019 y que, al no haber otorgado capitulaciones matrimoniales y no ostentar la misma nacionalidad que su esposo, su régimen económico matrimonial era el legal supletorio en Reino Unido, por ser éste el país de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. El organismo directivo justifica su decisión en las siguientes consideraciones:

[...]

3º. Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el art. 92 RH.

Así, frente a la regla general de nuestro sistema registral, que exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 51.6.ª RH), y aunque, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para la adquisición de un bien por extranjero casado debería acreditarse el régimen económico en ese momento, a fin de inscribir dicho bien según la determinación de dicho régimen, tal y como preceptúa el art. 51.9.ª a), RH, lo cierto es que tales reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación “a priori” del régimen económico matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 RH). En efecto, teniendo en cuenta, por un lado, la problemática que plantea la prueba del régimen económico matrimonial de los sujetos a legislación extranjera, y, por otro, que lo determinante será observar, en el momento de la disposición del bien, las normas y pactos que como consecuencia del régimen económico matrimonial sean aplicables respecto de dicho bien, este Centro Directivo primero y el art. 92 RH

después (desde la reforma de 1982), asumieron que la solución más acertada consiste en aplazar tal prueba para el momento de la enajenación o gravamen posterior, inscribiéndose la adquisición sin necesidad de expresar el régimen en la inscripción ('con indicación de éste, si constare' expresa la disposición *in fine* de ese precepto reglamentario), difiriendo la prueba para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el art. 92 RH se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere "con sujeción a su régimen matrimonial".

Por otra parte, como ha expresado esta Dirección General en reiteradas ocasiones (*vid.* Resoluciones de 19 diciembre 2003, 10 de enero y 4 y 12 febrero 2004, 31 agosto 2017 y 2 abril 2018, entre otras) 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 adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al art. 54 RH.

4º. De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6º Cc) y a determinar, conforme a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así, aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

En el presente caso, atendiendo a la fecha de celebración del matrimonio de la compradora, posterior al día 29 enero 2019, es indudable que la norma de conflicto aplicable es el Reglamento (UE) nº 2016/1103, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros.

Este Reglamento establece con carácter universal, es decir aunque la norma de conflicto conduzca a la aplicación del Derecho de un tercer estado –sin posibilidad de reenvío, por el contrario al Reglamento (UE) nº 650/2012– distintas reglas de conflicto para los matrimonios que se contraigan con posterioridad al 19 enero 2019, sin perjuicio de las disposiciones transitorias establecidas en el art. 69.

Por lo demás, tanto la Ley 20/2011, del Registro Civil (cuando esté en vigor) como el art. 53 LN (en la redacción que le ha dado la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio) –en los casos en que resulte aplicable–, tienen como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda.

Asimismo, este Centro Directivo ha recordado reiteradamente (*cf.*, por todas, Resoluciones de 15 febrero 2016, 5 de enero y 17 abril 2017, 7 de septiembre y 18 diciembre 2018, 7 noviembre 2019 y 28 julio 2020) 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 RH, 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.

5º. A la vista de las consideraciones precedentes y de la doctrina de este Centro Directivo reseñada en los anteriores fundamentos, la calificación objeto del recurso interpuesto no puede ser mantenida, pues el notario ha cumplido con la mayor diligencia, según las normas legales y reglamentarias antes citadas, su deber de reflejar en la escritura autorizada cuál es el régimen económico matrimonial de la otorgante. No puede el registrador exigir que se acredite la elección de residencia habitual común tras la celebración del matrimonio ni el acuerdo o aprobación del otro cónyuge, pues según el art. 159 RN, “basta la declaración del otorgante”, entendiendo este Centro Directivo, como ha quedado expuesto, que dicha manifestación se recogerá por el notario, bajo su responsabilidad, tras haber informado en Derecho a dicho otorgante (de suerte que –bajo su responsabilidad y empleando a tal efecto la fórmula que estime oportuna– deberá desplegar la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos o, al menos, de no tratarse de una ley española, cuál es la ley material extranjera aplicable según la norma de conflicto que debe conocer y observar, atendiendo a las manifestaciones del otorgante sobre circunstancias como su nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos).

Además, en el presente caso, por tratarse de la legislación inglesa no existe propiamente un régimen económico matrimonial sino simple aplicación de la ley material de Reino Unido, y el notario ha precisado cuál es esta ley aplicable así como su alcance, al afirmar, por su conocimiento directo, que en dicho sistema legal existe “absoluta separación del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que conduce a la libre administración y disposición de cada uno sobre sus bienes propios” (cf. art. 36 RH).

Cabe recordar que, como ha reiterado este Centro Directivo sobre la aplicación del art. 92 RH (Resoluciones de 5 marzo 2007 y 4 diciembre 2015), en el caso de tratarse de dos cónyuges de distinta nacionalidad, es necesaria la determinación, por manifestación del adquirente o adquirentes, de cuál sea la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto aplicables. Por ello, como afirma el recurrente, la adquisición por compraventa debió haberse inscrito a nombre de la compradora, para sí o con carácter privativo según el régimen legal supletorio en Reino Unido (y no, como se ha hecho, “con sujeción a su régimen matrimonial”, sin expresar cuál es este). Y no es necesario que el cónyuge no titular consienta en la hipoteca que se pretende inscribir o en la determinación del régimen económico matrimonial aplicable. Debe tenerse en cuenta, además, que de las manifestaciones que vierte el notario autorizante en la referida diligencia (y, especialmente su afirmación sobre el conocimiento del sistema legal supletorio vigente en Reino Unido), resulta probado –conforme al citado art. 36 RH– el derecho extranjero aplicable en los términos que se han analizado anteriormente en cuanto a su contenido y vigencia así como sus consecuencias jurídicas, sin que el registrador haya formulado reserva alguna –que, de formular, debería motivar– sobre tal circunstancia (cf. entre otras muchas, la Resolución de 20 julio 2015).

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

Observaciones: Se suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca, formalizada inmediatamente después de la compraventa, por adquirente de nacionalidad rusa. En la escritura de compraventa se expresó que, al no haber otorgado capitulaciones

matrimoniales y no ostentar la misma nacionalidad que su esposo, su régimen económico matrimonial es el legal supletorio en Reino Unido, por ser éste el país de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Se inscribió la escritura de compraventa a favor de la adquirente “con sujeción a su régimen económico matrimonial”, haciendo constar que en la escritura de otorgamiento se señala que lo hace con carácter privativo. Sin embargo, se suspende la inscripción de la hipoteca, por no considerar suficientemente acreditado el régimen de separación de los cónyuges conforme a la ley aplicable (art. 95 RH). El notario autorizante extendió diligencia complementaria, indicando que tras las indagaciones oportunas procedía aplicar la ley de la residencia habitual de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Corrige el notario la fecha de celebración del matrimonio, que resulta celebrado el 23 marzo 2019, en lugar del 29 enero del mismo año, por lo que indica oportunamente que la ley aplicable debe determinarse de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, de cuyas normas de conflicto universales se desprende, no obstante, la aplicación igualmente del Derecho británico. El notario testimonia expresamente que conforme al Derecho británico dicho régimen legal es el de separación absoluta de bienes. Se ampara el notario autorizante en su recurso en que si el régimen económico matrimonial no es pactado, basta la declaración del otorgante sobre la sujeción al régimen económico matrimonial legal, de conformidad con lo previsto en el art. 159 del Reglamento Notarial.

La DGSJFP reitera su doctrina, no siempre clara, acerca de la determinación del régimen económico matrimonial en situaciones internacionales sintetizada de esta forma en el recurso: “– Si el régimen económico matrimonial del adquirente es convencional, en la escritura de ha de testimoniarse el correspondiente contrato matrimonial. – Si, por ausencia de capítulos, el régimen económico matrimonial del adquirente es el legal supletorio, en la escritura no es preciso que conste el contenido de ese régimen (comunidad o separación, principalmente), pero sí el estado cuya legislación lo regula, y su determinación se basará en la manifestación notarialmente informada del otorgante y la aplicación de la correspondiente norma de conflicto española. – Si el contenido del régimen (comunidad o separación, principalmente) resulta acreditado por las capitulaciones o por el conocimiento del legal supletorio por el notario o por el registrador, la inscripción se practicará conforme a dicho régimen”.

Conforme a esta doctrina, la DGSJFP aborda la particularidad del caso planteado y admite el recurso, sobre la base, por un lado, de una interpretación estricta del art. 159 RN, que considera suficiente la declaración del otorgante acerca de la sujeción al régimen legal de bienes por ausencia de capitulaciones. Por otra, reitera el criterio de otras resoluciones acerca del alcance del art. 92 RH, en el sentido de que la posibilidad de inscribir una compraventa con la mención genérica de la sujeción al régimen legal del matrimonio, difiriendo su concreta precisión al momento de la enajenación o hipoteca del bien, no habilita la indefinición de la ley aplicable, que debe ser en todo caso determinada por el notario o por el registrador, de forma que si uno u otro conocen, por ejemplo, que el régimen vigente en el Reino Unido (cuya ley es aplicable) es el de absoluta separación de bienes, cabe asimismo la inscripción de la adquisición del bien como privativo.

El notario había señalado en el recurso la contradicción implícita en la inscripción de la compraventa. Si el registrador estimaba que la ley aplicable al régimen económico matrimonial estaba indefinida, lo procedente hubiese sido suspender la inscripción del propio contrato de compraventa y no la inscripción de la hipoteca. La DGSJFP retoma este argumento. El caso merece, sin embargo, un análisis más preciso, en torno a dos cuestiones controvertidas relativas a la determinación de la ley aplicable.

La primera de ellas, tiene que ver con la imprecisión e indefinición por el notario de la propia ley aplicable, que en todo caso aparece referida como ley británica o del Reino Unido, aunque en

la Resolución se desliza sin justificación alguna la “ley inglesa”. No existe, para empezar, legislación británica alguna sobre el régimen económico matrimonial o el régimen de la propiedad de los bienes del matrimonio. Existe en el Reino Unido una legislación diferenciada entre el Derecho inglés (y galés) y el Derecho escocés, que presenta algunas variantes. Ciertamente, en ambos sistemas el principio de base es la ausencia de incidencia del matrimonio en el régimen de propiedad de los cónyuges, de forma que tal principio podría traducirse con acierto, como hace el notario, en un régimen de separación absoluta de bienes. Este principio, sin embargo, no es extensible al domicilio familiar, de forma que si el inmueble adquirido en España tiene por finalidad servir como vivienda familiar no se adquiere con carácter privativo si lo hace uno solo de los cónyuges, ni tampoco si lo adquieren ambos conforme a su régimen legal de bienes debe tener la consideración pura y simple de copropiedad o comunidad romana. Conforme al Derecho inglés o escocés, cuando se adquiere la vivienda familiar en España sería preciso, si la adquieren conjuntamente, establecer las respectivas cuotas o, si lo hace solo uno de ellos, convendría aportar, para inscribirlo como privativo, la declaración por el otro cónyuge de que carece de *beneficial interest* alguno. Estas cautelas son las que mejor se acomodan a las fórmulas de *constructive trust* que tanto el Derecho inglés como el escocés contemplan, con algunas variables, para la propiedad compartida de la vivienda familiar. Conforme a lo dicho, una cautela que debe imponerse en la adquisición privativa de bienes inmuebles por ciudadanos británicos es la constatación y declaración en la escritura de que el bien no constituye la vivienda familiar, en cuyo caso será correcta la consideración de que la adquisición se lleva a cabo bajo los parámetros de una separación absoluta de bienes. En cualquiera de los casos, dado que el Reino Unido constituye, en este sentido, un sistema plurilegislativo, la correcta determinación de la ley aplicable hubiese exigido por parte del notario no solo la aplicación de lo dispuesto en el art. 26 a) del Reglamento (UE) 2016/1103, que designa como ley aplicable, en defecto de elección, la ley de la primera residencia habitual de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Una vez constatada dicha residencia en el Reino Unido, dado que se trata de un sistema plurilegislativo, lo correcto hubiese sido especificar, conforme a lo previsto en el art. 33.1º, si las normas de conflicto británicas amparaban la aplicación del Derecho inglés o escocés. Dado que en materia de propiedad inmobiliaria ambos sistemas reenvían a la ley del lugar de situación del inmueble y que el Reglamento excluye el reenvío (art. 32), la solución más plausible se antoja, entonces, recurrir al art. 33.2º letra a) para entender que la ley definitivamente aplicable es la ley inglesa o escocesa, según donde se encontrara la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, coincidente, por lo demás, con el *domicile* familiar.

La segunda de las cuestiones a considerar es la propia delimitación del art. 159 RN y de las manifestaciones del otorgante acerca del carácter legal o pactado de su régimen convencional. No hay suficiente claridad ni el recurso ni en la Resolución de la DGSJFP a la hora de deslindar el régimen matrimonial pactado o las capitulaciones matrimoniales de un eventual acuerdo de elección o pacto entre los cónyuges acerca de la ley aplicable. Ambas cuestiones están claramente diferenciadas en el Reglamento europeo. Las capitulaciones matrimoniales tienen un alcance material o, más concretamente, responden a la autonomía material de las partes. Se trata de acuerdos de regulación del régimen económico matrimonial con el alcance y la validez sustancial determinados por la ley rectora del régimen económico matrimonial [art. 27 letra g) del Reglamento], y cuya validez formal se contempla con mayor amplitud en cuanto a las leyes aplicables en el propio art. 25 del Reglamento. Las capitulaciones no deben confundirse con la posibilidad de que las partes designen la ley aplicable al régimen económico matrimonial, a través de un acuerdo cuya validez formal y sustancial se regula en los arts. 22 a 24 del Reglamento. En virtud de esta elección, las partes pueden designar, entre diversas leyes posibles, aquella que vaya a regir su régimen económico matrimonial, de la misma forma que prevé asimismo el art. 9.2º Cc, aunque con una diferencia sustancial: mientras que en este precepto del Código civil, la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial debe hacerse antes o en el momento de la celebración de matrimonio, el Reglamento no mantiene el mismo principio de inmutabilidad de la ley aplicable, por lo que los cónyuges pueden, constante el matrimonio,

modificar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, e incluso acordar sus efectos retroactivos (art. 22.2º del Reglamento), retroactividad que no perjudicará en ningún caso a terceros (art. 22.3º). Para el futuro, el cambio acordado de la ley aplicable solo afectará a terceros si se dan las condiciones previstas en el art. 28 del Reglamento. En el caso planteado en esta Resolución, cabría por ejemplo que los cónyuges acordaran someter en el futuro la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, con efectos retroactivos, a la ley española, si hubiesen fijado su residencia común en España. Tal acuerdo podría implicar, según cual fuera el régimen legal de bienes a tenor de la ley española aplicable, una modificación del carácter del bien inmueble como ganancial, en lugar de privativo, por lo que sería precisa una modificación de la inscripción sobre la base del título representado por el nuevo acuerdo de elección de la ley aplicable.

Al margen de esta precisión, conviene acotar el alcance de la declaración del otorgante mencionada en el art. 159 RN en relación con los acuerdos de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. El art. 159 RN se refiere a la declaración del otorgante acerca del carácter legal o pactado de su matrimonio y no, como en ocasiones ha venido a sugerir la propia DGRN sobre la ley aplicable al régimen económico matrimonial. A través de esta declaración, sin necesidad de pruebas adicionales, el notario puede dar por buena la inexistencia de capitulaciones matrimoniales y concluir que, en consecuencia, el régimen del matrimonio será el legal establecido en la ley aplicable. Sin embargo, *per se*, esta declaración del otorgante no sirve para determinar la ley aplicable. Esta determinación corresponde al notario, y no a la parte otorgante, que puede muy bien declarar que su régimen es el legal y no el pactado, y haber celebrado un acuerdo de elección de la ley aplicable que ha de determinar cuál es el régimen legal en cuestión. De ahí la importancia de separar el acuerdo de elección de ley aplicable del concepto de régimen legal pactado. En consecuencia, corresponde al notario averiguar, a través de las manifestaciones del otorgante, los criterios de nacionalidad, residencia, celebración del matrimonio que le permitan establecer la ley aplicable al régimen económico matrimonial y, entre tales criterios, conocer e indagar si los cónyuges celebraron algún acuerdo de elección de ley aplicable. La indagación del notario no se circunscribe, pues, a aspectos meramente fácticos y objetivos, sino también jurídicos y subjetivos. La cuestión clave estriba en determinar si el notario debe o no hacer expresos estos criterios en la escritura, esto es, debe hacer constar no solo la ley aplicable sino los 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 real de poder controlarla o amparar una calificación fundada sobre su criterio discrepante, como le pide la DGSJFP. No parece que la DGSJFP esté por la labor de esta exigencia, 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. Ciertamente, desde la perspectiva de los intereses del cónyuge y de los terceros, no parece irrazonable que el notario pueda ampararse en la ausencia de un acuerdo de elección de la ley aplicable, por analogía, sobre la misma base que, conforme al art. 159 RN, le permite aceptar la mera declaración del otorgante de que su régimen matrimonial no es pactado, esto es, por la mera declaración del único otorgante de que no han celebrado ni capitulaciones ni tampoco un acuerdo de elección de fuero. Sin embargo, hubiera sido deseable que, al igual que notarios y registradores son invitados por la DGSJFP a avanzar en el conocimiento del Derecho extranjero, la propia Dirección fuera avanzando con mayor claridad sobre los múltiples aspectos y nuevas implicaciones que representa el nuevo Reglamento europeo.

S.S.L.

14. LA DETERMINACIÓN DE CUÁL SEA EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL APLICABLE IMPLICA EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO, LO QUE NO ES OBLIGADO PARA LOS FUNCIONARIOS ESPAÑOLES (Res. DGSJFP 29 octubre 2020)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 29 octubre 2020, desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lloret de

Mar nº 1 a inscribir una escritura de compraventa otorgada ante el notario de Vidreres Joan Berná Xirgo el día 18 mayo 2020 por don D. I. B. R., de nacionalidad española y su esposa doña K. B., de nacionalidad bielorrusa, que compraron por mitad pro indiviso una finca urbana. En la escritura consta que están “casados en régimen de separación de bienes” y que tiene su domicilio en la vivienda que se indica en término municipal de Lloret de Mar.

Observaciones: El título cuya calificación ha sido impugnada en este recurso es una escritura de compraventa otorgada en Cataluña, en la que se expresa que los compradores, de nacionalidad española el marido y bielorrusa la esposa, tienen domicilio en Cataluña y están “casados en régimen de separación de bienes”. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, al ser los cónyuges de distinta nacionalidad, debe especificarse a qué país corresponde dicho régimen de separación. Frente a ello, pretende el recurrente que, al tener los compradores su domicilio en Cataluña y manifestar que están casados en régimen de separación de bienes, debe entenderse que este es el legal supletorio en Cataluña. La DGSJFP confirma la calificación del registrador.

Recuerda para empezar la DGSJFP que la pretensión del recurrente ni siquiera es admisible en el caso de ambos cónyuges fueran españoles. Recuerda al efecto que la STS 20 mayo 2008 declaró nulo el inciso del art. 161 RN que permitía el establecimiento de la vecindad civil, mediante presunción, por el lugar del otorgamiento, dada su contrariedad con el art. 14 Cc.

La advertencia es oportuna, aunque en realidad el caso no se refería a españoles, sino a un matrimonio entre español y bielorrusa. Siendo la vecindad civil una condición exclusiva de los nacionales españoles, no cabe admitir la posibilidad de una vecindad civil común catalana. A tal efecto, recuerda la DGSJFP la finalidad del art. 92 EH, que permite diferir el momento de la determinación del régimen legal del matrimonio sujeto a la ley extranjera al momento de la disposición del bien, con posterioridad a la inscripción. En este sentido, reitera la DGSJFP su doctrina sobre la posibilidad de que el registrador tenga conocimiento de cuál es el régimen legal del matrimonio conforme a la ley extranjera aplicable: *“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 adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al art. 54 RH”*. Y, de otro lado, recuerda la reiterada exigencia de que el notario, si bien no está obligado a determinar el régimen económico matrimonial, sí debe proceder en todo caso a aplicar *“la norma de conflicto española (art. 12.6º Cc) y a determinar, conforme a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así, aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable”*.

Tratándose, como es el caso, de cónyuges de distinta nacionalidad, es precisa *“la determinación de cuál sea la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español”*, delimitando en el tiempo, a este respecto, la eventual aplicación del Reglamento (UE) nº 2016/1103 y del art. 9.2º Cc. Solo de esta forma, señala la DGSJFP, podrá saberse si se trata de una ley extranjera, en cuyo caso queda habilitada la aplicación del art. 92 RH, o es la ley española, en cuyo caso *“conforme al art. 51.9º RH, habría que manifestar y, en su caso, acreditar (si derivara de un pacto capitular), el régimen económico matrimonial concreto, por afectar la adquisición que se inscribe a los derechos futuros de la sociedad conyugal (cf. arts. 93 a 96 RH)”*.

La DGSJFP constata que en la escritura no consta, *“según las normas legales y reglamentarias antes citadas, la determinación de cuál sea la ley –española o extranjera– aplicable al régimen*

económico matrimonial (separación de bienes) de los compradores”, por lo que la calificación del registrador debe ser mantenida.

S.S.L.

15. DENEGACIÓN DE UNA INSCRIPCIÓN DE COMPRAVENTA POR NO ACREDITARSE LA INSCRIPCIÓN DE UNAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES AUTORIZADAS ANTE UN NOTARIO DE BRUSELAS (Res. DGSJFP 30 junio 2021)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 30 junio 2021*, desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Álora a inscribir una escritura de compraventa, y confirma la decisión impugnada. *In casu* se había formalizado la venta de un inmueble a don P. M., de nacionalidad belga, casado en régimen de separación de bienes pactado en escritura autorizada por el notario de Bruselas que se reseñaba y cuya copia se exhibía, pendiente de apostillar, por lo que el notario formulaba en la escritura calificada la oportuna advertencia sobre este último extremo. Posteriormente se aportó dicha escritura de capitulaciones matrimoniales prenupciales, debidamente apostillada.

(...) 1º. En la escritura cuya calificación es objeto de este recurso consta que el comprador, de nacionalidad belga, está casado en régimen de separación de bienes pactado en escritura otorgada ante un notario de Bruselas en el año 1990, antes de contraer matrimonio; escritura que se reseña y cuya copia se exhibe, pendiente de apostillar, por lo que el notario formula en la escritura calificada la oportuna advertencia sobre este último extremo. Posteriormente se aportó dicha escritura de capitulaciones matrimoniales prenupciales, debidamente apostillada.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, según las normas del Código Civil de Bélgica que transcribe, debe acreditarse la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil de dicho Estado.

2º. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 13 de febrero, 15 de septiembre y 9 octubre 2020, en Derecho español, en caso de que se haya pactado el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, es necesario acreditar la previa indicación en el Registro Civil de la escritura de capitulaciones matrimoniales para que un bien adquirido mediante compraventa por uno de los cónyuges pueda ser inscrito con carácter privativo a su favor.

El art. 266 RRC exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro -y, por tanto, en el de la Propiedad- produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

La inscripción en el Registro Civil tiene efectos no solo probatorios y de legitimación (art. 2 de LRC), sino también de oponibilidad frente a terceros (art. 1218 Cc, en combinación con el art. 222.3º LEC), eficacia esta última que conduce al rechazo de la inscripción en el Registro de la Propiedad sin la previa indicación del régimen económico-matrimonial en el Registro Civil, pues ello podría desembocar en la indeseable consecuencia de que se produjera una colisión entre la inoponibilidad derivada de la falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad nacida de la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 32 LH), al publicar cada Registro una realidad distinta.

3º. En Derecho belga las convenciones sobre el régimen económico-matrimonial deben constar en escritura pública notarial (art. 1392 del Código civil de Bélgica). Según el art. 1391 de dicho Código el notario que haya autorizado el contrato matrimonial deberá proceder a la inscripción prescrita por el art. 4, § 2, 1.º de la Ley de 13 de enero 1977, de aprobación del Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972, y estableciendo el Registro Central de contratos de matrimonio; de modo que, a falta de tal inscripción, las cláusulas derogatorias del régimen legal no podrán ser

opuestas a terceros que contraten con los cónyuges sin conocimiento de sus pactos matrimoniales. Asimismo, según el art. 76.10ª de dicho Cc, en el acta de matrimonio debe hacerse mención de la fecha del contrato matrimonial, el nombre y residencia del notario autorizante así como la indicación del régimen matrimonial establecido entre los cónyuges, y a falta de ello tampoco pueden oponerse las cláusulas derogatorias del régimen legal a terceros que contraten con los cónyuges sin conocimiento de tales pactos matrimoniales.

En el presente caso se han aportado las capitulaciones autorizadas por notario belga, pero no se acredita la inscripción de las mismas en el referido Registro Central de contratos de matrimonio, ni la mención de las mismas en el acta de matrimonio. Por ello, el defecto debe ser confirmado.

4º. Por último, respecto de las alegaciones de la recurrente sobre el hecho de que se hayan inscrito escrituras semejantes en el Registro de la Propiedad de Marbella, debe recordar que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica (vid., por todas, Resoluciones de 13 de marzo y 8 mayo 2012, 5 y 11 de marzo y 10 julio 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 septiembre 2015, 2 noviembre 2016, 4 junio 2020 y 25 mayo 2021, entre muchas otras).

Observaciones: La doctrina de la DGSJFP contradice el criterio extendido en el sentido de que no debe requerirse la aplicación del art. 266 RRC cuando ni las capitulaciones ni el matrimonio son inscribibles en el Registro Civil español, a menos que, conforme a la ley aplicable, la inscripción registral sea un requisito constitutivo o de validez formal de las capitulaciones y no una mera exigencia de oponibilidad frente a terceros. La razón de esta interpretación más laxa estriba en los efectos estrictamente territoriales de los registros públicos nacionales. La oponibilidad de los derechos inscritos en un registro público nacional se limita, en principio, al territorio en que radica el registro. La inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil belga inicialmente no despliega sus efectos más allá del territorio belga, al igual que la inscripción en el Registro de la Propiedad español no produce efectos extraterritoriales, por lo que, en principio, no sería contradictorio que las capitulaciones fueran oponibles en España respecto de un bien concreto, por lo que se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad, e inoponibles en Bélgica frente a terceros con carácter general por falta de inscripción en el Registro Civil.

Ciertamente, el principio de territorialidad de los efectos de los registros públicos tiende a difuminarse en virtud de los mecanismos de cooperación internacional. Sin embargo, el planteamiento más flexible encuentra apoyo asimismo en el propio art. 28 del Reglamento (UE) nº 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales. Conforme a esta disposición, no cabe oponer frente a un tercero las consecuencias del régimen de separación de bienes conforme al Derecho belga, si el tercero ignora, sin que le sea imputable falta de diligencia, la aplicabilidad de dicha ley. Tal conocimiento se presume si dicha ley es la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual o, en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien. También se presume el conocimiento por el tercero si cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen económico matrimonial especificados por la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual, o en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien. Nótese que no se señala entre estas leyes la publicidad registral en el país cuya ley rige el régimen económico matrimonial, a la sazón Bélgica, por lo que se establece, a efectos de la ley aplicable, una suerte de extraterritorialidad limitada de la publicidad registral de las

capitulaciones, que atiende más a los registros vinculados al tercero o al inmueble que a los requeridos o gestionados en el país de la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

En consecuencia, conforme al Reglamento europeo, la oponibilidad de las capitulaciones frente a terceros conforme al Derecho belga no queda garantizada por el mero hecho de que las capitulaciones se hallen registradas en el Registro Civil belga, si esta ley no es la ley aplicable a la transacción con el tercero, la de la residencia habitual común del cónyuge y el tercero o la de la situación de un bien inmueble, o las capitulaciones y el régimen matrimonial no han sido registrados en uno de dichos Estados.

En el caso planteado, si el registrador hubiese procedido a la inscripción, el resultado de la aplicación del Reglamento sería el siguiente: al adquirir el bien inmueble, un hipotético comprador ulterior residente en España no podría invocar el desconocimiento de las capitulaciones y de la aplicación de la ley belga al estar publicadas dichas capitulaciones y la referencia al Derecho belga en el Registro de la Propiedad español. Sin embargo, el art. 28 no regula la oponibilidad de las capitulaciones frente al tercero, sino la aplicación de la ley rectora del régimen económico matrimonial (la ley belga) frente a terceros. En este caso, el hecho de que las capitulaciones estuviesen inscritas en el Registro de la Propiedad español permitiría, en virtud del art. 27 del Reglamento, que se aplicase la ley belga a la oponibilidad de las capitulaciones frente a terceros. El tal supuesto, si las capitulaciones no hubiesen sido inscritas en el Registro Civil belga, habría que dilucidar conforme al Derecho belga si esta omisión impide la oponibilidad, por ser tal inscripción una condición de alcance extraterritorial, o se considera que no impide la oponibilidad de las capitulaciones no inscritas fuera del territorio belga.

Nótese, sin embargo, que el registrador español suspende la inscripción. En consecuencia, el art. 28 del Reglamento produce un curioso efecto: aunque las capitulaciones estuviesen inscritas en el Registro Civil belga, la ley belga y la oponibilidad frente a terceros que dictamina no serían aplicables a un tercero adquirente residente en España, cuya compraventa referida al bien inmueble situado en España se rigiese por la ley española, pues el tercero español podría ampararse en su ignorancia de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En virtud de su párrafo tercero, la ley belga quedaría desplazada por la ley española como ley de situación del inmueble, en lo que respecta a la oponibilidad frente a terceros de las capitulaciones (párrafo tercero del art. 28). La ley española exige para la oponibilidad del régimen de separación establecido en las capitulaciones su inscripción en el Registro de la Propiedad, previa inscripción en el Registro Civil (art. 266 RRC), que resulta imposible porque el matrimonio entre dos belgas celebrado en Bélgica no accede al Registro Civil español.

En suma, en el propio marco del Reglamento europeo parece que sigue siendo aconsejable una interpretación laxa del sistema español, habilitando el acceso al Registro de la Propiedad español de las capitulaciones matrimoniales referidas a matrimonios no inscribibles en el Registro Civil español, sin necesidad de aportar la inscripción en el Registro Civil correspondiente a la ley rectora del régimen económico matrimonial. Esta solución, a la luz de las hipótesis analizadas, es la que permite optimizar el interés de los cónyuges con la previsibilidad y diligencia mínima exigible a los terceros, al menos desde el punto de vista del legislador europeo.

S.S.L.

SOCIEDADES

16. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA DOMICILIADA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, CONSTITUIDA CON ARREGLO A LAS LEYES DE WASHINGTON, D.C. (Res. DGSJFP 15 septiembre 2020)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 15 septiembre 2020, desestima el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Granada a

inscribir la escritura de reducción del capital social de la sociedad sociedad “Xamai España 2019, S.L.” por los que se reduce el capital social con la finalidad de restituir aportaciones a uno de los socios, no otorgante de dicha escritura, cuyas circunstancias identificativas, según consta en la certificación de tales acuerdos, son las siguientes: “Orchard Holliding, LLC”, domiciliada en (...) Washington D.C., EE.UU., debidamente constituida con arreglo a las leyes de Washington D.C., (*District of Columbia*) en los Estados Unidos de Norte América, y registrada en el Departamento de Asuntos Regulatorios y de Consumo del Gobierno del Distrito de Columbia de Washington. De acuerdo con el organismo directivo:

1º. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura otorgada el 9 enero 2020 mediante la cual se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad “Xamai España 2019, S.L.” el 26 septiembre 2019, por los que se reduce el capital social con la finalidad de restituir el valor de sus aportaciones a uno de los socios, que –según se indica en la certificación de tales acuerdos– es una sociedad extranjera domiciliada en los Estados Unidos de Norteamérica, constituida con arreglo a las leyes de Washington, D. C..

El defecto objeto de impugnación consiste en que, según expresa la registradora en su calificación, no consta el número de identidad de extranjero (N.I.E.) de la sociedad a la que se restituyen sus aportaciones, exigencia que, a su juicio, resulta de lo establecido en los arts. 331.1º de la Ley de Sociedades de Capital, 38.2 y 202 RRM, y 18.1º y 20.1º del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

Dada la función de garantía que, entre otras, desempeña el capital social, el rigor de las exigencias legales para su reducción ha de observarse escrupulosamente en la medida que puede comprometer las expectativas de cobro de los acreedores sociales, riesgo que existe claramente cuando la reducción del capital social comporta disminución del patrimonio neto por realizarse devoluciones a los socios. El sistema ordinario de reducción con restitución del valor de aportaciones sociales gira, básicamente, en torno a la imposición de una responsabilidad temporal y solidaria de los socios junto con la sociedad hasta el importe de las cantidades percibidas por las devoluciones de sus aportaciones (*cf.* art. 331, aps. 1 a 3, de la Ley de Sociedades de Capital), lo que exige una perfecta identificación de los mismos y la concreción de las cantidades percibidas por cada uno de ellos con su correspondiente publicidad registral (art. 331.4º de la Ley de Sociedades de Capital y las Resoluciones de este Centro Directivo de 3 y 25 enero 2011, 10 diciembre 2013 y 12 diciembre 2016, entre otras). Por ello, el Reglamento del Registro Mercantil, en el art. 201.3º, dispone que “cuando la reducción de capital hubiera tenido por finalidad la restitución de aportaciones, en la escritura se consignarán además: (...) 2º La identidad de las personas a quienes se hubiere restituido la totalidad o parte de las aportaciones sociales (...)”. Y, según el art. 202.3.º del mismo Reglamento (además de lo establecido en el citado art. 331.4º de la Ley de Sociedades de Capital), ésta es una de las circunstancias que deben hacerse constar en la inscripción, de modo que deberán quedar reflejados en el asiento los datos de identidad exigidos por el art. 38 del citado Reglamento.

Tratándose de personas físicas extranjeras este art. 38 exige que se haga constar el “número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia, o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes”. Añade el precepto que “se consignará el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria”, norma que resulta aplicable tanto a nacionales como a extranjeros. Y si se trata de personas jurídicas, según el mismo artículo reglamentario, se indicarán los datos de identificación registral y “el número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria”, exigencia ésta también aplicable a las personas jurídicas extranjeras.

Por tanto, a los efectos de identificación de personas jurídicas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad sólo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio que conste un número de identificación fiscal.

3º. La norma que regula en la actualidad la obligatoriedad del número de identificación fiscal para personas físicas y jurídicas es el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en cuyo art. 18.1º se dispone que: “Las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el art. 35.4º Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria”. Según el art. 3.1º del mismo Reglamento, el Censo de Obligados Tributarios estará formado por la totalidad de las personas o entidades que deban tener un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria conforme a lo establecido en el citado art. 18. Y el art. 4.2º, relativo al contenido de dicho Censo, incluye entre los datos de éste el número de identificación fiscal español asignado a las personas jurídicas extranjeras. Por su parte el art. 23.1º del mismo Reglamento establece que las personas jurídicas “que vayan a ser titulares de relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria deberán solicitar la asignación de un número de identificación fiscal. En el caso de que no lo soliciten, la Administración tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda”.

4º. En el presente caso, la escritura calificada contiene un acto del que se derivan relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, pues a la socia única de que se trata la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias, como por ejemplo la que deriva del art. 62.b) del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, según el cual estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, en la reducción de capital social, los socios por los bienes y derechos recibidos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

SUCESIONES

17. CALIFICACIÓN NEGATIVA DE UNA ESCRITURA DE PACTO SUCESORIO CON ENTREGA DE BIENES POR DONANTE EXTRANJERO, AL AMPARO DEL DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES (Res. DGSJFP 10 agosto 2020)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 10 agosto 2020* desestima el recurso interpuesto por la notaria de Ibiza y confirma la nota de calificación del registrador por la que se califica negativamente una escritura de pacto sucesorio con entrega de bienes por donante extranjero, al amparo del Derecho Civil de las Islas Baleares. De acuerdo con el organismo directivo:

[...]

3º. Nuestra normativa, tanto internacional como interna establece como regla principal para determinar la ley personal en el derecho interregional, la vecindad civil, tratándose de españoles.

En el primer caso, –como fue puesto de relieve en la Resolución de 24 mayo 2019– tanto la negociación del Reglamento (UE) nº 650/2012, como su resultado –no ofrece lugar a duda sobre sus soluciones propias en concurrencia con conflictos interregionales.

Con ello, como en la citada resolución se indicó, se separa de la solución adoptada en otros instrumentos anteriores sobre la ley aplicable, que optan por la designación directa de la ley de la unidad territorial en caso de conflictos territoriales de leyes en Estados con más de un sistema jurídico. (Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I) –art. 22– y del Reglamento (CE) nº 864/2007 (“Roma II”) –art. 25 y en lo que importa, Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo (Roma III).

La solución del Reglamento (UE) nº 650/2012 establece una solución de compromiso para los Estados plurilegislativos (recordemos que es un instrumento de aplicación universal) para

los que se forma un conjunto normativo integrado por el art. 36, dedicado a los conflictos territoriales de leyes; art. 37 a los conflictos interpersonales de leyes, y art. 38 que recuerda su inaplicación a los conflictos meramente internos.

Esta solución, como es sabido, ha sido también la adoptada en los posteriores Reglamentos Parejas (UE) 2016/1103 del Consejo y (UE) 2016/1104 del Consejo, ambos de 24 junio 2016.

4º. Desde la perspectiva nacional, cabe además abundar, que la reforma del art. 9 Cc en sus párrafos 4.º, 6.º y 7.º, por el art. 2 de la ley 26/2015, de 28 julio modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, demuestra asimismo que el legislador, pudiendo hacerlo, no ha querido que se aplicara el Reglamento (UE) nº 650/2012 directamente a los conflictos mixtos posibilidad, basada en decisiones del Derecho nacional que no impide el Reglamento.

Concretamente la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, así como a la protección de niños se adaptó al criterio de la residencia habitual previsto en el Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Criterio seguido, además, por el AAP Palma de Mallorca 4ª 31 octubre 2019 que tras recordar en su razonamiento tercero que la definición o *definitio*, regulada en el art. 50 y 51 Compilación Balear, es una renuncia pura y simple a su legítima o a todos los derechos sucesorios que le corresponden en la sucesión mortis causa de un ascendiente hecha por un descendiente, que tiene la condición de legitimario en contemplación, a una atribución patrimonial recibida en el momento de la renuncia o con anterioridad a ella, añade claramente que “el ascendiente o futuro causante ha de tener vecindad local mallorquina o menorquina y capacidad y poder de disposición para realizar la atribución patrimonial a favor del definido” remitiendo a la residencia habitual la ley aplicable del donatario menor (*vid.* en igual sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 abril 2018, *Saponaro*, C-565/16, en su delimitación con el Reglamento (CE) nº 2201/2003, Bruselas II bis)

5º. Por otra parte la resolución de 24 mayo 2019 puso de manifiesto la importancia y autonomía que el Reglamento concede a las disposiciones mortis causa (*vid.* en igual sentido las STJUE *Kubricka* y *Lituania*).

Desde esta perspectiva, cabe remitirse a la citada Resolución en las consideraciones que realiza respecto de la admisión por el Reglamento (UE) nº 650/2012 del pacto como disposición *mortis causa*, en una adaptación que se debe al indudable *favor pactum*, del que hace gala el Reglamento, que hizo insuficiente *mutatis mutandis* las disposiciones del Convenio formas testamentarias.

En este contexto, se sitúa el considerando 53 del Reglamento (UE) 650/2012 “...”.

Y el art. 27.3º que dispone “a los efectos del presente artículo, las disposiciones jurídicas que limiten las formas admitidas de disposiciones *mortis causa* por razón de edad, nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales del testador o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tendrán la consideración de cuestiones de forma...”.

Sin olvidar, como señala la resolución de 24 mayo 2019 que el Convenio formas testamentarias establece a sus efectos una previsión para los Estados multilegislativos (art. 1, inciso 2ª) que sirve de inspiración al art. 36.3 del Reglamento.

6º. Por todo ello, siendo la presente, desde la perspectiva del Reglamento (UE) nº 650/2012, una cuestión de validez formal del pacto celebrado que conduce a la circunstancia personal del disponente, consistente en la exigencia de la condición de mallorquín (vecindad civil cualificada), y desde la perspectiva de la Compilación, como indica la jurisprudencia balear citada, una regla material, –basada en la tradición y antecedentes históricos–, ha de confirmarse la calificación del registrador con desestimación íntegra del recurso presentado.

Observaciones: El recurso se refiere a la calificación de una escritura pública que contiene un pacto sucesorio con entrega de bienes y definición, por el que un nacional italiano transmite a su hijo, de nacionalidad estadounidense, la nuda propiedad de unas fincas, en pago de su legítima y obligándose el hijo a satisfacer la legítima futura de su hermana. El donante, residente en Ibiza, manifiesta optar por la legislación balear al amparo del Reglamento (UE) nº 650/2012. La calificación negativa de la inscripción por parte del registrador se ampara en la doctrina contenida en la Res. DGRN de 24 mayo 2019 (*AEDIPr*, 2019/DRGN/33): no cabe, en primer término, *professio iuris* de un Derecho foral, sino únicamente de una de las leyes nacionales del causante; en segundo lugar, por definición un extranjero carece de vecindad civil, por lo que no se cumple la condición de aplicación de los preceptos de la Compilación Balear que restringe tales pactos a quienes ostenten la vecindad civil balear. En su recurso, la notaria autorizante alega la aplicabilidad, conforme a las reglas del Reglamento, de la ley balear y, dentro de esta, sostiene que los arts. 72 y siguientes de la Compilación, en su aplicación a Ibiza y Formentera, no requieren la concurrencia de la vecindad civil balear del donante. En concreto se sostiene que el art. 50 de la Compilación, que regula la donación con pacto de definición de legítima, no resulta aplicable a los pactos de renuncia de la herencia contenidos en el art. 77 más que subsidiariamente, en defecto de lo convenido por las partes. Añade la recurrente una crítica a ciertos postulados de la Resolución de 24 mayo 2019, en particular la calificación como cuestión de forma de la vecindad civil como condición personal para la validez de determinadas disposiciones sucesorias, merecedora a su juicio de una calificación sustancial.

La DGRN confirma la calificación del registrador, remitiéndose a las consideraciones contenidas en la citada Resolución de 24 mayo 2019. Resulta inconcuso, como bien se señala en la calificación registral, que la *professio iuris* contemplada en los arts. 22 y 25.3º del Reglamento (UE) nº 650/2012 solo ampara la elección de la ley de la nacionalidad del causante, en este caso de la ley italiana del donante, por lo que la elección de la ley balear contenida en el pacto sucesorio es ineficaz. También es claro que, en principio, la elección solo puede realizarse respecto de la ley nacional, esto es, en el caso de un español de la ley española, y no directamente de la legislación foral, que debe quedar determinada en todo caso conforme a las disposiciones sobre remisión a sistemas plurilegislativos del propio Reglamento, en concreto del art. 36 por lo que se refiere a los conflictos interterritoriales. Una interpretación *in favorem negotii* solo ampararía el reconocimiento de una *professio iuris* a favor de una legislación foral si se trata de la correspondiente a la vecindad civil del causante de nacionalidad española.

Ahora bien, dada la nacionalidad italiana del disponente, el art. 25.1º, en relación con el art. 21 del Reglamento, designa la aplicación a este pacto sucesorio de la ley española como ley de la residencia habitual del causante/donante italiano y, en concreto, de la legislación vigente en Ibiza por aplicación de la regla de remisión a sistemas plurilegislativos contemplada en el art. 36.2º del Reglamento. No obstante, la DGSJFP, de manera nuevamente confusa, insiste en una calificación formal de la exigencia de vecindad civil, que le lleva a analizar la cuestión sobre la base del Convenio de La Haya de 1961 sobre ley aplicable a las disposiciones testamentarias (art. 5) y el art. 27.3º del Reglamento, sin proceder tampoco en este caso a una delimitación adecuada entre ambos textos legales. Y se limita a concluir, como fruto de tal calificación, que “*siendo la presente, desde la perspectiva del Reglamento (UE) nº 650/2012, una cuestión de validez formal del pacto celebrado que conduce a la circunstancia personal del disponente, consistente en la exigencia de la condición de mallorquín (vecindad civil cualificada), y desde la perspectiva de la Compilación, como indica la jurisprudencia balear citada, una regla material, –basada en la tradición y antecedentes históricos–, ha de confirmarse la calificación del registrador con desestimación íntegra del recurso presentado*”.

La Resolución no da respuesta en modo alguno al debate jurídico que suscita la calificación y, en particular, a los argumentos de la notaria en el recurso. A nuestro modo de ver, la calificación formal de la condición de la vecindad civil no está justificada. Compartimos la reserva expresada en el recurso a favor de una calificación sustancial. Nótese que, en tal caso, dada la amplia

panoplia de leyes alternativamente aplicables conforme al art. 1 del Convenio de La Haya de 1961, si la ley italiana hubiese reconocido el pacto sucesorio sin limitaciones subjetivas otorgada ante un notario italiano o español, dicha donación sería formalmente válida aunque vulnerase la presunta restricción contemplada en la ley balear como ley sucesoria. A la misma conclusión cabría llegar simplemente con haberla otorgado en cualquier otro país de otorgamiento que lo admitiera [art. 27 a) del Reglamento y art. 1 del Convenio de La Haya].

Una calificación como condición de validez sustancial habría significado un análisis muy distinto. El pacto sucesorio se refiere exclusivamente a la sucesión del donante. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el art. 25.1º del Reglamento, la admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes de dicho pacto, incluidas las condiciones para su resolución, se rige por la ley que fuese aplicable a la sucesión si el causante hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto. En la fecha de celebración del pacto el donante residía en Ibiza, por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 21 del Reglamento, la ley aplicable a su sucesión habría sido la ley española, como ley de la residencia habitual de la causante en el momento de su (presunto) fallecimiento. A falta de vecindad civil del donante/causante italiano, la ley balear sería aplicable en virtud del art. 36.2º, por remisión directa a la ley de la residencia habitual del causante/disponente. Esta calificación sustantiva, que defiende la notaria recurrente y no contradice la calificación registral, se conforma mejor con la naturaleza de la limitación y su entronque con ciertos privilegios históricos. En efecto, el art. 27.3º del Reglamento, al igual que el art. 5 del Convenio de La Haya, hacen una calificación formal de las reglas que limitan “*las formas admitidas de disposiciones mortis causa por razón de... nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales*”. La disposición se aplica, de forma característica, a prohibiciones como las que limitan la validez formal del testamento ológrafo otorgado por los extranjeros o por los nacionales en el extranjero. En el caso de la donación con definición de legítima o de un pacto sucesorio como el controvertido, no se trata de una limitación a una forma de disponer ni una limitación de capacidad para disponer en determinada forma, sino de una condición subjetiva de carácter sustancial que impide sencillamente la posibilidad o admisibilidad de un pacto sucesorio que entraña un privilegio o excepción al Derecho común, cuando no concurre hipotéticamente una determinada vecindad civil. A tal efecto, el art. 26.1º.b) del Reglamento 659/2012 califica como cuestión relativa a la validez material de las disposiciones *mortis causa* “*las causas específicas que impidan al disponente disponer a favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel*”.

La calificación formal, por otra parte, inhabilita claramente la razón de ser del art. 50 de la Compilación. Si se admite que la vecindad civil del donante es una cuestión formal, basta con que las partes otorguen la escritura de donación con definición de legítima en cualquier país que admita tal institución. Admitida su validez formal, no se ve cómo la ley balear, como ley sucesoria aplicable a la admisibilidad del pacto sucesorio, podría ser invocada para poner en cuestión su eficacia sustancial y, en consecuencia, hacer valer el sentido histórico de la institución, incluso en supuestos internacionales que involucren a un donante español con vecindad civil distinta a la mallorquina.

Dicho esto, la cuestión controvertida no era ni debía ser la aplicación de la ley balear, sino, en un primer lugar, en qué medida los pactos sucesorios contemplados en el art. 72 y siguientes de la Compilación balear, en relación con el art. 50, exigen la concurrencia de la vecindad civil balear del donante/causante o ascendiente, extremo que fundamentaba esencialmente el recurso. Si esta cuestión de puro Derecho material balear se hubiera contestado de forma positiva, una segunda cuestión a despejar hubiera sido en qué medida tal exigencia quedaba autolimitada a supuestos puramente internos o, al contrario, resultaba aplicable extraterritorialmente, de forma que excluía tal posibilidad a los pactos sucesorios relativos a donantes o ascendientes extranjeros. Lamentablemente, la DGSJFP omitió estas cuestiones esenciales.

S.S.L.

18. NEGATIVA A DEL REGISTRADOR A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE HERENCIA INTERNACIONAL, SIENDO EL CAUSANTE DE NACIONALIDAD FRANCESA Y RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA (Res. DGSJFP 28 agosto 2020)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 28 agosto 2020* acuerda desestimar el recurso interpuesto por un notario e Barcelona y confirmar la calificación de la registradora de la propiedad de San Vicenç dels Horts nº 1 a inscribir una escritura de herencia internacional, con el siguiente razonamiento:

[...]

16º. La fuerza de la conexión basada en la nacionalidad en las tradiciones jurídicas hizo valorar, especialmente en relación al art. 83, que puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley. La remisión del art. 83 a las disposiciones sobre la validez material de la disposición *mortis causa* supone la aplicación de la ley putativa o de buena fe: Cuando en el presente Reglamento se hace referencia a la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante que realizó la disposición *mortis causa* si hubiera fallecido en la fecha en que, según fuera el caso, realizó, modificó o revocó tal disposición, esa referencia se ha de entender como una referencia a la ley del Estado de residencia habitual del causante en esa fecha, o, en caso de haber hecho una elección de ley en virtud del presente Reglamento, a la ley del Estado de su nacionalidad en dicha fecha.

17º. Coherente con la *lex auctor* española en 2006, la sucesión se rige por la ley nacional del causante, es decir, la ley francesa de igual fecha. Esta ley entonces y hasta la aplicación del Reglamento era secesionista para las herencias internacionales, es decir, se regía la sucesión en los bienes inmuebles por la ley del Estado en que se encontraban (*vid.* Resolución de 13 octubre 2015).

Siendo la disposición *mortis causa* de 2006 la que rige la sucesión del causante, las bases sobre las que testó el causante fueron alteradas por el Reglamento, que a salvo una limitada aplicación del reenvío, art. 34 (que no rige en caso de *professio iuris*, aun la tacita retroactiva) no contempla la posibilidad de remitir al Derecho español, *rectius*, catalán en este caso (art. 36 R) la sucesión respecto del inmueble situado en España.

18º. Tiene indicado la Sala primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 enero 2019, en la estela de las sentencias de la misma Sala de 23 septiembre 2002 y 12 enero 2015, siempre para herencias abiertas antes del 17 agosto 2015 que, en el supuesto de existir solo bienes en España, se aplicará la ley española, aunque fuera otra la nacionalidad, en cuanto no rompe la unidad de sucesión.

Aquí, siendo aplicable el Reglamento son de aplicación sus normas, sin reenvío posible y en todo caso, la redacción del testamento debe ser compatible con la ley francesa de 2006 (validez material).

19º. El notario debe realizar al aceptar o rechazar la *professio* tacita retroactiva, un análisis de su compatibilidad o no con la ley nacional del testador, referida al momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa* (considerando 51 y art. 26, sobre la validez material).

En el presente caso, a salvo las disposiciones instrumentales, la concordancia es posible tanto en cuanto al legado de atribución forzosa –parte reservada– como la institución de heredero a favor de la esposa. Sobre una correspondencia razonable con el Derecho francés en la parte dispositiva del testamento. *Vid.* arts. 967 ss Cc, versión consolidada a 1 agosto 2020. ([<[https:// www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721) &dateTexte= 20200803 >].

20º. Por último, debe analizarse el rol del notario autorizante como autoridad sucesoria en este caso en que pese a existir un elemento internacional la eficacia del acto autentico es meramente interna.

Dado que, tanto la autorización notarial, la situación del único inmueble y por tanto la actividad registral tienen lugar en España, es de plena aplicación el art. 18 LH (art. 2 del Reglamento (UE) nº 650/2012).

Cuestión distinta será la aceptación del documento notarial en otro Estado miembro (arts. 59 y 60 y considerandos 59 a 61) o la expedición del certificado sucesorio europeo en base al documento notarial (disposición final 26.ª de la Ley 1/2000, de 7 enero Enjuiciamiento Civil, en redacción de la disposición final 2.ª de la Ley 29/2015, de Cooperación jurídica internacional); ahí el notario, como autoridad internacional –siempre que realice los correspondientes juicios y bajo su responsabilidad–, determina la ley aplicable solo sujeto a las eventuales acciones judiciales sobre sus elementos instrumentales o su contenido dispositivo, como lo es la selección de la ley.

21º. Conforme a la citada disposición final 26ª punto 16º, párrafo 3º, implementando los citados preceptos, su juicio, en relación a un certificado sucesorio europeo solo puede someterse a la acción judicial:

“El recurso, en única instancia, contra las decisiones a las que se refieren las reglas 1ª y 2ª de este apartado será interpuesto directamente ante el juez de Primera Instancia del lugar de residencia oficial del notario, y se sustanciará por los trámites del juicio verbal”.

Mientras que en el ámbito nacional en que se desenvuelve el presente supuesto, así será en última instancia, ya sea directamente mediante interposición de juicio verbal contra la calificación registral o contra la resolución recaída en este Centro Directivo (arts. 325 y 328 LH).

Por tanto, conforme a la hermenéutica del Reglamento, procede confirmar la nota de la registradora. La prueba de ley de la legislación francesa, referida al momento en que se otorgó ante notario español la disposición *mortis causa* relevante, de la que cabe establecer una elección de ley tácita, en el contexto del art. 83 del Reglamento, y de la que se deducirá la intervención del hijo legitimario del causante, es en todo caso, imprescindible.

22º. Finalmente, aunque tanto la escritura como la calificación omiten referencia alguna, no debe olvidarse que la compareciente, además, liquida una sociedad conyugal que afirma –y el testador manifiesta en su testamento– que se somete a la ley francesa. Siendo la viuda de nacionalidad española y el causante de nacionalidad francesa y habiendo contraído nupcias con anterioridad al 29 enero 2019, –fecha en que entra en aplicación el Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales– es de aplicación el art. 69 del mismo, en cuanto tanto Francia como España participan en la cooperación reforzada que el mismo establece.

Conforme a este precepto: “las disposiciones del capítulo III solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 enero 2019”.

Por lo tanto, por lo que interesa a las autoridades extrajudiciales españolas será aplicable el art. 9.2º Cc norma desplazada para el contexto internacional por el Reglamento (UE) 2016/1104.

23º. En la escritura calificada, no se hace referencia a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que se liquida, no pudiendo ser la manifestación testamentaria lugar para ello, daba su autonomía con la ley sucesoria. Según el título de adquisición, según consta en la escritura calificada, se sujeta al régimen supletorio francés, que es el régimen de comunidad de adquisiciones (arts. 1400 a 1491 del Código civil francés, en versión consolidada a 1 agosto 2020). Aunque ahora no puede impedir la inscripción en cuanto no fue observado defecto al respecto, el título no presenta un juicio de ley notarial en relación a la posibilidad de su liquidación unilateral, en la que resulta inventariada, entre otras deudas, un crédito del hijo legitimario, contra la comunidad, que asume íntegramente la viuda.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Observaciones: Se plantea en este recurso la determinación de la ley aplicable a la sucesión de un francés, casado con española, que otorga testamento en España en 2006 y fallece en España en 2019, en consecuencia con aparente residencia en España en el momento del fallecimiento. En su testamento, el causante manifiesta ser vecino de Corbera de Llobregat, que estaba casado en régimen de comunidad francés, tener un hijo de un matrimonio anterior y que ostenta “*en la actualidad la nacionalidad francesa. Por ello se halla sujeto al Derecho civil francés, por el cual se ha de regir su sucesión*”. En las disposiciones testamentarias, “*lega a su hijo lo que por legítima (atribución legal forzosa) le corresponda*” y nombra heredera universal a su esposa, sustituida vulgarmente por su hijo, sustituido a su vez vulgarmente por sus descendientes. La viuda comparece ante el notario recurrente y por sí misma liquida la comunidad conyugal preexistente, regida, sin que sea discutido, por el Derecho francés y se adjudica hereditariamente la totalidad de los bienes asumiendo asimismo el pasivo derivado de la previa liquidación conyugal. Y en dicha escritura se expresa que el citado causante falleció con nacionalidad francesa y residencia habitual en España, y en aplicación de las disposiciones del Reglamento (UE) n° 650/2012, se considera que la sucesión se rige por la legislación española, y dentro de ésta, por la ley catalana. La registradora suspende la inscripción en cuanto, a la vista del testamento, considera que, en virtud de *professio iuris*, resulta aplicable el derecho francés, que debe ser acreditado, y que debe comparecer el hijo del causante en su herencia. En el recurso, el notario autorizante estima que no cabe inferir de las disposiciones testamentarias con la necesaria certeza una *professio iuris*, máxime cuando es una elección tácita anterior a la entrada en vigor del Reglamento que perjudica su propia libertad de testar.

La cuestión que debe abordar la DGSJFP es delicada, en la medida en que se trata de determinar la eficacia de una presunta elección de la ley aplicable, anterior a la entrada en vigor del Reglamento y, por tanto, ineficaz en el momento de la disposición, cuyo tenor no refleja con claridad una auténtica voluntad de elección y cuya eficacia se fundamenta en la eficacia que le concede la disposición transitoria contenida en el art. 83.2º del Reglamento (UE) n° 650/2012. Para abordar la singularidad de este caso, la DGSJFP, tras una erudita disertación sobre los orígenes históricos de la *professio iuris*, señala las diferentes condiciones sustanciales y formales a que se sujeta la *professio iuris* según que proceda o no la aplicación de la disposición transitoria. Indica, en primer término, que la *professio iuris* a favor de la ley nacional, puede ser tanto expresa como tácita, pues deberá hacerse expresamente en forma de disposición testamentaria o resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Subraya no obstante, que “[l]a elección de ley prevista en el art. 22, expresa o tácita, presenta matices respecto de la prevista en el art. 83.2º, en sus distintos contextos”. El art. 83.2º amplía, en efecto, el espectro de normas a tener en cuenta para determinar la validez de la elección, para lo cual se estará a las condiciones previstas, alternativamente, en el propio Capítulo III del Reglamento o “en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea”. Para la propia validez de las disposiciones *mortis causa*, el art. 83.3 añade como ley a considerar la del Estado miembro de la autoridad que sustancie la sucesión.

Señalada esta cuestión, acierta la DGSJFP que la cuestión clave es esencialmente interpretativa. Se trata de inferir una voluntad real del causante, sea expresa o tácita, de que su sucesión quede regida por la ley de su nacionalidad. Como señala la DGSJFP, los propios considerandos 39 y 40 del Reglamento proporcionan algunos cánones de interpretación, que podrían llevar a inferir, en el caso presente, dicha *professio iuris*. Pero, sobre todo, el considerando 40 encierra una regla de conflicto implícita. Como cuestión jurídica y no fáctica, la interpretación de la voluntad real de elegir la ley aplicable se rige, como ley putativa o hipotética, por la propia ley elegida. No aclara la DGSJFP el alcance limitado de este considerando en relación con las leyes aplicables alternativamente conforme al art. 83.2º en supuestos específicamente transitorios. La

consecuencia inmediata del considerando 40 es que para la elección de la ley francesa, los criterios de interpretación de la existencia de una voluntad real de elegir, se deben determinar conforme a los cánones de la ley francesa: “*Debe corresponder, no obstante, a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello. Esto mismo debe aplicarse al acto de modificar o revocar la elección de la ley*”. No parece, sin embargo, que la DGSJFP extraiga todas las consecuencias de esta afirmación, por cuanto en su Resolución continúa analizando su cuestión sin referencia alguna a la interpretación que habría dado a la elección el Derecho francés.

La DGSJFP, con un precipitado de argumentos poco hilado y a menudo difícil de seguir, parece querer significar que en la época en que se realizó la disposición testamentaria, la ley aplicable a la sucesión debía ser la ley francesa, máxime cuando el reenvío parcial que el Derecho francés hacía a la ley española de la situación de los inmuebles no resultaba de recibo conforme a nuestra jurisprudencia. Poco tiene que ver esta afirmación con el hecho de que la interpretación de la voluntad de elegir la ley francesa deba regirse por la ley francesa o solo por la ley francesa.

Como consideración de un indicio de voluntad tácita, señala la DGSJFP, con buen criterio, la adecuación de las disposiciones testamentarias con el Derecho francés vigente, lo que en efecto podría ser un indicio de elección tácita del Derecho francés. En suma, sobre esta base la DGSJFP concluye en la existencia de una *professio iuris* a favor del Derecho francés y confirma la calificación registral.

A nuestro juicio, la interpretación de la *professio iuris* merecía un análisis más preciso. Por una parte, la DGSJFP parece descartar que la declaración testamentaria en la que el causante afirma que ostenta “*en la actualidad la nacionalidad francesa. Por ello se halla sujeto al Derecho civil francés, por el cual se ha de regir su sucesión*”, no conlleve una elección expresa de la ley nacional. En efecto, la mención parece más bien referirse a un hecho ajeno a la voluntad del causante y conforme a la realidad jurídica vigente en el momento del otorgamiento (recognoscitiva y no dispositiva, en los términos empleados en el recurso). En tal momento, conforme a la ley española (art. 9.8º Cc), la ley aplicable era indefectiblemente la ley nacional del causante, a la sazón la ley francesa. La mención en el testamento parece una mera referencia a la circunstancia indefectible, y no refleja una verdadera intención o voluntad, de manera que tal ley sea aplicable en virtud de la voluntad del causante y no por imperativo legal. Siendo así, tal mención apenas serviría tampoco para justificar una elección tácita. Todo lo más acreditaría que el causante era consciente de que sus disposiciones testamentarias debían acomodarse a la ley francesa. El hecho de que así fuera, como deduce la DGSJFP, tampoco podría justificar con total claridad una elección tácita de la ley francesa, sino más bien la intención de acomodarse a una ley impuesta. En este sentido, tiene mayor interés la consideración de la registradora, al estimar como dato relevante que, pese a ello, no hubiera modificado su testamento con posterioridad, pudiendo haberlo hecho.

La duda surge, de forma razonable, si las disposiciones testamentarias se acomodan asimismo, o incluso mejor o en mayor beneficio de la libertad del testador, como sostiene el recurso, a la ley española y, en concreto, a la ley catalana, aplicable en defecto de elección según el propio Reglamento (UE) nº 650/2012 (art. 83), o si de la propia redacción del testamento, invocando las legítimas y no las “reservas hereditarias”, pueden surgir dudas sobre la verdadera voluntad del testador. Al margen de la especificidad del caso, si las disposiciones transitorias buscan en realidad dar efecto a las disposiciones *mortis causa* realizadas por el causante en una fecha anterior a la entrada en vigor del Reglamento y, en particular, a garantizar la continuidad de unas disposiciones pensadas, de forma expresa o tácita, conforme a la ley elegida, resultaría contradictorio que se pudiera perjudicar el efecto de las disposiciones testamentarias que se conforman con mayor facilidad o eficacia a la ley que sería aplicable en defecto de una elección dudosa, si bien tampoco esta circunstancia puede sostenerse con claridad en el presente caso, pese a los argumentos expuestos en el recurso.

Observa, finalmente, la DGSJFP un inconveniente que hubiera podido justificar una calificación aún más rigurosa, por cuanto la adjudicación de la herencia sucede a una liquidación del régimen económico matrimonial cuya adecuación a las reglas de Derecho internacional privado no se acreditaba: “En la escritura calificada, no se hace referencia a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que se liquida, no pudiendo ser la manifestación testamentaria lugar para ello, daba su autonomía con la ley sucesoria. Según el título de adquisición, según consta en la escritura calificada, se sujeta al régimen supletorio francés, que es el régimen de comunidad de adquisiciones (arts. 1400 a 1491 del Código civil francés, en versión consolidada a 1 agosto 2020). Aunque ahora no puede impedir la inscripción en cuanto no fue observado defecto al respecto, el título no presenta un juicio de ley notarial en relación a la posibilidad de su liquidación unilateral, en la que resulta inventariada, entre otras deudas, un crédito del hijo legítimo, contra la comunidad, que asume íntegramente la viuda”.

S.S.L.

19. EXIGENCIA EN UNA SUCESIÓN SUJETA A DERECHO BRITÁNICO DEL ACOMPAÑAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN, EXPEDIDA POR EL *PROBATE SERVICE* (*GRANT OF REPRESENTATION*) (Res. DGSJFP 1 octubre 2020)

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 1 octubre 2020 estima el recurso interpuesto por el Notario de Yaiza-Playa Blanca contra la negativa del registrador de la propiedad de Tías a inscribir una escritura de herencia internacional. De acuerdo con el organismo directivo:

[...]

1º. El recurso plantea, como única cuestión, un tema ya resuelto por este Centro Directivo. Concretamente si debe exigirse en una sucesión sujeta a Derecho británico (Inglaterra y Gales) el acompañamiento de la resolución, expedida por el *Probate Service* no contenciosa y más próxima, en el Derecho español, con las consiguientes adaptaciones, a un acto de jurisdicción voluntaria, conocida por *probate* (*Grant of Representation*), con la peculiaridad de que el testamento ante notario español, correctamente extendido a la totalidad de sus bienes, en el que el causante ordenaba *professio iuris* a la ley nacional del testador, y concretamente a su *domicile*, se otorgó después de la entrada en aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, y por tanto si este hecho –no tratarse de un supuesto transitorio contemplado en el art. 83.2º del Reglamento– varía en algo la apreciación que del supuesto ha hecho este Centro Directivo en sus Resoluciones de 2 marzo 2018 y 14 febrero 2019.

2º. En la primera de ellas se estableció en su fundamento noveno tras describir en el octavo el sistema británico:

“Este sistema que de alguna forma intentó contemplarse en el art. 29 del Reglamento Europeo de Sucesiones, sin que contentara a Reino Unido e Irlanda, no puede ser exigido en España en una sucesión sobre bienes situados en España y, en el caso concreto, al que cabe limitarse ahora, de sucesión testamentaria. La *lex rei sitae* conlleva que los procedimientos necesarios para la transmisión de los inmuebles, una vez establecida la sucesión mortis causa (art. 1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) se determine por la ley del lugar de situación de los inmuebles con las necesarias adaptaciones (arts. 1.2.k y l, 10, 11 y 27 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 octubre 2017, asunto C-218/16 [*Kubicka*]).

Por lo tanto, es de aplicación el art. 14 LH, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, según el cual quedará redactado en los siguientes términos: “El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) nº 650/2012.

De este precepto resulta con claridad que en nada se hace preciso, en este concreto supuesto que se examina, conforme al ordenamiento español y pese a no existir reenvío al mismo, la designación de un ejecutor por el *Probate Service* británico, institución referida a la liquidación de bienes en Reino Unido”.

No cabe más que confirmar la doctrina expresada al no existir elemento que justifique su variación.

3º. Finalmente, la exigencia del registrador relativa a que debe solicitarse en Reino Unido el *Probate* y que sea la negativa a su expedición la que demuestre su innecesariedad, por no existir bienes en Reino Unido, además de suponer un trámite costoso y dilatorio y por lo tanto contrario a la interpretación del Reglamento, dirigido a facilitar la vida de los ciudadanos europeos –en su aplicación universal–, resulta incompatible con el tenor del art. 12, párrafos 1 y 2 del Reglamento (UE) 650/2012, facilitando precisamente la sucesión de bienes en un Estado miembro cuando esté implicado un tercer país, como lo es Reino Unido, al establecer, en términos aplicables a las herencias no contenciosas ante notario español, en cuanto actúa como autoridad sucesoria, que “Cuando la herencia del causante comprenda bienes situados en un tercer Estado, el tribunal que sustancie la sucesión podrá, a instancia de una de las partes, no pronunciarse sobre uno o más de dichos bienes, en caso de que quepa esperar que su resolución respecto de los mismos no vaya a ser reconocida ni, en su caso, declarada ejecutiva en ese Estado. El ap. 1 no afectará al derecho de las partes a limitar el alcance de los procedimientos en virtud de la ley del Estado miembro del tribunal que conozca del asunto”.

Por lo tanto, debe ser confirmada la doctrina ya dictada respecto de las sucesiones regidas por la ley británica sobre bienes situados en España, por *professio iuris* (incluso tácita transitoria) y ahora por la *professio iuris* establecida en títulos sucesorios otorgados tras la entrada en aplicación del Reglamento ante Notario español, sin que sea necesaria para la liquidación sucesoria la obtención de *probate* en Reino Unido ni acreditar la imposibilidad de su obtención.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso con revocación de la calificación impugnada.

Observaciones: En testamento otorgado ante notario español en 2017, una ciudadana británica residente en el Reino Unido instituye heredero y *executor* testamentario a su esposo, haciendo expresa *professio iuris* a favor de la ley inglesa como ley aplicable a la sucesión. El esposo acepta y se adjudica la herencia sin aportar el correspondiente *probate*. El registrador realiza una calificación negativa, entendiendo que conforme a las disposiciones del Reglamento (UE) nº 650/2012, la transmisión de la propiedad a título hereditario se rige por la ley sucesoria, como confirma la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Kubicka*. Conforme al Derecho inglés aplicable, el testamento no es *per se* título de transmisión de la propiedad, que se atribuye fiduciariamente al *executor* designado en el *probate* para que, en su caso, este lo transmita a los herederos. En su fundada calificación, el registrador estima que es necesaria la aportación del *probate* o la acreditación de que las autoridades británicas han denegado la solicitud por considerarse incompetentes. Señala también que la calificación es consecuente con la propia doctrina de la DGRN que tiende a erradicar el otorgamiento por ciudadanos británicos de testamentos parciales sobre los bienes situados en España, máxime cuando el testamento en este caso tenía vocación universal y comprendía todos los bienes del causante, con independencia de que existieran o no en el Reino Unido.

La DGSJFP reitera la doctrina ya contenida en sus resoluciones de 2 marzo 2018 (*AEDIPr*, 2018/DGRN25) y de 14 febrero 2019 (*AEDIPr*, 2019/DGRN/31) y es merecedora, por tanto, de la misma crítica. Se ampara la DGSJFP en una afirmación lamentablemente errónea, ya contenida en sus anteriores resoluciones: “La *lex rei sitae* conlleva que los procedimientos necesarios para la transmisión de los inmuebles, una vez establecida la sucesión *mortis causa* (art. 1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) se determine por la ley del lugar de situación de los inmuebles con las necesarias adaptaciones (arts. 1.2.k y l, 10, 11 y 27 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea de 12 octubre 2017, asunto C-218/16 [Kubicka]). De esta premisa falsa, esto es, la aplicación de la ley española a la transmisión de la propiedad por vía testamentaria, extrae la DGSJPC una consecuencia lógicamente falsa: conforme al Derecho español, el testamento es título suficiente para la transmisión de los bienes a los herederos.

Si se reconstruye la premisa correctamente, la conclusión es bien distinta. La interpretación por parte de la DGRN tanto de las disposiciones del Reglamento (UE) n.º 650/2012 (en particular de las exclusiones contenidas en las letras “k” y “l” del art. 1.2º) como de la sentencia del TJUE en el asunto *Kubicka* (vid. consulta n.º 267) resulta incorrecta. Es cierto que los requisitos para la inscripción registral de la sucesión inmobiliaria se rigen por la ley española y que, en consecuencia, el art. 14 de la LH resulta de aplicación en cualquier supuesto interno o transfronterizo, en la medida en que, como *lex fori* determina las condiciones y requisitos formales para la inscripción registral. Sin embargo, el Reglamento no excluye la aplicación de la ley sucesoria a la transmisión de la propiedad y de los derechos reales en virtud del título sucesorio. La *lex rei sitae* no se aplica, como afirma la DGRN a los “*procedimientos necesarios para la transmisión de los inmuebles*”, que son determinados por la ley sucesoria, sino a los procedimientos necesarios para la inscripción registral, que es algo muy diferente. En efecto, el art. 23.2º letra e) del Reglamento claramente establece que la ley rectora de la sucesión regirá “*la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o legado*”. El considerando 15º se refiere asimismo a la “transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión”.

En la sentencia *Kubicka*, además, el TJUE recuerda que la exclusión contenida en la letra l) del art. 1.2º del Reglamento se circunscribe a las condiciones legales y al procedimiento de inscripción, y a sus efectos, particularmente, *erga omnes*, pero no a la adquisición propiamente dicha de los derechos reales a título sucesorio, que es parte sustancial del contenido de la ley sucesoria [art. 23.2º e) del Reglamento]: “54. (...) puesto que el art. 1, ap. 2, letra l), del Reglamento n.º 650/2012 sólo se refiere a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo, los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición. 55. Confirma esta interpretación el principio de unidad de la ley sucesoria, previsto en el art. 23 del Reglamento n.º 650/2012 –y especialmente en su ap. 2, letra e)–, que dispone que dicha ley regirá ‘la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones [...]’”.

La *lex rei sitae*, pues, únicamente se aplica a la hora de determinar la naturaleza y contenido de los derechos reales transmitidos, que en su caso tendrán que adaptarse a los conocidos en la *lex rei sitae* [art. 1.2º letra k)]. Pero es la ley sucesoria, y no la *lex rei sitae*, la que debe determinar si, en virtud de la sucesión, dichos derechos reales se transmiten y en qué condiciones se transmiten.

A la ley inglesa, pues, le corresponde establecer si el testamento es título suficiente o no para la transmisión de los bienes hereditarios. Y la respuesta es negativa: los bienes hereditarios no se transmiten generalmente por el testamento, sino mediante la adjudicación por el ejecutor acreditado en el *probate*. Establecida esta cuestión conforme a la ley sucesoria, y no a la *lex rei sitae*, procede plantearse una interpretación funcional del art. 14 LH en supuestos transfronterizos: este precepto está obviamente pensado para supuestos internos y, en consecuencia, cuenta al testamento entre los títulos sucesorios porque en virtud de la ley española el testamento es título para la transmisión de los derechos hereditarios. Pero si esta circunstancia no concurre conforme a la ley sucesoria, se impone una interpretación que tenga en cuenta dicha circunstancia, con el fin de no conferir a un documento efectos de los que carece en la ley sucesoria, conforme a un principio general que se halla presente, por ejemplo, en el art.

60 LCJIMC o en el art. 59 del Reglamento. De otra forma, accedería al registro una transmisión de bienes contraria a la realidad jurídica, que corresponde fijar al Derecho inglés como ley sucesoria.

En lugar de esta interpretación funcional del art. 14 LH, la DGSJFP se decanta por una interpretación formalista y literal, que no se compadece con el ámbito de aplicación de la ley sucesoria diseñado por el Reglamento (UE) nº 650/2012.

Añade la DGSJPC un último argumento sobre la desproporción consistente en solicitar el *probate* o, alternativamente, acreditar que la solicitud de dicho *probate* no ha sido estimada por los tribunales británicos al declararse incompetente, sobre la base de que *“además de suponer un trámite costoso y dilatorio y por lo tanto contrario a la interpretación del Reglamento, dirigido a facilitar la vida de los ciudadanos europeos –en su aplicación universal–, resulta incompatible con el tenor del art. 12, párrafos 1 y 2 del Reglamento (UE) 650/2012, facilitando precisamente la sucesión de bienes en un Estado miembro cuando esté implicado un tercer país, como lo es Reino Unido, al establecer, en términos aplicables a las herencias no contenciosas ante notario español, en cuanto actúa como autoridad sucesoria, que “[c]uando la herencia del causante comprenda bienes situados en un tercer Estado, el tribunal que sustancie la sucesión podrá, a instancia de una de las partes, no pronunciarse sobre uno o más de dichos bienes, en caso de que quepa esperar que su resolución respecto de los mismos no vaya a ser reconocida ni, en su caso, declarada ejecutiva en ese Estado. El ap. 1 no afectará al derecho de las partes a limitar el alcance de los procedimientos en virtud de la ley del Estado miembro del tribunal que conozca del asunto”*.

El argumento es inconsistente en todos sus extremos. En primer lugar, poco tiene que ver la facilitación de facilitar la vida de los ciudadanos europeos con la determinación de la ley aplicable a la transmisión de los bienes sucesorios y los principios establecidos en el Reglamento al respecto, en particular la unidad y universalidad de la ley sucesoria aplicable. En segundo lugar, el art. 12 del Reglamento es una regla de limitación competencial que, en todo caso, afectaría a las autoridades españolas (no así a las británicas, pues el Reino Unido no es parte del Reglamento), y que consiste en declinar facultativamente la competencia sobre bienes situados en terceros Estados. Así, si el bien se hallara en el Reino Unido, el notario podría excluir tal bien de una adjudicación hereditaria o el juez evitar pronunciarse sobre dicho concreto bien en un procedimiento judicial. Obviamente, esta hipótesis no tiene nada que ver con el asunto de referencia, relativa a una escritura notarial de adjudicación de la herencia de un bien situado en España, que obviamente no ha sido excluido de la adjudicación.

Los razonamientos de la DGSJPF son asimismo inaceptables desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de los intereses particulares. Debe tenerse en cuenta la posibilidad, bien apuntada por el registrador, de que existiera un testamento otorgado en el Reino Unido revocando el testamento otorgado en España, lo que, efectivamente, aconsejaría, en ausencia de registros testamentarios en el Reino Unido, la aportación del *probate*. Además, cabe imaginar, si no en este caso sí en otros similares, que el *probate* se hubiera expedido correctamente a favor de un ejecutor o un administrador de la herencia distinto del heredero designado en el testamento y que, conforme a sus atribuciones, el ejecutor o administrador de la herencia decidiera enajenar el bien situado en España para enjugar las deudas pendientes antes de adjudicar el caudal relicto. Tal facultad, reconocida por la ley sucesoria, obliga a reconocer la eficacia del acto dispositivo conforme a las disposiciones del Reglamento. En suma, con carácter general para las sucesiones testamentarias conforme al Derecho inglés, debe requerirse como título sucesorio, el testamento acompañado del correspondiente *probate* o, en su caso, la acreditación de que no los tribunales británicos han declinado su competencia para el otorgamiento del *probate*. En caso de que exista *probate*, la adjudicación de la herencia no puede realizarla el propio heredero, sino que debe ser el ejecutor o administrador testamentario quien concurra para adjudicar los bienes hereditarios

S.S.L.

20. DEBE ESTIMARSE LA POSIBILIDAD DE QUE EL NOTARIO AUTORICE LA ADJUDICACIÓN DE LA HERENCIA CONFORME A LAS NORMAS ESPAÑOLAS Y CON EL TÍTULO SUCESORIO ABINTESTATO GENERADO EN SU CASO EN ESLOVAQUIA (Res. DGSJFP 10 febrero 2021)

[...]

15º. La cuestión que hay resolver ahora es la competencia del notario español para la adjudicación de la herencia respecto de la finca sita en España. Pues bien, en el Epígrafe III del informe de abogados (Competencia de los Tribunales eslovacos para la tramitación de la herencia como elemento internacional) que se emite e incorpora como medio de prueba, resulta que, en el caso de la aplicación de estatus hereditario diversificado, la competencia de los órganos jurisdiccionales y notarios de la República eslovaca se regula conforme las normas de los arts. 44 y 45 ss DIP, según la cual, el Tribunal eslovaco siempre será competente cuando el causante tenga la nacionalidad eslovaca al tiempo de su fallecimiento (*Lex Patrie*), resultando irrelevante el lugar de fallecimiento del causante, que se aplica sin excepción a los bienes que se encuentren en la República eslovaca, y que, para el caso de patrimonio situado fuera de la misma –supuesto presente– se aplica el principio de *Lex Patrie*, en relación con la ejecutividad, solo cuando se den dos supuestos: si los bienes se encomiendan a los órganos jurisdiccionales para su tramitación; y en el caso de que el órgano extranjero reconozca a tales resoluciones de los órganos judiciales eslovacos (tribunal, notario) efectos jurídicos (efecto de reciprocidad). Concluye este informe incorporado como medio de prueba, que “Para la tramitación adicional de la herencia nuevamente descubierta, inmuebles del causante, ciudadano de la República Eslovaca, se aplicará la *lex sitae*, es decir, la legislación donde se encuentre el inmueble” (arts. 5, 6 y 7 DIP).

Por tanto, se hace conveniente recordar lo dicho por esta Dirección General en orden a “la necesidad de recordar la especial importancia que tienen las inversiones extranjeras en la economía nacional, por lo que, sin perjuicio de la necesaria seguridad jurídica que debe siempre prevalecer, resulta especialmente importante la labor que han de desempeñar notarios y registradores, en criterios de razonabilidad, en el conocimiento necesario para que tanto la inversión como la realización de la inversión extranjera resulte lo menos compleja posible”. (Resolución de 26 julio 2016). Y, en consecuencia, debe estimarse la posibilidad de que el notario autorice la adjudicación de la herencia conforme a las normas españolas y con el título sucesorio abintestato generado en su caso en Eslovaquia.

Esta estimación es coherente con la aplicación de la *lex rei sitae*, en cuanto como ha señalado la STJUE 9 marzo 2017, *Piringer*, corresponde a las autoridades de la *lex rei sitae* (situación del Registro) determinar los títulos válidos para la inscripción y por tanto los procedimientos notariales aplicables.

16º. En cuanto a la segunda cuestión, esto es, si la citada certificación constituye un título sucesorio, el Código civil eslovaco y el informe aportado como medio de prueba, son también poco claros e inconclusos. Se deduce del escrito de recurso que, en Eslovaquia, sirve como título sucesorio abintestato –al menos lo ha sido para la finca situada allí–, y, en consecuencia, sostiene la recurrente que puede serlo en España ante un notario español. Pero lo cierto es que la mención de la viuda en el certificado hereditario a los efectos de su intervención como interesada, se limita a establecer su carácter de heredera forzosa.

Manifiesta la recurrente que la autoridad eslovaca se declara incompetente al estar situados los bienes en el extranjero. Pues bien, el art. 55 LN, –si bien es cierto que tras la reforma de 2 julio 2015–, establece que el acta de declaración de herederos abintestato se tramitará “... por Notario competente para actuar en lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante... En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente”. En consecuencia, la ley le concede medios para habilitar ese título sucesorio que la declare heredera única abintestato.

17º. En consecuencia, la situación es la siguiente. Los notarios–comisarios eslovacos carecen de competencias para liquidar las herencias internacionales, en cuanto se remite el Derecho eslovaco (previo al Reglamento de sucesiones) a la *lex rei sitae*.

Del certificado sucesorio nacional, expedido con base en el testamento, resulta que parte del carácter de heredero legal (forzoso) de la esposa, (segunda categoría en su Derecho sucesorio), siendo posible en aquel ordenamiento la concurrencia de la herencia testada e intestada. El otorgamiento del testamento, claramente, se fundó en el deseo del causante de favorecer como beneficiario testamentario a quien no es su pariente sino hijo de su esposa, por lo que no heredaría sin la disposición mortis causa.

18º. La cuestión a decidir se refiere por tanto a si debe exigirse la realización de un acta de declaración de herederos mortis causa complementaria conforme al art. 55 LN, en el lugar en que se sitúa el bien en España o si por el contrario cabría realizar un juicio de equivalencia formal y material del certificado sucesorio eslovaco al amparo de la disposición adicional tercera de la ley 15/2015 y subsidiariamente de los arts. 56, 56 y 60 de la Ley 29/2015.

Teniendo presente la dificultad (que no imposibilidad) de la autorización del acta de declaración de herederos abintestato en España, que se realizaría con base en otra ley (la eslovaca); a la solicitud de certificaciones del Registro Civil eslovaco; a un conjunto de pruebas a practicar sobre parientes del causante que obligarían posiblemente a una publicidad en aquel Estado y la dificultad de establecer una prueba testifical apropiada imprescindible en la declaración de herederos abintestato española, se considera más adecuado proceder por parte del notario y del registrador españoles a la labor de equivalencia funcional de los documentos, que en todo caso de fallecer el causante con posterioridad al 17 agosto 2015 sería de obligada realización, al basarse el Reglamento en la innecesaria reproducción de procedimientos y en la adecuación obligada de las instituciones como resulta de las SSTJ de 12 octubre 2017, asunto C-218/16 (*Kubicka*) así, como en el orden jurisdiccional, la de 21 junio 2018, (C-20/17 (*Oberle*)).

Razón por la que no puede ser confirmado el defecto observado.

19º. El tercero de los defectos señala que el régimen económico matrimonial en Eslovaquia no es un régimen de comunidad universal, por lo que debe aclararse si el régimen era capitular y, en su caso, acreditarlo; o si era legal y la liquidación lo es sólo parcial del régimen en que coexisten tres patrimonios, dos privativos y uno común.

La finca consta inscrita en el registro a nombre de la recurrente con arreglo a su régimen económico matrimonial eslovaco. En la escritura y su subsanación, se ha aclarado que el régimen económico matrimonial de doña DT era de comunidad universal de bienes, y que no es capitular, y, por tanto, es el supletorio de Eslovaquia.

Los arts. 67 y 143 del Código de Derecho civil de Eslovaquia disponen que los cónyuges tienen como régimen supletorio legal el de “una copropiedad indivisa de la comunidad de bienes”, lo que significa que las participaciones de propiedad de los cónyuges no se determinan cuantitativamente; en definitiva, una comunidad universal de bienes. En consecuencia, quedando claro que no hubo capitulaciones matrimoniales, se aplica el régimen supletorio de comunidad de bienes, que tal como se ha expresado en la escritura de subsanación, consta así inscrito en el Registro.

Ciertamente, como aprecia el registrador, no es correcta la denominación que el título realiza, quizás en base a una defectuosa traducción del sistema legal económico matrimonial eslovaco, pero lo cierto es que en el Registro consta la remisión al régimen económico legal de aquel país en la inscripción a favor de la viuda que adquirió por sí misma.

También es cierto que la heredera es la única interesada en la liquidación del régimen económico matrimonial y que carece de trascendencia –en este supuesto– la denominación que se le haya dado al concreto sistema económico legal, siempre que ha quedado claro, que es el legal supletorio y no capitular.

Observaciones: Pretende inscribirse una escritura de adjudicación de herencia otorgada ante notario español referida a causante de nacionalidad eslovaca, fallecido en 2011, que estaba casado en régimen de “comunicación” universal de bienes de Eslovaquia y que no deja descendientes. En testamento otorgado en Eslovaquia en 2001, y elevado a público ante el notario de Bratislava en 2011, legaba al hijo de su esposa un edificio en Bratislava. Mediante certificación de herencia otorgada ante el mismo notario de Bratislava, en calidad de comisario judicial, se adjudica la finca objeto del legado al legatario e interviene como heredera forzosa la viuda sin otra mención de bienes; se incorpora un informe sobre aplicación de la legislación de la República Eslovaca en materia de Derecho sucesorio, traducido y apostillado. En la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, intervienen la viuda y el legatario, se liquida la sociedad universal de bienes, la viuda acepta la herencia y se adjudica la única finca del inventario, que figura inscrita en el Registro de la Propiedad español a nombre de doña DT “con arreglo a su régimen económico matrimonial”; posteriormente se subsana la escritura anterior mediante el complemento y corrección de los datos siguientes: que el régimen económico matrimonial no era capitular; que en la traducción de la certificación de herencia del causante, se hizo constar por error “heredero testamentario” en vez de “legatario” y se expresa que se incorpora una nueva traducción del testamento del causante, pero por error no se hace. El registrador señala varios defectos: en primer lugar, el certificado sobre el Derecho eslovaco emitido presuntamente por el Ministerio de Justicia no está debidamente apostillado por la autoridad eslovaca competente. El contenido del Derecho eslovaco no se acredita suficientemente, aportándose en particular a través de un informe de abogados eslovacos y una traducción poco concluyente de algunos preceptos legales. Por otra parte, el certificado sucesorio que se aporta aparece circunscrito a un bien situado en Eslovaquia, por referencia a un testamento con idéntica limitación, y no comprende el inmueble situado en España ni se aporta una certificación de herederos abintestato. Existe, además, una incongruencia en la referencia al régimen económico matrimonial, toda vez que en Eslovaquia no rige un sistema de comunidad universal, por lo que es preciso acreditar la existencia en su caso de capitulaciones o el régimen legal bajo el que debe procederse a la liquidación de dicho régimen previamente a la determinación de los derechos sucesorios.

Observa la DGSJFP que la sucesión de la que trae causa el recurso ya fue objeto de la Resolución de 26 julio 2016, que ya había confirmado la calificación registral sobre ciertos extremos relativos a la prueba del Derecho eslovaco en relación con los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. Ahora, resume la DGSJFP, *“la viuda, heredera legal (forzosa) y titular registral única del bien, con sujeción al régimen económico matrimonial eslovaco, según publica el Registro, comparece ante notario español por sí y en representación de su hijo, no común con el causante (hijo que resultó adjudicatario, por ser beneficiario del mismo en testamento, de un inmueble en Eslovaquia), y previa liquidación del régimen legal matrimonial –que se considera por los interesados referida al bien inventariado en dicha escritura, inscrito en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz– se adjudica dicha señora el pleno dominio de este último bien”*.

La DGSJFP confirma el primer defecto observado. Dado que *ratione temporis* no resulta aplicable la exención de legalización contenida en el Reglamento (UE) n° 650/2012, los documentos públicos expedidos por autoridades eslovacas debían venir acompañados de la correspondiente apostilla, sin que sea aceptable la equivalencia de una apostilla realizada por una autoridad checa. Como es sabido, Checoslovaquia se desmembró el 1 enero 1993, y desde entonces Eslovaquia es un Estado independiente, partícipe del Convenio de La Haya de 1961 sobre la apostilla. Sin embargo, los documentos públicos eslovacos en materia civil no necesitan apostilla y están exentos de legalización, por disponerlos así el art. 11 del Convenio bilateral entre España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, hecho en Madrid el 4 mayo 1987, que en principio resulta aplicable tanto a la República Checa como a Eslovaquia como Estados sucesores en los convenios internacionales suscritos antes de la partición de Checoslovaquia.

El segundo defecto se refiere a la prueba del Derecho eslovaco, circunscrita a un informe firmado por abogado eslovaco, asumido por el notario autorizante. Recuerda la DGSJFP la pervivencia del art. 36 RH una vez promulgada la LCJIMC y reitera los principios básicos de la doctrina registral acerca de la prueba del Derecho extranjero: flexibilidad de los medios de prueba, aplicación *mutatis mutandis* de los criterios establecidos sobre el objeto y contenido de la prueba del Derecho extranjero en los procedimientos judiciales a partir de lo dispuesto en el art. 281 LEC, así como la posibilidad de que tanto el notario como el registrador hagan valer su conocimiento privado del Derecho extranjero. Insiste la DGSJFP en que si el registrador disiente del contenido del Derecho extranjero afirmado por el notario debe, 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”.

Respecto a la eficacia del certificado sucesorio eslovaco, constata la DGSJFP que “se limita a adjudicar el bien radicado en Eslovaquia y a considerar a la viuda “heredera forzosa”. Y en este punto disienten el registrador y la recurrente, ya que según el primero la certificación de herencia es insuficiente para adjudicar otros bienes, y según la segunda –y el notario autorizante– basta para la determinación de su condición de heredera con la que adjudicarse ante notario español el bien sito en España”. La DGSJFP analiza el contenido material del Derecho sucesorio eslovaco, concluyendo que, a falta de descendientes, es llamado abintestato el cónyuge viudo (arts. 473 a 475 Cc) y aborda el tratamiento de la certificación de herencia regulada en los arts. 481 ss Cc. Deduce la DGSJFP de la información sobre el Derecho eslovaco que, efectivamente, la aparición de un nuevo bien hereditario en España requiere un nuevo procedimiento de certificación sucesoria. Los argumentos de la DGSJFP a partir del considerando 11º son enormemente confusos y pasan de una cuestión a otra de manera difícilmente comprensible. Confundida o no por los informes sobre Derecho eslovaco sobre el particular, parece concluir la DGSJFP que las autoridades eslovacas vendrían a ser incompetentes para emitir un nuevo certificado sucesorio relativo a un bien inmueble situado en España, amparándose en la referencia a la *lex rei sitae* contenida en el art. 44 de la Ley de 4 diciembre 1993 sobre Derecho internacional privado y procedimiento internacional. No es, sin embargo, una inducción correcta. El art. 44 de la Ley eslovaca de Derecho internacional privado establece una competencia general de las autoridades eslovacas en materia sucesoria sobre la base de la nacionalidad eslovaca del causante, si bien se limita el pronunciamiento de dichas autoridades sobre bienes situados en el extranjero, a aquellos casos en que tales bienes pueden ser puestos a disposición de las autoridades eslovacas o si la decisión de estas autoridades va a ser reconocida en el país donde radica la propiedad. Se trata de una disposición que limita la competencia de las autoridades eslovacas para evitar situaciones claudicantes, esto es, decisiones o actos que no van a ser reconocidos ni ejecutados en el país en que radica la propiedad. Tal cautela no tiene nada que ver con la *lex patriae* ni con la *lex rei sitae*, sino que es una restricción puramente vinculada a las posibilidades reales de ejecución. Una restricción similar se contiene, por ejemplo, en el art. 12 del Reglamento (UE) nº 650/2012 cuando la sucesión afecta a bienes situados en terceros Estados (que no son parte del Reglamento).

Acotado en sus justos términos el sentido del art. 44 de la Ley de Derecho internacional privado eslovaca, resulta claro que no existe obstáculo alguno para que el nuevo certificado de herencia estableciendo los derechos abintestato de la viuda pueda ser solicitado y emitido a las autoridades eslovacas, toda vez que tal certificado sucesorio, emitido por las autoridades extranjeras correspondientes al Estado de la nacionalidad del causante, aplicable en virtud del art. 9.8º Cc, será perfectamente eficaz y reconocido en España, lugar donde se halla el bien inmueble, y admitido como título sucesorio en el sentido del art. 14 LH.

Resulta asimismo muy poco afortunada la referencia a la *lex rei sitae* como criterio de ley aplicable en este caso, según los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Derecho internacional privado eslovaca. Si tal cosa se afirma en el informe del abogado sobre el Derecho eslovaco, está justificado poner en duda su competencia en cuestiones de Derecho internacional privado. Es errónea, por tanto,

la afirmación de la DGSJFP en el sentido de que “*Los notarios-comisarios eslovacos carecen de competencias para liquidar las herencias internacionales, en cuanto se remite el Derecho eslovaco (previo al Reglamento de sucesiones) a la lex rei sitae*”. En concreto, el art. 5 de la Ley eslovaca es el trasunto del art. 10.1º Cc español, y establece la aplicación de la *lex rei sitae* en materia de derechos reales sobre bienes muebles o inmuebles, considerados *uti singuli*. Si tal precepto tuviera alguna repercusión en materia sucesoria, lo que la DGSJFP habría tenido que abordar no es la competencia de la autoridad eslovaca o española para la emisión del certificado sucesorio, sino el eventual reenvío parcial a la ley española (art. 12.2º Cc) para regir la propia sucesión y establecer los herederos abintestato conforme a la ley española. Por fortuna, tales preceptos no tienen ninguna aplicación en este caso, pues de lo que se trata es de la transmisión hereditaria o a título sucesorio de un bien inmueble situado en España. Conforme al art. 18 de la Ley eslovaca de Derecho internacional privado, esta cuestión se rige, sin distinciones, por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, esto es, por la misma ley que indica el art. 9.8º Cc, a saber, la ley eslovaca, y en modo alguno por la *lex rei sitae*.

Resumiendo, la sucesión del bien inmueble situado en España se rige por la ley eslovaca (art. 9.8º Cc y 18 de la Ley eslovaca de Derecho internacional privado) y las autoridades eslovacas son perfectamente competentes para emitir un certificado sucesorio abintestato respecto de dicho bien (art. 44 de la Ley eslovaca de Derecho internacional privado) que será reconocido normalmente como título sucesorio en España (art. 14 LH).

Extraña la prolija y confusa argumentación en que se enreda la DGSJFP, que se quintaesencia en el fundamento 15º, donde la confusión de cuestiones es palmaria. Poco tiene que ver el control de las inversiones extranjeras con el problema que se analiza, y muy poco correcta es la mención a la *lex rei sitae* para justificar la aplicación de la ley española al procedimiento y requisitos para la inscripción registral. Como se ha reiterado en múltiples ocasiones, la aplicación de la ley española al procedimiento registral no tiene nada que ver con la *lex rei sitae*, sino con la ley en que radica el registro. El título de aplicación de la ley española en virtud de lo dispuesto en el art. 58 LCJIMC es el de *lex fori* procesal, y no se conecta con la *lex causae* o ley rectora del fondo del acto inscribible. Por lo demás, la única ley aplicable a la transmisión hereditaria en este caso (*lex causae* o sucesoria) es la ley eslovaca y en ningún modo la ley española *qua lex rei sitae*. Como *lex fori* rectora del registro (art. 58 LCJIMC) es la ley española la que establece los títulos de inscripción, y en concreto el art. 14 LH para los títulos sucesorios. La cuestión estriba, simplemente, en establecer, por una parte, la eficacia en España de una declaración de herederos abintestato que provenga de las autoridades de la nacionalidad del causante, cuya ley rige la sucesión. Como hemos visto, la respuesta es positiva. Alternativamente, y no solo subsidiariamente, procede plantear si tal declaración de herederos abintestato puede ser emitida por un notario español, para lo cual procede tener en cuenta lo dispuesto en el art. 55 de la Ley del Notariado. La respuesta es asimismo positiva: alternativamente, cabría solicitar tal declaración de herederos abintestato al notario español, que aplicaría a tal efecto la ley eslovaca.

La solución que plantea la DGSJFP es sorprendente: dada las dificultades que el notario español va a encontrar para llevar a cabo la declaración de herederos abintestato, habida cuenta las circunstancias del caso, “*se considera más adecuado proceder por parte del notario y del registrador españoles a la labor de equivalencia funcional de los documentos*”. Se supone, por tanto, que la DGSJFP propone que, ya que el certificado sucesorio emitido para resolver la sucesión de otro bien hacía constar la condición de la viuda como única heredera, se admita la equivalencia de ese documento como una certificación de herederos abintestato válida para la atribución de un bien inmueble hereditario situado en España. Si tal es la propuesta de la DGSJFP, no deja de ser sorprendente, pues conculca una de las condiciones básicas del reconocimiento registral de documentos públicos extranjeros contenida en el art. 60 LCJIMC, que consiste en no atribuir al documento público extranjero efectos que no produce en el país de origen, que es justamente lo que propone la DGSJFP, pues tal certificado sucesorio eslovaco no produce efectos respecto de la sucesión abintestato del bien inmueble situado en España.

De forma lamentable, pues, la DGSJFP confirma el recurso en este punto, cuando lo correcto hubiese sido confirmar la calificación del registrador y exigir la presentación de una nueva certificación sucesoria abintestato por parte de las autoridades eslovacas, para lo que son perfectamente competentes, o alternatively una declaración de herederos abintestato otorgada por notario español conforme al Derecho eslovaco.

Tampoco confirma la DGSJFP el tercero de los defectos señalados, al estimar que no existen capitulaciones, sino que el régimen económico matrimonial es el supletorio o legal en el Derecho eslovaco, conforme al que se inscribió la adquisición del bien en su día, y que consiste en un régimen de comunidad universal de bienes, pese a la confusión a la que inducía la incorrecta traducción.

Es saludable que la DGSJFP anime a notarios y registradores al conocimiento del Derecho extranjero, pero también lo es que la propia DGSJFP ahonde en ese conocimiento, no solo del Derecho extranjero, sino también del propio Derecho internacional privado español y extranjero, a menudo mal tratado en sus resoluciones.

S.S.L.

21. LA HEREDERA, CONFORME A LA LEY ESPAÑOLA CON BASE EN LA PROPIEDAD SUCESORIA (REGLAMENTO (UE) Nº 650/2012) PODRÁ POR SÍ SOLA COMPLETAR LOS PROCEDIMIENTOS EXIGIDOS POR LA LEY ESPAÑOLA PARA OBTENER LA PLENA TITULARIDAD DE LOS BIENES HEREDITARIOS (Res. DGSJFP 15 junio 2021)

La *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 15 junio 2021*, estima el recurso interpuesto por el notario de Torreveja, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Murcia a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia de nacional británico y revoca íntegramente la calificación impugnada, sentando la siguiente doctrina:

(...) 1º. La única cuestión que plantea el presente recurso se refiere a si es necesaria la intervención del ejecutor, persona jurídica, designada en certificado del Tribunal Superior de Justicia, Registro de Validaciones Testamentarias de Gales –*Grand Probate*–, documento que se incorpora a la escritura calificada, traducido y apostillado, o si la única sucesora del causante, su viuda, con base en el título sucesorio británico, otorgado en 1989, ley al que se somete la sucesión (concretamente al Derecho inglés), puede por sí misma adjudicarse el patrimonio del causante en España –una vivienda y una cuenta bancaria– conforme a dicho título sucesorio (art. 14 LH) o si es preciso, además la comparecencia del representante de la entidad designada ejecutor. La apertura de la sucesión se produce con posterioridad al 17 agosto 2015, concretamente en 2018, por lo que es de aplicación el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. 2. Desde la entrada en vigor del Reglamento, esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la más adecuada interpretación del mismo a las herencias británicas sobre bienes en España partiendo en sus pronunciamientos, sobre distintos temas (vid. Resoluciones de 15 de junio y 4 julio 2016, 2 marzo 2018, 14 de febrero y 4 septiembre 2019 y 1 octubre 2020) de la necesaria coordinación de dos sistemas jurídicos, pese a ser muy distintos entre sí en la posición del sucesor. Muy consciente de esta dificultad y ante la necesidad de facilitar las sucesiones y, con ello, las inversiones de los ciudadanos británicos en países que como España, su sistema jurídico se sitúa en el sistema continental o latino, al final de la negociación del Reglamento (EU) nº 650/2012, –si bien sin éxito en lograr *opt in* de Reino Unido e Irlanda–, se introduce el actual art. 29 sobre la base del art. 21 de la propuesta, dirigido a facilitar la administración de la herencia, en aquellos sistemas jurídicos –de Estados miembros pese al carácter universal del instrumento, como entonces era Reino Unido–, a fin de facilitar una coordinación entre ambos sistemas. Tema

que resultó imposible. El art. 29 es completado en su interpretación por el considerando 43, el cual, como señala el notario recurrente, establece expresamente que el sistema de un Estado miembro (lo que no es Reino Unido, a mayor abundamiento) sobre administración obligatoria de la herencia, "(...) no debe impedir que las partes opten por resolver la sucesión de manera extrajudicial en otro Estado miembro, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro". 3. En el supuesto que ahora se resuelve, la viuda, heredera única ejecuta la sucesión, con base en el título sucesorio, y conociendo que la aplicación de los procedimientos de la *lex rei sitae* pudiera conducir a la asunción de responsabilidad personal, se adjudica el patrimonio del causante en España. Tratándose el procedimiento de *probate* –como indicaron las Resoluciones citadas en el “Vistos”– de un mecanismo procesal, que garantiza el cumplimiento de las cargas y obligaciones sucesorias en Reino Unido, con relación al patrimonio allí situado, en coherencia con su sistema legal, como señalara la Resolución de este Centro Directivo de 2 marzo 2018, la ley inglesa no considera el *probate* título sucesorio, sino que lo es el testamento privado ante testigos (arts. 14 LH, y 3.d) 24, 26 y 27 y, en el caso de pluralidad de sucesores, 23.j) del Reglamento (UE) nº 650/2012). El *probate* no determina quién es el heredero designado por el testador, sino quien es el executor testamentario y acredita o mejor dicho, viene a confirmar, la designación hecha por el testador. 4. Por ello en el presente caso, la heredera, conforme a la ley española que constituye la *lex rei sitae*, pero con base en la propiedad sucesoria que adquiere en virtud de las reglas del Reglamento (art. 1.1º y Sentencia *Kubicka*) podrá por sí sola completar los procedimientos exigidos por la ley española para obtener la plena titularidad de los bienes hereditarios y lograr inscripción en el Registro de la Propiedad español, con los efectos de legitimación, inoponibilidad, fe pública registral, presunción de veracidad y salvaguardia judicial que dicha inscripción le procura, eficacia que no se incluye en el perímetro positivo del Reglamento (art. 1.2º.I)”.

Observaciones: En una sucesión sometida al Derecho inglés, se suscita la posibilidad de adjudicación directa de un bien inmueble situado en España por parte de la heredera única testamentaria o, en contrapartida, la necesidad de que dicha adjudicación sea llevada a cabo por el executor testamentario (persona jurídica) que consta en el *probate* que se aporta, resultando de aplicación, por la fecha de apertura de la sucesión, el Reglamento nº 650/2012. La DGSJFP se inclina por la primera hipótesis estimando el recurso.

Mantiene la DGSJFP el erróneo planteamiento de resoluciones anteriores acerca de la interpretación del ámbito de aplicación y del alcance de las reglas contenidas en el Reglamento (UE) nº 650/2012. Vuelve la DGSJFP a citar la sentencia *Kubicka* de forma incorrecta y opuesta a la doctrina del TJUE y a confundir el carácter del testamento como título sucesorio con lo que denomina el “procedimiento” exigido para la adquisición de la plena titularidad de los bienes sucesorios, estimando sujeta esta última cuestión a la ley española a título de *lex rei sitae*. Como ya se ha señalado, el modo en que se transfiere a propiedad hereditaria a los herederos es parte sustancial del ámbito de aplicación de la ley sucesoria, en este caso de la ley inglesa [art. 23.2º, letra e) del Reglamento], como bien se observa en la calificación registral. Conforme a este sistema jurídico, salvo excepciones, el testamento no es título suficiente para la transmisión de los bienes hereditarios al heredero, pues se transmiten fiduciariamente al executor testamentario designado en el *probate*, quien a su vez los transmite en su caso al heredero designado en el testamento.

Añade esta Resolución una nueva mención a instancias del notario recurrente, errónea asimismo, al art. 29 del Reglamento, en relación con el considerando 43, que no vienen al caso planteado. El art. 29 contempla una serie de reglas relativas al nombramiento de executores y administradores testamentarios en aquellos casos en que la sucesión se abre en un país que contempla esta designación (reglas de competencia), pero en la hipótesis de que la ley aplicable fuera una ley extranjera. La norma estaba pensada sobre todo si el Reino Unido llegaba a ser parte del Reglamento y sus tribunales debían proceder, por ejemplo, a emitir un *probate* o *letter of administration* respecto de una sucesión regida por la ley española. Sin entrar en más detalles,

sus reglas no presentan interés alguno en un caso como el presente, en que el ejecutor es nombrado en el Reino Unido para una sucesión regida por el Derecho inglés, incluso si el Reino Unido fuera parte del Reglamento.

En efecto, la adjudicación directa puede ser la única vía de solución cuando, precisamente, los tribunales ingleses se declaran incompetentes para otorgar un *probate*, en razón de que no existan bienes en el Reino Unido o porque no consideren oportuna su intervención para una sucesión de bienes inmuebles en España, que consideran regida por el Derecho español. Resulta incongruente, sin embargo, que se admita la adjudicación directa de los bienes por la heredera cuando se aporta el correspondiente *probate* y, en consecuencia, conforme al Derecho inglés, la transmisión de los bienes debe ser llevada a cabo por el ejecutor testamentario, todo ello sin poner en cuestión la aplicabilidad de la ley inglesa y sin analizar ni justificar un eventual reenvío parcial o total a la ley española

S.S.L.

