- APLICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO -

© A-.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ 2020

- Aspectos generales -

- ***Aplicación del Derecho extranjero por autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales***. Diversos órganos y autoridades públicas no judiciales deben resolver cuestiones jurídicas internacionales sujetas a un Derecho extranjero. Tales órganos y autoridades deben aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español (art. 12.6 CC) y, en su caso, deberán también aplicar un Derecho extranjero cuando ejercen sus funciones no jurisdiccionales.
- La aplicación del Derecho extranjero por parte de estas autoridades no se rige exclusivamente por el art. 281.2 LEC. Existen ciertas reglas especiales sobre aplicación del Derecho extranjero, que permiten una ágil aplicación del mismo. Es un sistema parcialmente diferente del recogido en el art. 281.2 LEC para la aplicación judicial del Derecho extranjero. El art. 281.2 LEC queda como precepto subsidiario al que se puede acudir para integrar las lagunas que puedan presentar las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero (RDGRN 2 marzo 2012 [inscripción de adjudicación de herencia y testamento ológrafo italiano]).

- Aplicación del Derecho extranjero por Notarios -

• **Medios de prueba del Derecho extranjero en sede notarial. El art. 168.4º RN**. El notario debe aplicar Derecho extranjero cuando otorga escritura pública que afecta a personas de nacionalidad extranjera (art. 9.1 CC) y cuando califica actos celebrados en el extranjero (art. 9.1 CC, art. 11 CC y otras normas especiales contenidas en normas de Derecho europeo y otros instrumentos legales internacionales). Así, por ejemplo, el notario español debe controlar la legalidad del poder otorgado ante notario extranjero y para ello es preciso que se acredite el ajuste del poder a las normas extranjeras que pudiera, en su caso, reclamar el art. 10.11 y art. 11.2 CC. El art. 168.4º RN establece varios mecanismos para acreditar el Derecho extranjero por parte del notario.

(1) ***Conocimiento propio del Derecho extranjero por parte del notario***. En el caso de que el notario conozca el Derecho extranjero, debe hacer constar que lo conoce (RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés]). Sólo si el notario no hace constar la afirmación de que conoce el Derecho extranjero aplicable, e indica, simplemente, que "*ha aplicado un Derecho extranjero*", el Registrador puede denegar la inscripción. Así lo confirma la DGRN (RDGRN 26 junio 2012 [testamento otorgado en Nueva Gales del Sur ante abogado], RDGRN 1 marzo 2005, RDGRN 5 febrero 2005, RDGRN 23 marzo 2018 [Derecho alemán]). Cuando el Notario aplica un Derecho extranjero porque afirma conocerlo, lo hace bajo su responsabilidad (SAP Madrid 16 octubre 2012 [causante estadounidense]). La DGRN afirma, además, que existen ciertos aspectos del Derecho extranjero, como por ejemplo el alcance e interpretación del certificado sucesorio alemán, que han sido ya "*reiteradamente analizados*" por la misma DGRN (RDGRN 19 junio 2018 [sucesión de causante alemán] [BOE núm. 161 de 4 julio 2018]). En consecuencia, prosigue la DGRN, en tales casos "*no es razonable la exigencia de prueba del Derecho (alemán)*". La DGRN, por tanto, admite una prueba por notoriedad registral del Derecho extranjero cuando ello sea posible.

(2) ***Certificaciones consulares y diplomáticas***. En defecto de conocimiento propio del Derecho extranjero, cabe aportar certificación del Cónsul general o en su defecto, del representante diplomático de su país en España, relativa al Derecho extranjero.

(3) ***Prueba por las partes***. Cuando en la redacción de alguna escritura el Notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que las partes le acrediten la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. Si ello no se le acredita, el notario deberá denegar su función (art. 168 *in fine* RN redactado por RD 45/2007, de 19 de enero, BOE núm. 25 de 29 enero 2007). No obstante, este último párrafo, que impone la denegación de la función notarial, ha sido declarado nulo por la STS Sala Tercera, de 20 mayo 2008, pues ello supone regular, por vía de un reglamento administrativo, el derecho de propiedad y éste es un derecho cuya regulación se reserva a la Ley (= reserva de Ley *ex* art. 33.2 y 53.1 CE 1978). En efecto, el Reglamento Notarial no puede denegar la función notarial por los motivos recogidos en su art. 168.4º, ya que ello supone regular el ejercicio y alcance del derecho de propiedad al impedir que actos relativos al dominio se instrumenten en documento público y por tanto, no puedan acceder al Registro de la Propiedad.

• **ATENCIÓN:** El elenco de mecanismos de prueba del Derecho extranjero por los notarios no constituye un elenco exhaustivo sino abierto (SAP Madrid 16 octubre 2012 [causante estadounidense]). Pueden admitirse, por ejemplo, informes elaborados por jurisconsultos extranjeros del país del que se trate y los medios previstos en los arts. 33-35 LCJIMC (RDGRN 19 junio 2018 [causante alemán]. Por otro lado, el art. 255 RN indica que "*los notarios podrán expedir testimonios cuyo objeto sea acreditar en el extranjero la legislación vigente en España o el estatuto personal del requirente*". Son los llamados "testimonios por vigencia de leyes".

- Aplicación del Derecho extranjero por Notarios -

• ***Aplicación del Derecho extranjero y poderes otorgados ante fedatarios extranjeros*.** En estos casos, el "juicio de suficiencia" del poder extranjero que debe realizar el Notario español engloba el juicio de "equivalencia de funciones" entre el fedatario extranjero y el notario español. En efecto, para acreditar que un poder extranjero es suficiente para otorgar un acto, es preciso antes que quede acreditado que el "poder extranjero" es equivalente a un "poder español", que el notario ha intervenido en el poder extranjero con las mismas funciones que desarrolla un notario español que autoriza un poder. En tal juicio de suficiencia, el notario español debe dejar reseña, y así debe constar en el título, de su conocimiento propio del Derecho extranjero. Esto es, el notario español debe dejar constancia de que conoce las normas extranjeras aplicables a la forma del poder y que garantizan que las funciones desarrolladas por el fedatario extranjero en la autorización del poder son equivalentes a las que un notario español despliega cuando autoriza una escritura de poder. No es suficiente con que el Notario indique "ha aplicado el Derecho extranjero". Debe indicar en el título que "*conoce el Derecho extranjero*", pues ello asegura la equivalencia de funciones desarrolladas por el fedatario inglés con las que un notario español despliega cuando autoriza una escritura de poder.

Así, en la **RDGRN 5 enero 2017** un sujeto apoderado insta la cancelación de una hipoteca constituida a favor de una sociedad luxemburguesa. El poder se otorgó por esta sociedad ante notario español. El notario manifestó que dicho poder se otorgó con estricto respeto de la legislación luxemburguesa, que rige la existencia y capacidad de la sociedad extranjera y la regularidad de la actuación del apoderado. El hecho de que dicho poder no conste inscrito en el Registro Mercantil español no afecta a la validez y legalidad del poder, cuestión sujeta a las leyes de Luxemburgo (art. 9.11.I CC). Una vez que el notario español afirma y hace constar en la escritura que el poder se ajusta al Derecho luxemburgués, el Registrador al calificar debe, en su caso, expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que sea suficiente que éste indique de modo genérico que aprecia una "falta de prueba del Derecho extranjero". Si el registrador considera que el juicio de suficiencia emitido por el notario es erróneo, debe motivarlo adecuadamente, con referencia expresa a la legislación extranjera aplicable. Si no lo hace, la escritura debe inscribirse en el Registro.

- Aplicación del Derecho extranjero por agentes diplomáticos y consulares españoles -

• Según el ***art. 15 del Anexo III del Reglamento Notarial***, la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante los Agentes diplomáticos y consulares y que pertenezcan a país distinto de aquél en que dichos Agentes se hallen acreditados se justificará: 1º) Por certificación expedida por el cónsul; 2º) En su defecto, por certificación del Agente diplomático del país cuya nacionalidad ostenta el extranjero.

- Aplicación del Derecho extranjero por Registradores de la Propiedad y mercantiles -

• Para que accedan al Registro de la Propiedad español y al Registro Mercantil español ciertos documentos otorgados en el extranjero, la legislación española fija un "control de la ley aplicada" a la capacidad de obrar y a la forma del acto (art. 36.I RH). Pues bien, cuando resulte de aplicación un Derecho extranjero, el régimen jurídico a observar es el que sigue.

(1) ***Medios de prueba del Derecho extranjero en sede registral***. El art. 36 RH contiene una enumeración de medios de acreditación del Derecho extranjero. Se trata de una enumeración no exhaustiva de tales medios, pues el precepto nombra algunos de ellos, si bien emplea la expresión "*entre otros medios*". En consecuencia, no existe un *numerus clausus* de medios de acreditación del Derecho extranjero a la hora de comprobar el ajuste, al Derecho extranjero, del acto contenido en el documento que se pretende acceda al Registro de la Propiedad español (RDGRN 1 julio 2015 [causante alemán], RDGRN 2 marzo 2012 [inscripción de adjudicación de herencia y testamento ológrafo italiano], RDGRN 20 enero 2011 [escritura de venta otorgada en Venezuela], RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés]). Los medios que nombra de modo expreso el art. 36 RH son la "*aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable*", además de la prueba a través del conocimiento propio del Derecho extranjero por el registrador.

(2) ***Prueba preferente***. ***La prueba notarial mediante declaración de conocimiento del Derecho extranjero***. La prueba preferente del Derecho extranjero consiste en la "declaración de conocimiento del Derecho extranjero" realizada por el notario bajo su responsabilidad y que consta en el documento público a inscribir en el Registro. Esta declaración de conocimiento del Derecho extranjero realizada por el notario no debe seguir una fórmula determinada o preestablecida. Tampoco es preciso que el notario haga constar la relación de preceptos legales extranjeros conocidos y aplicados y/o la jurisprudencia extranjera pertinente. Basta una "aseveración o informe" del notario en el sentido de que conoce el Derecho extranjero y de que lo ha aplicado. Por tanto, si en la escritura o documento público presentado a inscripción en el Registro español consta la aplicación del Derecho extranjero pertinente por parte del Notario y su "declaración de conocimiento del Derecho extranjero", el Registrador no puede denegar la inscripción por motivos relacionados con la acreditación del Derecho extranjero. La declaración de conocimiento del Derecho extranjero emitida por el notario es, en principio, suficiente (RDGRN 23 marzo 2018 [venta de inmueble por ciudadano alemán sujeto a custodia legal según el Derecho alemán]).

(3) ***Prueba subsidiaria (1). La prueba del Derecho extranjero a través del conocimiento propio del Derecho extranjero por el Registrador***. En el caso de que el documento público presentado no recoja la declaración del notario de su conocimiento del derecho extranjero, puede ocurrir que el Registrador conozca el Derecho extranjero. Declarará motivadamente su conocimiento del Derecho extranjero hecha bajo su responsabilidad y se practicará la inscripción (art. 36.III RH). Esto es, el Registrador puede asumir la carga de probar y aplicar tal Derecho extranjero "*si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia*". En dicho caso, deberá, de modo inexcusable, dejar constancia expresa de dicha circunstancia en el asiento que se practique (RDGRN 1 julio 2015 [causante alemán], RDGRN 27 febrero 2014 [poder otorgado en Bélgica], RDGRN 3 febrero 2014 [cónyuges rusos], RDGRN 12 febrero 2004, RDGRN 1 marzo 2005). Esta exención de prueba del Derecho extranjero por iniciativa y responsabilidad del Registrador constituye una mera facultad del mismo y no una obligación legal del Registrador (RDGRN 28 octubre 2015 [vendedor norteamericano], RDGRN 3 febrero 2014 [cónyuges rusos], RDGRN 20 enero 2011 [escritura de venta otorgada en Venezuela], RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés], RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga]). El Registrador no tiene ninguna obligación de tener dicho conocimiento y/o de indagar el contenido del Derecho extranjero aplicable al asunto. Puede ejercitar esta facultad incluso si las partes no han invocado el Derecho extranjero aplicable según las normas de conflicto aplicables en España.

(4) ***Prueba subsidiaria (2). Prueba por las partes***. Si el Registrador no conoce el Derecho extranjero, el Derecho extranjero debe ser objeto de prueba por las partes interesadas (RDGRN 3 febrero 2014 [cónyuges rusos], RDGRN 27 abril 1999, RDGRN 19 febrero 2004, RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés]).

(5) ***Conflicto Notario-Registrador en relación con el Derecho extranjero***. Si el notario español ha autorizado una escritura pública y declarado que conoce el Derecho extranjero, deberá practicarse la inscripción registral. Ahora bien, puede suceder que el Registrador disienta de la opinión del notario relativa al Derecho extranjero. En tal supuesto, el Registrador debe afirmar que conoce la legislación extranjera y debe motivar expresamente su calificación negativa y no basta que el registrador indique, de modo genérico, que no ha sido probado adecuadamente el Derecho extranjero por el notario. Esto es, es necesario que el Registrador deje constancia de las razones motivadas que justifican su opinión sobre el Derecho extranjero que no coincide con la opinión del notario sobre el mismo. Debe motivar expresamente su opinión contraria a la del notario en torno al Derecho extranjero "*por conocer también [el Registrador], bajo su responsabilidad, suficientemente la legislación extranjera aplicable*" (RDGRN 23 marzo 2018 [Derecho alemán], RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés], RDGRN 2 agosto 2011 [causante holandesa], RDGRN 14 diciembre 1981, RDGRN 20 julio 2015). En tal caso, denegará la inscripción y queda abierta la posibilidad de recurso.

(6) ***Falta de prueba del Derecho extranjero en sede registral***. Si el Derecho extranjero aplicable no ha sido aplicado por el notario ni ha declarado nada al respecto, y tampoco resulta probado por el solicitante de la inscripción ni tampoco el Registrador declara tener conocimiento del mismo, entonces el Registrador "*deberá suspender la inscripción*" (RDGRN 14 septiembre 2016 [poder otorgado en Liverpool], RDGRN 26 julio 2016 [herencia sujeta al Derecho eslovaco], RDGRN 3 agosto 2016 [compraventa de inmueble situado en España entre contratantes alemanes], RDGRN 11 mayo 2016 [causante kuwaití], RDGRN 8 febrero 2016 [escritura de compraventa y vendedor alemán casado], RDGRN 28 octubre 2015 [vendedor norteamericano], RDRGN 23 julio 2015 [causante cubano], RDRGN 20 julio 2015 [causante alemán], RDGRN 3 febrero 2014 [cónyuges rusos], RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés], RDGRN 22 julio 2011 [embargo de finca perteneciente a sujeto marroquí casado]), RDGRN 28 julio 2011 [Derecho sucesorio ruso], RDGRN 2 marzo 2012 [inscripción de adjudicación de herencia y testamento ológrafo italiano]). En efecto, como explica la RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga], "*si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta*". De lo que se deriva que, "*[n]o cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial*". También se deniega la inscripción en el Registro Mercantil si no ha sido probado el Derecho extranjero pertinente con arreglo al cual se debe acreditar la validez del hecho y del documento (RDGRN 14 marzo 2014 [sociedad gibraltareña que se traslada a España]). En estos casos, la solución que debe darse al caso de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la aplicación pura y simple del Derecho sustantivo español, solución sostenida por el TS, Sala Civil, sino, como se ha indicado, la suspensión de la inscripción. Ello es así porque "*la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial*" (RDGRN 28 octubre 2015 [vendedor norteamericano]).

• **CUESTIÓN ESPECÍFICA.** ***Traducción del documento en sede registral***. La traducción del documento escrito en lengua extranjera es necesaria sólo si el Registrador no conoce el idioma extranjero y sólo si los documentos no se presentan ya traducidos bajo responsabilidad del notario autorizante (RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés]) (art. 37 RH).

• **CUESTIÓN ESPECÍFICA.** ***Prueba exhaustiva del Derecho extranjero en sede registral***. La DGRN sostiene que el art. 281 LEC (= que regula la prueba del Derecho extranjero en los procesos judiciales en España), es aplicable a la prueba del Derecho extranjero en el ámbito del Registro de la Propiedad. Esta afirmación es dudosa, pues el art. 4 LEC se limita a indicar que "*[e]n defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*" y no alude al ámbito registral. Ello lleva a pensar que la DGRN aplica el citado art. 281 LEC al ámbito registral mediante analogía (art. 4 CC) pero exclusivamente en relación con los aspectos no regulados por el art. 36 RH, que es la norma especial (= de preferente aplicación al art. 281 LEC). En todo caso, la DGRN exige una prueba exhaustiva del Derecho extranjero, de modo que quede acreditado el contenido y la vigencia del Derecho extranjero, así como su "*sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país*" (RDGRN 3 febrero 2014 [cónyuges rusos], RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga], RDGRN 28 julio 2011 [Derecho sucesorio ruso], (RDGRN 7 julio 2011 [partición de herencia y Derecho sucesorio holandés], RDGRN 15 julio 2011 [hipoteca sobre inmueble sito en Cataluña por sujetos portugueses]).

• **CUESTIÓN ESPECÍFICA.** ***Falta de ajuste del documento notarial extranjero al Derecho material español***. El Registrador español no puede denegar la inscripción de un documento notarial extranjero en el Registro de la Propiedad español por el motivo de que éste no se ajusta a ciertas previsiones exigidas por el Derecho material español o por otro Derecho sustantivo extranjero que no sea el Derecho que rige el fondo del asunto (RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga]). Podría denegar la inscripción de tal documento en el Registro de la Propiedad español, naturalmente, si estima que el Derecho extranjero aplicable a los actos jurídicos contenidos en el documento según las normas de conflicto europeas o españolas, no ha sido debidamente acreditado. Y también podría denegar tal inscripción si, acreditado el Derecho sustantivo extranjero que rige los actos jurídicos documentados, comprueba que tales actos no se ajustan a tal ordenamiento jurídico extranjero.

- - - -