

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR010375

RESOLUCIÓN de 28 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Pego a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia sujeta al derecho suizo.

(BOE de 7 de agosto de 2020)

SUMARIO:**Registro de la Propiedad. Aceptación y adjudicación de herencia sometida a la ley suiza. Adquisición por la causante de bienes bajo nacionalidad alemana con arreglo a su régimen matrimonial. Acreditación del derecho extranjero.**

Aun no coincidiendo la ley sucesoria y la relativa al régimen económico-matrimonial, la extinción o liquidación de dicho régimen por causa de muerte es relevante a efectos de la **determinación del caudal hereditario**, y en la escritura se manifiesta el carácter privativo del bien –aunque en el asiento registral figura como sujeto a su régimen matrimonial extranjero, el legal de participación en las ganancias alemán– (y ello sin perjuicio de la liquidación que corresponda de carácter obligacional). Lo que ocurre es que nada expresa el notario autorizante sobre el derecho aplicable a esa extinción o liquidación del régimen de participación de ganancias alemán. Debe acreditarse el contenido y la vigencia del derecho extranjero cuando se extingue el régimen económico matrimonial, con liquidación de aquél y la correspondiente adjudicación de bienes a los cónyuges, habida cuenta de la trascendencia que tienen tales actos. Y, de los términos de la escritura calificada y de la calificación impugnada resulta que esa falta de acreditación no ha sido suplida por una indagación o conocimiento directo del citado derecho extranjero por parte del notario autorizante ni de la registradora, lo cual constituye una facultad pero no una obligación de los mismos.

En relación con la **prueba del derecho extranjero**, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria, en cuanto sea compatible con lo dispuesto en esta ley. La aplicación de la legislación alemana queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba, también lo ha de ser en el notarial y registral. Si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

PRECEPTOS:

Reglamento (UE) n.º 650/2012 (competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones, aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y creación del certificado sucesorio europeo), art. 84.

Reglamento (UE) 2016/1103 (cooperación en competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales), art. 69.1.

Ley de 28 de mayo de 1862 (Notariado), art. 53.

Código Civil, arts. 10.1 y 12.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 18, 20, 38 y 40.

Ley de 8 de junio de 1957 (LRC), art. 77.

Ley 29/2015 (cooperación jurídica internacional en materia civil), arts. 33 a 36 y 57 a 60 y disp. adic. Primera. f).

Ley 1/2000 (LEC), art. 281.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 34, 35, 36, 51.6.ª y 9.ª, 54 y 92.

En el recurso interpuesto por don Secundino José García-Cueco Mascarós, notario de Denia, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Pego, doña Teresa Aparicio Marín, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia sujeta al Derecho suizo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 14 de noviembre de 2019 por el notario de Denia, don Secundino José García-Cueco Mascarós, los hermanos S. se adjudicaron un bien en España.

II

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Pego, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada n.º: 30 del año 2.020
Asiento N.º: 1.234 Diario: 93
Presentado el 07/01/2020 a las 13:40
Presentante: A. C. S.
Interesados: don C. S., doña A. C. S., don C. S.
Naturaleza: Escritura pública
Objeto: herencia de doña M. N.
Protocolo N.º: 1931/2019 de 14/11/2019
Notario: Secundino J. García-Cueco Mascarós, Denia

La registradora que suscribe, previo examen y calificación del documento citado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, y concordantes de su Reglamento, ha resuelto no practicar la operación registral interesada, en base a los siguientes:

Hechos

En la escritura citada, don C. S., doña A. C. S., don C. S. formalizan la aceptación y adjudicación de herencia de su finada madre, doña M. N., respecto de la finca registral número 15834 de Ráfol de Almunia, en base al último testamento que ésta otorgó en España, en el que instituyó herederos de todos sus bienes en España, por terceras e iguales partes, a sus tres citados hijos y optó por la ley suiza como reguladora de su sucesión (habiendo tenido su última residencia y domicilio en Hünemnberg –Suiza–).

Examinados los Libros del Registro, la citada finca registral figura inscrita en pleno dominio a nombre de la citada doña M. N. con sujeción a su régimen matrimonial, por título de compra, según la inscripción 6.^a, de la que resulta ser de nacionalidad alemana y estar casada con don K. N. bajo el régimen de participación de su país.

Por lo expuesto será necesario que se acredite, mediante testimonio de contenido y vigencia de leyes la necesidad o no de comparecencia del cónyuge de la causante en la aceptación y partición de su herencia.

Fundamentos de Derecho:

Visto lo dispuesto en los artículos 18, 19.bis y concordantes de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento.

Visto lo dispuesto en los artículos 92 y 36 del Reglamento Hipotecario.

Visto el criterio de la Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: En el momento en el que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición, debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. Como ya ha indicado la DGRN en diversas resoluciones (cfr. Resoluciones de 3 de enero de 2003, de febrero de 2008 y de 15 de julio de 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el artículo 92 RH difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable (reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone). Dicho régimen no se aplicará, si la enajenación o gravamen se realizan contando con el consentimiento de ambos cónyuges (enajenación voluntaria) o demandando a los dos (enajenación forzosa). La prueba del Derecho extranjero ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 de agosto de 2015). El régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el artículo 33 de dicha Ley y no modifica ni afecta a las reglas especiales sobre aplicación extrajudicial, en particular al artículo 36 del RH. Los artículos 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f), de la ley 29/2015 de 30 de julio) en cuanto sean compatibles con lo dispuesto

en esta ley. El Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba también en el ámbito notarial y registral (vid. Entre otras Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1.999, 1 de marzo de 2.005, 20 de enero de 2.001, 22 de febrero de 2.012 y 31 de octubre de 2013, entre otras). Recuerda que el Centro Directivo ha señalado en diversas ocasiones que 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 artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al Registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho Extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2.015, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. La enumeración expuesta en el artículo 36 RH, no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados. Al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 282.2 de la LEC, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (vid. Entre otras, Sentencias del TS de 11 de mayo de 1989, 7 de diciembre de 1990, y 25 de enero de 1999, y Resolución de 10 de enero de 2011) y debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la Ley extranjera, aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid. entre otras, Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2015). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero; sino una mera facultad que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señalaron las Resoluciones de 20 de enero y 15 de julio de 2.011, el Registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdos a los imperativos expuestos, podrá, aplicar un derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario deberá suspender la inscripción.

Y en base a lo expuesto se suspende la práctica de las operaciones registrales interesadas.

Asimismo se le notifica que el asiento de presentación a que dio lugar la escritura antes reseñada, queda prorrogado automáticamente, a contar desde la fecha de emisión de esta notificación y por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la última comunicación correspondiente; por lo que se amplía consecuentemente el plazo para subsanar el defecto alegado en la misma.

Contra esta nota de calificación desfavorable (...)

Pego a veintinueve de Enero del año dos mil veinte La Registradora (firma) Fdo: Tersa Aparicio Marín».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Secundino José García-Cueco Mascarós, notario de Denia, interpuso recurso mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2020 en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«Mediante escritura por mí autorizada el 14 de noviembre de 2019 bajo mi número 1931 de orden de protocolo, los hermanos C., A. C. y C. S. manifestaban y aceptan la herencia causada por su madre M. N., de nacionalidad suiza y alemana, fallecida en Zúrich el 21 de febrero de 2019, con última residencia y domicilio en Hüenberg (Suiza), casada en segundas nupcias con K. N. y dejando tres únicos hijos habidos de su anterior matrimonio, los citados otorgantes Sres. S., quienes procedieron a adjudicarse por iguales terceras partes el único inmueble de que la finada era titular en España, en pleno dominio y con carácter privativo, la registral 1583 del Registro de la Propiedad de Pego.

La difunta otorgó su último testamento en España ante mí, el 25 de octubre de 2016, en el que entre otras disposiciones que no vienen al caso, instituía herederos universales en todos sus bienes, derechos y acciones radicados en España a sus citados hijos A. C., C. y C. S.

En el mismo testamento la Sra. N ordenaba someter su herencia al derecho suizo, tal cual permite para los casos de doble nacionalidad el párrafo segundo del punto 1.º del artículo 22 del Reglamento Europeo de Sucesiones

650/2012 de 4 de julio de 2012, aunque en la escritura por mí autorizada de herencia quedaba constancia de su último domicilio y residencia en Suiza, siendo, en definitiva, la ley suiza la aplicable a su sucesión.

Presentada a Registro, la inscripción de la escritura quedó suspendida, según la nota de calificación, porque debía "acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso".

Para fundamentar tal decisión, la Registradora citaba diversas resoluciones del Centro Directivo, entre ellas la de 3 de mayo de 2016, y otras anteriores, en que se insiste en que "el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba también en el ámbito notarial y registral o en que «si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta"; o la otra afirmación (contenida en resoluciones de 20 de enero y 15 de julio de 2011) según la cual "la indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador... sino una mera facultad...".

De manera que la Registradora ha renunciado a ejercitar la facultad que el Centro Directivo le reconoce de indagar acerca de la vigencia del derecho extranjero al menos en dos materias, la matrimonial y la sucesoria.

Y es así porque la Registradora desconoce que el llamado régimen de participación en ganancias es el legal supletorio en el Derecho alemán –equivalente al homónimo español– y así mismo desconoce que la llamada "parte legal" que asiste a los legitimarios en el Derecho suizo les confiere –como ocurre equivalentemente en el Derecho catalán– un puro derecho de crédito, y nunca un derecho real, de manera que a diferencia de nuestro sistema común, la presencia de legitimarios no se hace necesaria en la partición.

La renuncia a indagar sobre ambas materias le lleva a exigir la prueba del Derecho extranjero, que parece solo poder obtener por las vías que suministra el artículo 36 del Reglamento Hipotecario y que imponen, en suma, la aportación de un testimonio de vigencia y contenido de leyes.

Lo que el recurrente pone en cuestión es que dicho testimonio sea necesario cuando de los títulos presentados y de los propios asientos del Registro resulte la vigencia y aplicación del Derecho extranjero que se desconoce, ello en medida suficiente para practicar la inscripción que se pretende.

Por lo que atañe a la materia matrimonial, ha de advertirse que la finca manifestada en la herencia figuraba inscrita, en pleno dominio, como explica la misma nota de calificación, a favor de la finada Sra. N., quien la adquirió "para sí" en escritura de compraventa que autorizó el Notario de Denia don José María González Arroyo el 25 de marzo de 2014 bajo número 573 de orden de su protocolo, invocándose en la comparecencia la nacionalidad alemana que allí ejercía la compradora y su matrimonio con el Sr. K. N., sujeto, dicho matrimonio según se explicitaba, al régimen legal de participación. No obstante, la inscripción que se practicó en su día, al parecer conforme al artículo 92 del Reglamento Hipotecario, lo fue "con sujeción a su régimen matrimonial", aunque, según la misma nota de calificación admite, consta en la inscripción 6.^a la nacionalidad alemana de la compradora y su matrimonio con el Sr. N. "bajo el régimen legal de participación de su país".

A nuestro juicio, de ello es dable concluir con relación a esta cuestión del régimen que bastaría estar al contenido del propio título de compraventa y al de los mismos asientos registrales, en los que no hay invocación a régimen paccionado alguno y sí en cambio al régimen legal de participación alemán, para que se deba entender practicada la inscripción con carácter privativo a favor de la compradora, tal como dicho régimen impone, a menos que se ignore, lo que a estas alturas tampoco descartamos, que el régimen legal alemán de participación es idéntico en este punto al español, no generando las adquisiciones privativas de cada cónyuge comunidad o derecho real alguno a favor del otro ni existiendo más comunidad que la que podría derivarse de las adquisiciones conjuntas, que generan proindivisos ordinarios o romanos.

Y con relación a la cuestión sucesoria, si se ignoraba la naturaleza y funcionamiento de la legítima suiza, bastará atender a la propia escritura de herencia por mí autorizada, en la que además de testimoniarse el último y válido testamento otorgado por la causante en España, se testimonia, debidamente traducido y apostillado, el Certificado de Declaración de herederos de 28 de junio de 2019 expedido por el Escribano-Sustituto M. W. del Departamento de Asuntos Sucesorios de Hünenberg, del que resulta que según la apertura del último testamento de la testadora en Suiza, son sus herederos, precisamente, sus descendientes, los nombrados hermanos S., sin invocación, en dicha declaración, a legitimario alguno y de manera que esos hijos y herederos ven atribuida su condición de tales por partida doble, en el testamento por mí autorizado y en los títulos sucesorios suizos, evidenciándose la perseverante voluntad de la causante de que sean sus hijos y solo sus hijos los que tengan en exclusiva la condición de herederos, conforme permite el Derecho suizo.

Y si por citar el contenido de las numerosas resoluciones en que la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe pública, se ha pronunciado en esta cuestión de aplicación del Derecho extranjero, también es dable citar la de 26 de septiembre de 2018, en la que el Centro Directivo, como en otras muchas, recuerda tanto a notarios como a registradores, la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo –dice la Resolución– no solo a los medios que proporciona el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, 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.

En conclusión: el Registrador puede y debe exigir la prueba del derecho extranjero, del mismo modo que tiene la facultad de indagar sobre su contenido y vigencia; pero dichos deberes y atribuciones no le facultan para dudar inmotivadamente del contenido de los títulos presentados y de los asientos del propio Registro, como ha ocurrido a nuestro juicio en el caso que nos ocupa, de manera que si la duda persiste, por entender que de unos y otros no se deduce sentido, alcance e interpretación de la norma extranjera, debe dicho Registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero, tal cual se expresa, entre otras la citada resolución de 7 de septiembre de 2018».

IV

Mediante escrito, de fecha 20 de febrero de 2020, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 84 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 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; 69.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 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; 1, párrafo tercero, 18, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 10.1, 12, apartados 1, 4 y 6, del Código Civil; 53 de la Ley del Notariado; 77 de la Ley del Registro Civil; 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 33 a 36 y 57 a 60 y la disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; los artículos 34, 35, 36, 51.6.^a y 9.^a, 54 y 92 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018 (Mahnkopf); las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 20 de enero de 1983, 28 noviembre 1988, 21 de mayo de 1998, 5 de marzo, 27 de abril y 18 de octubre de 1999, 7 diciembre de 2000, 3 de enero, 13 de octubre y 19 de diciembre de 2003, 10 de enero y 4 y 12 de febrero de 2004, 14 de febrero, 1 de marzo y 10 de octubre de 2005, 11 de octubre de 2006, 26 de febrero de 2008, 15 de junio de 2009, 5 de marzo de 2010, 20 de enero, 15 de julio y 20 de diciembre de 2011, 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013, 13 de agosto de 2014, 20 de julio, 28 de octubre y 4 de diciembre de 2015, 15 de febrero de 2016, 11 de enero, 2 de febrero, 15 de marzo, 17 de abril, 10 y 17 de mayo, 25 de julio y 31 de agosto de 2017, 15 de enero, 5 de marzo, 2 de abril, 1 (2.^a) y 19 de junio, 7 y 10 de septiembre, 19 de octubre y 7 de noviembre de 2018 y 27 de febrero, 1 de marzo y 7 de noviembre de 2019.

1. Se presenta a inscripción una escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada por las únicas hijas de la causante, fallecida el día 21 de febrero de 2019, que optó, en testamento otorgado el día 25 de octubre de 2016 ante el mismo notario autorizante y recurrente, por la ley de una de sus nacionalidades, la suiza, no discutiéndose en el expediente que poseía nacionalidad suiza y alemana. La *professio iuris* a favor de cualquiera de las nacionalidades del testador está expresamente permitida en el artículo 22 del Reglamento (UE) n.º 650/2012.

2. Se abordan en el expediente dos temas distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí.

El primero, se refiere a las consecuencias del carácter del bien relicto, adquirido por la causante bajo nacionalidad alemana según resulta del asiento registral, por sí sola, casada bajo el régimen legal de participación de su país con don K.N., aun domiciliada en Suiza «y que la compra y adquiere para sí».

Mantiene la registradora con cita de la Resolución de este Centro Directivo de 3 de mayo de 2016, que en el momento en que el bien adquirido con sujeción al régimen económico-matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición, debe acreditarse el contenido y la vigencia del derecho concreto aplicable al caso. Y debe entenderse que esta exigencia ha de ponerse en relación con las consecuencias de la extinción del régimen económico-matrimonial de la causante.

3. Como indicare la Resolución de 31 de agosto de 2017 específicamente sobre el régimen de participación en las ganancias alemán, supletorio en Alemania (artículos 1363 y siguientes BGB) y ya había sido puesto de manifiesto anteriormente (vid. Resolución de 3 de agosto de 2016), éste se encuentra regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera, Título sexto 1, artículos 1363 y siguientes del «Bürgerliches Gesetzbuch» (BGB, Código Civil alemán) disponiendo el número 2.º de dicho artículo que el respectivo patrimonio del marido y de la mujer no será patrimonio común del matrimonio; principio que se aplica, asimismo, en cuanto al patrimonio adquirido por uno de

ellos tras la celebración del matrimonio; de modo que los bienes del marido y los de la mujer no se convertirán en bienes comunes de los esposos ni durante el matrimonio ni a su disolución. Asimismo, recuerda la Resolución de 17 de diciembre de 2004 que, durante la vigencia de dicho régimen, cada cónyuge no tiene un derecho real sobre los bienes adquiridos por el otro cónyuge sino el crédito de participación que surge al finalizar dicho régimen. Mientras esté vigente dicho régimen, es de separación de bienes y por ello cada uno de los cónyuges administra y dispone de su patrimonio libremente, salvo que disponga del ajuar familiar o de todo su patrimonio.

4. Como se ha indicado, del asiento de inscripción resulta que «doña M. N., de nacionalidad alemana casada bajo el régimen legal de participación de su país con don K. N... compra y adquiere para sí». Es decir, resulta precisamente que es aplicable el régimen legal de participación en las ganancias alemán y no el suizo.

En ambos sistemas, constante matrimonio, el régimen económico se rige, a los efectos que aquí interesan, por las normas de la separación de bienes por lo que si hubieran adquirido ambos esposos se hubiera inscrito por cuotas conforme al artículo 92 del Reglamento Hipotecario, con ciertas particularidades difiriendo la liquidación por fallecimiento.

5. Referido exclusivamente al sistema alemán y no al suizo, fallecido un cónyuge como recuerda la Sentencia Mahnkopf, se produce el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia a favor del cónyuge supérstite. Incremento éste, que posee, en la interpretación que hace el Tribunal de Justicia, carácter sucesorio. Concretamente, de conformidad con el artículo 1371, apartado 1, del BGB, en caso de disolución del régimen de participación en las ganancias (Zugewinnsgemeinschaft), la parte alícuota legítima del cónyuge supérstite al efectuarse el reparto de los bienes gananciales se incrementa en un cuarto adicional.

Es decir, que queda acreditado –partiendo de la exactitud del asiento– que la causante adquirió bajo el régimen de participación legal de su nacionalidad alemana en el año 2014 falleciendo bajo la ley suiza coincidente en su residencia y elección.

La liquidación del régimen económico-matrimonial, se regirá por tanto conforme a la ley que hubiera sido aplicable a su matrimonio, artículo 69.1 del Reglamento (UE) 2916/1103, al ser previo el matrimonio a la aplicación de este Reglamento sin que pueda ser incrementada su cuota vidual al regirse la sucesión por la ley suiza.

Aun no coincidiendo la ley sucesoria y la relativa al régimen económico-matrimonial, la extinción o liquidación de dicho régimen por causa de muerte es relevante a efectos de la determinación del caudal hereditario, y en la escritura se manifiesta el carácter privativo del bien –aunque en el asiento registral figura como sujeto a su régimen matrimonial extranjero, el legal de participación en las ganancias alemán– (y ello sin perjuicio de la liquidación que corresponda de carácter obligacional, según ha quedado expuesto). Lo que ocurre es que nada expresa el notario autorizante sobre el derecho aplicable a esa extinción o liquidación del régimen de participación de ganancias alemán, pues se limita a afirmar en la escritura calificada que «la adjudicación es perfecta e incondicionada, aunque no libere a los herederos, conforme al derecho suizo aplicable, de satisfacer a eventuales legitimarios sus derechos hereditarios legales, según sean reclamados por éstos en tiempo y forma».

6. Como ha puesto de manifiesto reiteradamente este Centro Directivo (vid. la Resolución de 7 de noviembre de 2019 y las citadas en ella) debe acreditarse el contenido y la vigencia del derecho extranjero cuando se extingue el régimen económico matrimonial, con liquidación de aquél y la correspondiente adjudicación de bienes a los cónyuges, habida cuenta de la trascendencia que tienen tales actos. Y, de los términos de la escritura calificada y de la calificación impugnada resulta que esa falta de acreditación no ha sido suplida por una indagación o conocimiento directo del citado derecho extranjero por parte del notario autorizante ni de la registradora, lo cual constituye una facultad pero no una obligación de los mismos.

En relación con la prueba del derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el artículo 33 de dicha ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Conviene destacar, que los artículos 34 a 36 de dicha ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores.

Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria –disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio–, en cuanto sea compatible con lo dispuesto en esta ley.

La aplicación de la legislación alemana queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid. las Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005, 20 de enero de 2011, 22 de febrero

de 2012, 31 de octubre de 2013, y 5 de marzo de 2018, entre otras). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que 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 artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del derecho extranjero 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». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un «numerus clausus» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y Resolución de 20 de enero de 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señalaron las Resoluciones de 20 de enero y 15 de julio de 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

A tal efecto, este Centro Directivo ha recordado reiteradamente (cfr., por todas, Resoluciones de 15 de febrero de 2016, 5 de enero y 17 de abril de 2017, 7 de septiembre y 18 de diciembre de 2018 y 7 de noviembre de 2019) 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 artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, en el ámbito europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. El fácil acceso a las bases de datos jurídicas de otros Estados miembros facilita tanto que los notarios, en ejercicio de las competencias atribuidas en la Ley puedan emitir informes relativos al derecho extranjero, como que los registradores, puedan motivar adecuadamente su decisión facilitando en ambos casos el tráfico jurídico de bienes y servicios en un entorno, como el presente, en el que la existencia de un elemento de extranjería es elemento normal del negocio jurídico, contribuyendo así a afianzar el desarrollo de uno de los pilares esenciales de la construcción europea. En este sentido, no cabe desconocer, por ejemplo, con el valor de herramienta informativa, el portal <https://e-justice.europa.eu>, gestionado por la Comisión Europea.

7. El segundo tema que debe abordarse es relativo a la exigencia por parte de la registradora de que se acredite, mediante testimonio de contenido y vigencia de leyes, la innecesariedad de comparecencia del cónyuge viudo de la causante en la aceptación y partición de su herencia.

8. Resulta del título calificado y del recurso, que la causante testó en España, en exclusiva referencia a los bienes en territorio español, con posterioridad a la aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012. Esta práctica,

basada en razones pragmáticas es hoy incompatible con el instrumento europeo y dificulta la apreciación de la validez material y formal de las disposiciones «mortis causa» (artículos 27 a 28).

El Reglamento señala en su artículo 23.1 que la ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión. Y en el considerando 37 señala que «para que los ciudadanos puedan aprovechar, respetando en todo momento la seguridad jurídica, las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitirles conocer cuál será la legislación aplicable a su sucesión. Además, deben introducirse normas armonizadas en materia de conflicto de leyes para evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que la sucesión se rija por una ley previsible, con la que guarde una estrecha vinculación. Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia».

Pese a ello, en el presente caso, no se distorsiona la determinación de la ley aplicable, pues la «*professio iuris*» que realiza el causante, realizada a la ley de un tercer Estado –recordemos que conforme a su artículo 20 se sanciona el carácter universal del Reglamento– conduce al Derecho suizo que resultaría aplicable en atención a la residencia habitual de la causante.

9. Aplicándose, pues, el Derecho suizo es relevante señalar que según el certificado de herederos unido a la escritura pública calificada, el día 14 de marzo de 2019 fueron abiertas todas las disposiciones de última voluntad de la causante (incluidos eventuales pactos sucesorios, comunes en aquel Derecho) de las que resultaron herederos voluntarios solamente los hijos como herederos (artículo 557 del Código Civil suizo. Vid: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>).

La apertura de las disposiciones de última voluntad en Derecho helvético exige, tras la previa sentencia de apertura de la sucesión –de la que no existe cita en el expediente–, la comunicación a todos los herederos, instituidos y legales (artículo 558 Código Civil). El viudo es legitimario según la ley suiza, en la cuarta parte del caudal hereditario. Conforme al artículo 559 del Código Civil éste tuvo el plazo de un mes a partir desde la notificación para impugnar los derechos hereditarios de quienes fueron determinados herederos en la sentencia de apertura.

Coherentemente, el certificado de herederos solo se puede emitir después del vencimiento de este plazo (artículo 559) lo que hizo la oficina competente, en este caso el Ayuntamiento de Hünenberg confirmando la posición de los herederos.

10. El certificado de herederos, que es susceptible de recurso (artículo 559), autoriza a los herederos allí determinados a disponer de la herencia, siempre de mutuo acuerdo (vid. Sentencia del Tribunal Supremo suizo, BGE 138 III 354, en especial fundamento número 5, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F138-III-354%3Ade&lang=de&type=show_document) sobre los denominados herederos legales virtuales –«*virtueller Erbe*»– que por sí no tienen una posición de heredero sino de crédito mediante interposición de demanda que prescribe en un año desde el conocimiento de su exclusión, que se considera se produce con la notificación de la sentencia de apertura a todos los herederos legales e instituidos (artículo 533) y que constituye una acción de reducción para reclamar la porción forzosa.

Tras la expedición del certificado aunque los herederos determinados ya pueden disponer libremente, cualquier persona con mejor derecho puede reclamar su posición mediante demanda sucesoria (artículo 559 del Código Civil) y el heredero virtual y el excluido tiene aún un nuevo plazo de un año para reclamar su parte legal (derecho de crédito contra la herencia).

Por lo tanto, no es contenido imprescindible la mención en el certificado de los herederos virtuales (o herederos legitimarios excluidos), como en el caso planteado sería el viudo, por su cuarta parte de la herencia, ni las acciones posibles posteriores empecen en aquel Derecho la eficacia habilitante del certificado.

11. En base a lo anterior, en el título calificado debería haberse realizado un juicio tanto sobre la ley aplicable, que conduce al Derecho suizo así como su contenido, como de la validez y alcance del certificado de sucesión.

El notario y el registrador español deben analizar que el certificado de herederos es funcionalmente equivalente a un documento expedido por autoridad española, aun con adecuación (disposición adicional tercera de la Ley 15/2015). Norma aplicable, en preferencia al artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en cuanto funcionalmente habría de equivaler a una declaración de herederos, institución más próxima, aun limitada en el Derecho español a las sucesiones ab intestadas analizando el cumplimiento de los requisitos allí establecidos: a) que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado; b) que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen; c) que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho

internacional privado, y d) que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

12. En conclusión, el título calificado no contiene un juicio del notario basado en la prueba del Derecho aplicable a la sucesión, ni del contenido de la ley con base en la cual es omitida la comparecencia del cónyuge viudo, ni de los requisitos mínimos exigibles al certificado de herederos emitido, si bien respecto de sus aspectos formales basta la apostilla internacional, según establece el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, que demuestra que se trata de una autoridad con competencia civil.

Tampoco se realiza en el título calificado juicio de equivalencia funcional del título extranjero con el que emitiera una autoridad española, razones por las cuales debe confirmarse el defecto observado al no quedar justificada la no comparecencia del cónyuge viudo.

Conforme a los anteriores fundamentos de Derecho, la calificación registral debe ser confirmada, en los términos que resultan de los mismos.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y confirmar respecto del segundo defecto la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de julio de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.