

## Algunas cuestiones sobre la **Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2014** en materia de cambio de domicilio

**María José Llanes del Barrio**

*Juez sustituta adscrita al TSJ de Cataluña*

---

### EXTRACTO

El objeto de este trabajo se centra en el análisis de la **Resolución de 14 de marzo de 2014**, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles III de Málaga, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera.

---

---

### SUMARIO

1. Introducción
  2. Límite de orden público y carácter imperativo de las normas
  3. Control de legalidad y prueba del derecho
  4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

El objeto de este trabajo se centra en el análisis de la [Resolución de 14 de marzo de 2014](#), de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles III de Málaga, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera<sup>1</sup>.

La nota de calificación negativa se centró, fundamentalmente, en la infracción del artículo 94.1<sup>2</sup> de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, infracción del artículo 309.2<sup>3</sup> del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RMM), e infracción del ya citado artículo 94 de la Ley 3/2009 en relación con el artículo 58 del RMM<sup>4</sup>.

La recurrente, obviando los defectos señalados con la infracción de los artículos 309 y 58 del RRM, centró su argumentación en una doble consideración: de una parte, no considera infringido el artículo 94 de la Ley 3/2009, por cuanto no es exigible informe técnico porque, de otra parte, Gibraltar forma parte del Espacio Económico Europeo (EEE), argumentando que «de conformidad con el protocolo firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1993 el territorio de Gibraltar forma parte de dicho

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 100, de fecha 25 de abril de 2014, Sec. III, pág. 32817

<sup>2</sup> Artículo 94. Traslado a territorio español de domicilio social: «El traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. No obstante, deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España.

En particular, las sociedades extranjeras de capital que pretendan trasladar su domicilio social a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español».

<sup>3</sup> Artículo 309. *Traslado de domicilio a territorio nacional*: «1. Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional, se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero.

2. Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado».

<sup>4</sup> Artículo 58. *Ámbito de la calificación*: «1. La calificación del Registrador se extenderá a los extremos señalados en el artículo 6 de este Reglamento.

2. El Registrador considerará faltas de legalidad, en las formas extrínsecas de los documentos inscribibles, las que afecten a su validez, según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados. Del mismo modo, apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción o que, aun no debiendo constar en esta, hayan de ser calificadas».

espacio al formar parte de los territorios en los que se aplica el Tratado de Establecimiento de la Comunidad Económica Europea en cuyo artículo 355 está incluido».

La resolución recurrida fue confirmada y, en consecuencia, denegada la inscripción solicitada. La argumentación jurídica se centró en determinar si Gibraltar podía o no considerarse como un Estado del EEE.

Sobre esta base fáctica y jurídica, analizaremos los aspectos fundamentales de la argumentación seguida para denegar la inscripción del cambio del domicilio social, que se concreta en:

- a) El límite del orden público a la autonomía de la voluntad concretado en la acción de las normas imperativas y del principio de no disponibilidad.
- b) El deber de control de legalidad del registrador manifestado mediante la exigencia de prueba del derecho extranjero con aplicación analógica de las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

## 1. INTRODUCCIÓN

Con carácter previo, dos consideraciones: en primer término, recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el Registro Mercantil se rige en su funcionamiento por los principios de obligatoriedad (requisito constitutivo para las sociedades mercantiles), prioridad (consagración del principio *prior in tempore potior in iure*), legalidad (las inscripciones registrales se practican previa la calificación registral: control de la legalidad y de la validez del contenido de los actos y acuerdos sociales y de la capacidad y legitimación de quienes los suscriben), tracto sucesivo (para inscribir actos o contratos relativos a una sociedad o actos o contratos modificativos o extintivos de otros anteriores u otorgados por apoderados o administradores es necesaria la previa inscripción de la sociedad o de los contratos de los que traigan causa o acreditar la capacidad de aquellos para el otorgamiento de dichos actos) y publicidad<sup>5</sup>.

La consagración de dichos principios determina que una parte significativa de las normas que regulan el funcionamiento del Registro Mercantil tengan naturaleza imperativa por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de las actividades empresariales, etc.).

En segundo lugar, señalar que el traslado de domicilio a territorio español por una sociedad extranjera lleva aparejado, salvo que haya tratado o convención internacional que establezca lo contrario, el cambio de nacionalidad de dicha sociedad, y se somete a las siguientes condiciones<sup>6</sup>:

<sup>5</sup> <<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/registros/registro-mercantil>>

<sup>6</sup> *Vid.* artículo 94 de la Ley 3/2009.

- a) El reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada por parte de los ordenamientos jurídicos propios del Estado en que se constituyó y del que pretende la inscripción. Dicho reconocimiento será expreso si la sociedad se constituyó en un Estado miembro del EEE; si no lo es, el mantenimiento de la misma se condiciona a que lo permita su ley personal<sup>7</sup>.
- b) El cumplimiento de los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para la constitución del tipo societario de que se trate, a salvo de lo dispuesto en tratados y convenio internacionales. Si la sociedad no forma parte del EEE, se establece una regla especial en cuya virtud se le exige informe de experto independiente en orden a acreditar que el patrimonio neto alcanza la cifra de capital exigido en nuestro ordenamiento para el tipo societario que adopte.

## 2. LÍMITE DE ORDEN PÚBLICO Y CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS

Establecido lo anterior y con relación a la primera de las cuestiones que nos hemos planteado, señalar que el artículo 12.3 del Código Civil (CC)<sup>8</sup> consagra el límite de orden público para la aplicación de una norma extranjera, de forma que la acción combinada de dichos principios, el límite general del artículo 12.3 del CC y lo previsto en el también citado artículo 309 de la RMM, indican que los requisitos exigidos por el registrador para la inscripción del domicilio son normas de derecho imperativo y, por tanto, indisponibles por la parte, de forma que sería contraria a Derecho la inscripción de un acto que no reúna los requisitos exigidos, esto es, que sea inscribible con arreglo a la legislación española, haciendo constar todos aquellos extremos exigibles conforme a derecho y, entre ellos, los de inscripción en el Registro Mercantil, correspondiendo al registrador la calificación de los datos que, necesariamente, han de constar en la primera inscripción<sup>9</sup>. Así se expresa, también, la DGRN en su Resolución de 20 de junio de 2013 cuando dice que «es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción, el mismo debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto de nuestro Código Civil [...]. En definitiva, el registrador está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12 del Código

<sup>7</sup> A este respecto, el artículo 9.11 de la CC establece el principio de que hay que estar a la ley nacional. «La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a constitución, capacidad, y representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales». Por su lado el Código de Comercio establece en el artículo 15 que «los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiere a su capacidad para contratar y a las disposiciones de este código en cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro de territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por tratados o convenios con las demás potencias».

<sup>8</sup> Artículo 12.3 de la CC: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público».

<sup>9</sup> RDGRN de 4 de febrero de 2000 y STS de 21 de mayo de 1999.

Civil) y por remisión de esta, la legislación hipotecaria que es la que determina los requisitos de inscripción que deben reunir los documentos presentados».

Establecida la cuestión anterior, continuar señalando que ese control de legalidad (es decir, la actividad de calificación) está atribuida al registrador (*vid.* art. 58 RMM). Y que en el marco de esa actividad calificadora (concreción del meritado principio), el registrador deniega la inscripción solicitada pues considera que Gibraltar no forma parte del EEE, y que al no haber aportado el informe técnico requerido por el artículo 94 de la Ley 3/2009, no cabe practicar dicha inscripción.

### 3. CONTROL DE LEGALIDAD Y PRUEBA DEL DERECHO

Así pues, queda la argumentación centrada sobre la cuestión de si Gibraltar queda dentro del EEE, cuyo objetivo es ampliar el mercado interior para abarcar a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio que, bien no desean pertenecer a la Unión Europea, o bien no se han adherido a la misma. Encuentra su fundamento jurídico en el artículo 217 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En lo que aquí interesa, parte la resolución examinada del examen del Tratado de la Unión Europea y del ya citado TFUE y, en particular, de los artículos 52.1 del TUE<sup>10</sup> y 355 del TFUE; este último especifica el ámbito de aplicación territorial de los tratados de la Unión Europea. De conformidad con ambas normas, resulta que Gibraltar «tiene un estatus particularísimo, único, dentro de la Unión Europea, de la que forma parte desde 1973, cuando entró con la adhesión del Reino Unido<sup>11</sup>. Así pues, legislación comunitaria y, en general, Derecho de la Unión se aplica a Gibraltar no por ser parte del Reino Unido (como Estado miembro de la UE), sino por ser Gibraltar un territorio europeo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido. Y ello, en virtud del artículo 355.3 del TFUE que establece que "las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro"»<sup>12 13</sup>.

Sobre la base de dicha norma es sobre la que la parte recurrente fundamenta la pertenencia de Gibraltar al EEE y, en consecuencia, la no exigibilidad de la previsión contenida en el artículo 94 de

<sup>10</sup> Artículo 52: «1. Los Tratados se aplicarán [...] al Reino de España [...].

2. El ámbito de aplicación territorial de los Tratados se especifica en el artículo 35 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea».

<sup>11</sup> Como es sabido, Gibraltar queda excluido de la aplicación de parte de la legislación comunitaria; así, no forma parte del territorio aduanero, no es territorio de aplicación del IVA, no forma parte de la zona Schengen, ni está integrado en la política común agrícola o pesquera, entre otros.

<sup>12</sup> Valle Gálvez (2014).

<sup>13</sup> «La posición específica de Gibraltar en la Unión Europea tiene su origen en la condición establecida en el Tratado de Adhesión del Reino Unido de 1972, en el artículo 28 y el anexo I del acta anexa relativa a las condiciones de la adhesión del Reino Unido». (Valle Gálvez, 2014, p. 33).

la Ley 3/2009, acerca de la necesidad de presentar un informe técnico que justifique que el patrimonio neto cubre la cifra de capital social exigido por nuestro ordenamiento y, que como hemos visto anteriormente, es de carácter imperativo.

Bien, pues tal y como confirma la resolución objeto de análisis, acogiendo la argumentación esgrimida por el registrador en su nota de calificación, ello remite a la norma extranjera que, en nuestro ordenamiento, es una cuestión de hecho y, como tal, ha de ser probada por aquel que la invoca. Y debe serlo porque, como expresa la Resolución de la DGRN de 27 de enero de 2014, cuando se deba recurrir al «ordenamiento extranjero aplicable», lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (art. 36 del Reglamento Hipotecario). Es decir, añade que «si la norma de conflicto impone la aplicación de la norma extranjera, esta debe ser debidamente acreditada ante el registrador por los medios previstos por el ordenamiento», y ello porque «el artículo 36 del Reglamento Hipotecario es plenamente aplicable, debiendo acreditarse, si el registrador no conoce el derecho extranjero de que se trate, la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal para el acto por certificación de autoridad consular o diplomática, entre otros medios»<sup>14</sup>.

Y debe ser probada por idénticos medios que los exigibles en el ámbito jurisdiccional, recogidos en el artículo 281.2 de la LEC<sup>15</sup>; tal y como expresa la Sección 1.ª del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia 7/2005, de 22 de septiembre: «Las normas jurídicas son tema de prueba solo si no son conocidas por el juzgador, el cual puede tener en cuenta su conocimiento privado del derecho, sea este el que fuere. El juez puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia*<sup>16</sup> si tiene conocimiento de la misma [...]. Cosa distinta es que el juez deba dejar clara constancia de la norma y de su contenido en la sentencia».

En sentido similar se expresa la DGRN en su Resolución de 14 de noviembre de 2012, cuando señala 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 LEC.

La normativa aplicable, en primer término, es el artículo 36 del Reglamento Hipotecario 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

<sup>14</sup> RDGRN de 27 de febrero de 2014, cit.

<sup>15</sup> Artículo 281 de la LEC. Objeto y necesidad de la prueba: «2. También serán objeto de prueba [...] el Derecho extranjero [...]. Deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

<sup>16</sup> La máxima *iura novit curia* implica que el juzgador puede fundamentar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados por las partes, siempre y cuando no altere sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión; encuentra su acomodo en el artículo 1.4 del CC en cuya virtud se establecen las fuentes de derecho.

la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. 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"; además "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.

Al igual que en sede judicial, artículo 281.2 de la LEC, es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero y su vigencia (*vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y la Resolución de 20 de enero de 2011). No basta la cita aislada de textos legales extranjeros, sino que debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país.

Asimismo, las autoridades públicas que desarrollen funciones no jurisdiccionales (*cf.* arts. 281 de la LEC, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden (no es obligatorio para ellas) realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera, aunque no resulte probada por las partes, siempre que posean conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005) (*vid.* Resolución de 20 de enero de 2011)».

En definitiva, tal y como expresa la resolución analizada, la recurrente no solo no prueba la norma invocada sino que, además, hace referencia a un inconcreto protocolo firmado en Bruselas en 1993; sin embargo, tampoco aporta prueba del mismo ni, como expresa el tenor de la Resolución de 14 de febrero «al parecer, es uno de los Tratados Internacionales que por estar suscritos válidamente por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 de la Constitución Española)<sup>17</sup>, lo que nos reconduce a la cuestión del Derecho extranjero y su acreditación al Registrador».

#### 4. CONCLUSIONES

Así pues, la cuestión es que al no poder acreditar el estatus jurídico de Gibraltar como territorio perteneciente al EEE, y al no aportar el informe requerido en el artículo 94 de la Ley 3/2009, no es posible inscribir el cambio de domicilio de la sociedad gibraltareña a España, y ello por:

1. El carácter imperativo de las normas que afectan al Registro Mercantil en tanto que están dictadas sobre la base de la protección del interés de terceros y del tráfico econó-

<sup>17</sup> Artículo 96 de la CE: «Los Tratados internacionales, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». En relación con el artículo 1.1 del CC: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». En consonancia con dicha norma y el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), Constitución, tratados Internacionales publicados oficialmente, reglamentos y directivas comunitarias, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho son las fuentes de nuestro ordenamiento.

mico, como una manifestación, en última instancia, del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

2. El deber de control de legalidad del registrador respecto de los actos y negocios que caen dentro de su ámbito de competencia, concretada en la potestad calificadora que le asiste para el cumplimiento de dichos fines y que, a la postre, es otra manifestación del vigor del principio de seguridad jurídica.

---

## Referencias bibliográficas

Valle Gálvez, A. del (2014). Gibraltar, su estatuto internacional y europeo y su incidencia en la crisis 2013-2014. *Revista Catalana de Dret Públic*, 48, 33. Recuperado de <<http://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/viewFile/279423/367151>>