

José Carlos Fernández Rozas, “Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 973–1082. ISBN: 84–7130–826–6 / 84–7130–216–0.

## **APLICACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO: EL ARTÍCULO, 12 APARTADO 6 DEL CÓDIGO CIVIL**

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

.....

### **6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español.**

**La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas<sup>1</sup>.**

---

<sup>1</sup> BIBLIOGRAFÍA:

A) De carácter general: M. de Ángulo Rodríguez, *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974, págs. 55–67; J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, págs. 257 y ss.; id., «Artículo 12, 6.º», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1977, págs. 663–678, y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, págs. 445–450; V. Cortés, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Edersa, 1981, págs. 59–74; J. M<sup>a</sup> Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley, 1988, págs. 123–145; J. C. Fernández Rozas, «La reforma del Título Preliminar del Código civil y el sistema español de aplicación judicial del Derecho extranjero», en *Seminario*

interdisciplinar sobre la reforma del Título Preliminar del Código civil, Oviedo, Facultad de Derecho, 1976, 47 págs.; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, Curso de Derecho internacional privado, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, págs. 549-569; A. Marín López, Derecho internacional privado español. Parte general, 6ª ed., Granada, 1992, páginas 265-300; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, Derecho internacional privado. Técnica aplicativa de la regla de conflicto, 2ª ed., Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, U. C. M., 1990, págs. 217-322.

B) De carácter sectorial: M. Aguilar Benítez de Lugo, «La ausencia de prueba del Derecho extranjero», *Justicia*, 1989, núm. 1, págs. 73-139; id. «La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles», en R. G. D., núms. 541-542, 1989, págs. 6247-6314; M. de Ángulo Rodríguez, «El Derecho extranjero en su tratamiento procesal en España», en *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, t. II, Oviedo, Servicio Publicaciones Universidad, 1970, págs. 967-984; J. A. Carrillo Salcedo, «¿Alegaciones de Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el Juez español de la norma de conflicto española?», en R. E. D. I., vol. XIV, 1961, págs. 585-601; J. A. Corriente Córdoba, «En torno a la aplicación de la ley extranjera en el Derecho español», en R. G. L. I., 1974, págs. 9-37; F. J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, Tecnos, 1994; J. Garde Castillo, «Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado», en R. E. D. I., 1951, págs. 409-467 y 861-951; E. Gutiérrez de Cabiedes, «Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código civil», en A. D. I., vol. II, 1975, páginas 43-83; A. Herrero Rubio, «Problemática de la aplicación del Derecho extranjero», en A. D. J., vol. IV, 1977-78, págs. 137-182; C. Miguel y Alonso, «La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso», en *Homenaje al Profesor Barcia Trelies*, Santiago, 1958, págs. 503-519; R. Monzón, «¿Procede el recurso de casación por infracción de la ley extranjera?», en R. G. D., 1947, págs. 274 y ss.; E. Pecourt García, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto», en R. G. D., vol. XVIII, 1962, págs. 783 y ss. y 894 y ss.; A. Pérez Voituriez, *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho español*, La Laguna, Servicio Publicaciones Universidad, 1975, págs. 9-69; id., «La información sobre el Derecho extranjero», en B. I. M. J., núm. 1382, 1985, págs. 3-8; id., *La información de la ley extranjera en el Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 1988; id., «Técnicas actuales de información y valoración jurídica de la ley extranjera», en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1989, págs. 379-434; J. Puente Egido, «¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de aplicación y prueba de ley extranjera?», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, págs. 899-919; id., «El hecho y el Derecho en el sistema conflictual español—breves reflexiones», en *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Colonia, Heymanns, 1983, págs. 58-597; F. Ramos Méndez, «La prueba del Derecho extranjero», en R. f. C., 1980, págs. 659-675; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, «El conocimiento del Derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres de 7 junio 1968», en R. G. L. J., t. LXIV, núm. 232, 1972, págs. 721-738; M.ª L. Trinidad García, «Reflexiones en torno a la aplicación del Derecho extranjero», en R. D. P., marzo 1989, págs. 210-220.

C) Dentro de la abundante doctrina extranjera sobre la aplicación procesal del Derecho extranjero, cabe retener: AA. VV., «Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères (Actes du colloque franco-germano-suisse de droit international privé comparé

des 22 et 23 mai 1986)», en *Anales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1, XXXIV, Paris, L. G. D. J., 1988, 144 págs.; B. Ancel, «La connaissance de la loi étrangère applicable», en *Droit international et droit communautaire*, Paris, Centre culturel portugais, 1991, págs. 87–95; Ch. von Bar, «Theorien zur Erklärung der Anwendung ausländischen Rechts und Kollisionsrechtliche Methode», en *Liber Memorialis Francois Laurent*, Bruselas, Story Scientia, 1989, págs. 1167–1180; L. Barnich, «L'arrêt de la Cour de Cassation du 7 décembre 1989 et la condition procédural du droit étranger», en *Rev. dr. comm. belge*, 1991, págs. 407 y ss.; G. Broginni, «Die Máxime iura novit curia und das ausländische Rechts», en *AcP*, 155 (1956), págs. 469 y ss.; D. Bureau, «L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse», en *fourn. dr. int.*, t. 117, 1990, págs. 317–364; H. Dólle, «De l'application du droit étranger par le juge interne», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, págs. 233–249; R. Fentiman, «Foreing Law in English Courts», en *L. Q. Rev.*, t. 108, 1992, págs. 142 y ss.; P. Gannagé, «L'égalité de traitement entre la ley du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé», en *Annuaire de VI. D. I.*, vol. 63, I, 1989, págs. 205–240; M. Giuliano, «Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux», en *Rev. int. dr. comp.*, 1962, págs. 5 y ss.; J. A. Jolowicz, «Da mihi factum dabo tibi ius: A Problem of De–marcation on English and French Law», en *Festschrift für K. Lipstein*, Heidelberg, Karls–ruhe, 1980, págs. 79 y ss.; W. Kralik, «Iura novit curia und das ausländische Rechts», en *Z. / Rvgl.*, 1962, págs. 75 y ss.; id., «Das fremde Recht von dem Obersten Gerichtshof», en *Festschrift für Hans W. Fasching*, 1988, págs. 297–309; W. Krause, *Ausländisches Rechts und deutscher Zivilprozess*, Constanza, 1990; H. Lamberts, «Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?», en *Mélanges offerts a R. Van–der Elst*, t. II, Bruselas, 1986, págs. 529 y ss.; Y. Lequette, «L'abandon de la jurisprudence Bisbal (á propos des arrêts de la Première Chambre Civile des 11 et 18 octobre 1988)», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, págs. 277 y ss.; H. Lewald, «Le controle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères», en *R. des C*, t. 57 (1936–111), páginas 201 y ss.; F. Maganza, «La rilevanza processuale della norma straniera richiamata: un raffronto tra la giurisprudenza italiana e quella franéese», en *Riv. dir. int. pr. proc*, 1990, págs. 941–950; P. Mayer, «L'office du juge dans le régleme nt des conflits de lois», en *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1975–77, págs. 233 y ss.; id., «Le juge et la loi étrangère point de similitude du droit franjáis avec le droit suisse», en *R. S. D. I. E.*, 1991, págs. 481 y ss.; D. Müller (ed.), *Die Anwendung ausländischen Rechts im Internatio–nalen Privatrecht*, Berlín/Tubinga, 1968; A. von Overbeck, «Die Ermittlung, Anwendung und Überprüfung der richtigen Anwendung des anwendbaren Rechts», en *Die algetmeiner Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrechts, Veröffentlichungen des schweizerischen Instituis für Verwaltungskurse an der Hochschule, St. Gallen*, vol. 29, 1988, págs. 91–113; S. L. Sass, «Foreing Law in Federal Courts», en *A. J. C. L.*, vol. 97, 1981, págs. 91 y ss.; K. Sommerlad y J. Schrey, «Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozen un die Folgen der Nichtermittlung», en *N. J. W.*, 1991, págs. 1377 y ss.; J. G. Sprankling y G. R. Lanyi, «Pleading and Proof of Foreing Law in American Cours», en *Stand. J.I.L.*, vol. XIX, 1983, págs. 1 y ss.; F. Stein, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, 1990; B. Vouilloz, *Le role du juge civil á Végard du droit étranger*, Friburgo, eds. Universitaires, 1964; M. K. Yaseen, «Problèmes relatifs á l'application du droit étranger», en *R. des C*, t. 106 (1962–11), págs. 499–596; I. Zajtay, «Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Etude de droit comparé», en *Riv. dir. int. pr. proc*, 1968, págs. 233–301; id., «Problemas fundamentales deriva-

SUMARIO: I. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL FORO: 1. LA ÚLTIMA FASE DEL MÉTODO DE ATRIBUCIÓN. 2. La controvertida igualdad entre la *lex fori* y el Derecho extranjero. 3. El problema general de la aplicación del Derecho extranjero. II. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 12, 6.º DEL CÓDIGO CIVIL. III. CARÁCTER FACULTATIVO O IMPERATIVO DE LA NORMA DE COLISIÓN DEL FORO: 1. Balance de un debate doctrinal. 2. El artículo 12, 6.º, I, del Código civil.—IV. NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO RECLAMADO POR LA NORMA DE CONFLICTO: 1. Balance de un debate doctrinal. 2. La solución implícita del Derecho internacional privado español.—V. COMPETENCIA RESIDUAL DEL DERECHO DEL FORO EN LOS SUPUESTOS DE IMPRACTICABILIDAD DE LA REMISIÓN AL DERECHO EXTRANJERO: 1. Soluciones en presencia. 2. La solución implícita del Derecho internacional privado español. VI. PROBLEMAS GENERALES DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. Derecho procedente de un Estado no reconocido. 2. Control de constitucionalidad y de legitimidad internacional del Derecho extranjero: A) Control de constitucionalidad. B) Control de la legitimidad internacional. 3. El principio de la integridad del Derecho extranjero aplicable. 4. El conflicto internacional transitorio. VII. ALEGACIÓN, CONOCIMIENTO Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: 1. Sistemas en presencia. 2. Las reglas del sistema español: el artículo 12, 6.º, II, del Código civil: A) Alegación del Derecho extranjero por las partes. B) Carga de la prueba. 3. Participación del Juez en la indagación del Derecho extranjero. VIII. APLICACIÓN Y «TOMA EN

---

dos de la aplicación del Derecho extranjero», en Bol. Mexicano de Derecho Comparado, vol. XI, 1978, págs. 371–382.

D) Sobre la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero: J. M<sup>a</sup> Chico Ortiz y C. Ramírez Ramírez, Tema de Derecho notarial y calificación registral del instrumento público, Madrid, Montecorvo, 1972; E. Giménez Arnau, Derecho notarial, Pamplona, Eunsa, 1976; V. Herce de La Prada, «El sistema de Derecho conflictual español en la Ley Hipotecaria, el Código de comercio, la Ley Orgánica del Poder Judicial y normas concordantes, Ley de Enjuiciamiento civil y Ley de Enjuiciamiento criminal», en El Derecho internacional privado español anterior al Código civil de 1889, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Seminario de Estudios internacionales «Jordán de Asso», C. S. I.C., 1968, págs. 229–258; A. Rodríguez Adrados, «Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho internacional privado», en R. D. N., t. XCVII–XCVIII, 1977, págs. 109–308; V. L. Simó Santonja, «Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros», en R.C.D.I., 1975–11, págs. 1089–1109; T. Varady, «Application of Foreign Law by non-judicial Authorities», en Hague Zagreb Essays 2: Productibility. Road Transport. Foreign Law, T. M. C. Asser Institute, La Haya, Sijthoff, 1978, págs. 205–215.

CONSIDERACIÓN» DEL DERECHO EXTRANJERO: ANÁLISIS SECTORIAL: 1. En el reconocimiento de decisiones extranjeras: A) Control de la autenticidad y de la firmeza de la ejecutoria. B) Control de la ley aplicada por el Tribunal de origen. C) Referencia al ordenamiento jurídico competente. 2. En el reconocimiento de documentos extranjeros. 3. Prueba de la reciprocidad: A) Caucción de arraigo en juicio. B) Arrendamientos urbanos. 4. Prueba de la nacionalidad extranjera. IX. COOPERACIÓN INTERNACIONAL ACERCA DE LA INFORMACIÓN SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO: 1. El Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 junio 1968. 2. La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. 3. Consecuencias del régimen convencional. IX. EL DERECHO EXTRANJERO ANTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y DE REVISIÓN: 1. Recurso de casación: A) Antecedentes. B) La solución tras la reforma de la L. E. C. de 1992. 2. Recurso de revisión.—XI. APLICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. Introducción. 2. Encargados del Registro Civil. 3. Notarios: A) Aplicación directa del Derecho extranjero: el artículo 168, regla 4ª R.N. B) La colaboración del Notario en la determinación del Derecho extranjero aplicable por otras autoridades nacionales y extranjeras: los testimonios de leyes del artículo 251, 3.º, R.N. C) Contenido de los documentos que incorporan una información sobre Derecho extranjero. 4. Registradores de la Propiedad: A) El artículo 36 R.H. y los problemas en presencia. B) Ámbito general de actuación. C) Documentos extranjeros con acceso al Registro. D) Aplicación del Derecho extranjero por propio conocimiento. La calificación como apoyo del principio *iura novit curia*. E) Aplicación del Derecho extranjero mediante informes procedentes de otras autoridades. F) Responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el proceso de aplicación del Derecho extranjero.

## I. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL FORO

### 1. La última fase del método de atribución

La aplicación del Derecho supone un conjunto de actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad social a los dictados de las normas jurídicas (2). Se trata de una operación jurídica o judicial no exenta de dificultades, tales como la selección de la norma jurídica

pertinente, la valoración de los hechos que deben subsumirse en la misma, la fijación del sentido y el alcance de la consecuencia jurídica que establece (3), etc. En el Derecho internacional privado, la existencia de un tipo de norma de carácter indirecto, la norma de conflicto, cuyo protagonismo es indiscutido en el capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, ofrece unas dificultades especiales de aplicación que se han puesto de relieve en los comentarios a los párrafos anteriores del artículo 12 de este cuerpo legal. Dichas dificultades están en función de dos parámetros principales. En primer término, el referido al órgano que interviene en el proceso de aplicación de este tipo de normas y, en segundo lugar, su eventual carácter imperativo para la autoridad u órgano encargado de su aplicación (4). Dichos parámetros están presentes en la redacción del artículo 12, 6.º, y son determinantes en una mínima aproximación al precepto.

Sentado esto, debe adelantarse que la aplicación del Derecho extranjero en el foro por el operador jurídico (el art. 12, 6.º, alude expresamente a «Tribunales y autoridades» y más adelante al «juzgador») constituye la última fase del denominado método de atribución (5), diseñado por F. K. von Savigny, e implica que la realización del proyecto de reglamentación contenido en la norma de conflicto no ha quedado distorsionado en el proceso de localización de dicho ordenamiento por el juego de las propias categorías del foro, a través de la calificación *lege fori* (art. 12, 1.º), o del reenvío de retorno (art. 12, 2.º). Para llegar a esta última fase es menester, en segundo término, que tal proyecto no haya quedado afectado por la acción de ciertos «correctivos funcionales» (6), como el orden público (art. 12, 3.º), el fraude a la ley (art. 12, 4.º) o el denominado «interés nacional» (art. 10, 8.º). Por último, el Derecho extranjero reclamado no debe quedar incurso en uno de los supuestos calificados de «imposibilidad material» en orden a su aplicación. En todos estos casos, como es sabido, la aplicación de la *lex fori* –sea a título residual o no– resulta una realidad ineluctable.

Centrándonos en el Derecho internacional privado español, resulta curioso que un sistema de ley aplicable con una pretendida tendencia hacia la internacionalización y donde se proclama –al menos

formalmente— una igualdad entre nuestras leyes y las extranjeras, se vea abocado en la práctica a una solución contraria debido a la acción de nuestros Tribunales de justicia, que prefieren la aplicación de la ley española a cualquier otra, siempre que exista algún elemento procesal o sustantivo en el que basarse (7). Precisamente es en esta primera dimensión donde se sitúa el precepto que ahora comentamos. En efecto, suponiendo que el supuesto de hecho no queda incluido en una de las tres rúbricas señaladas, el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española no sólo ha de ser alegado por las partes, sino que ha de ser probado por éstas, tanto su vigencia, como su contenido e interpretación y esto resulta, en ocasiones, ciertamente difícil, pues la referida posición de nuestros Tribunales y autoridades les conduce a afirmar, en muchas ocasiones, la no aplicación de tal Derecho en base a la inexistencia de la prueba o a una defectuosa práctica de la misma. Ciertamente la aplicación del Derecho extranjero en determinados supuestos no resulta sencilla. Ahora bien, esta dificultad en modo alguno puede justificar la técnica del mínimo esfuerzo que parece haber caracterizado la actuación de nuestros Tribunales y autoridades en este ámbito (8). Tanto más cuando existen en todos los sistemas jurídicos — y el nuestro no es una excepción— abundantes medios técnicos y cauces procesales para lograr una auténtica internacionalización de los supuestos del tráfico privado externo.

La reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 si bien tuvo la virtud de afectar sensiblemente al problema de la aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero —al introducir una regulación expresa donde antes no había sino vacío legal, aunque una abundante práctica— no parece que, en principio, haya modificado sustancialmente la situación descrita, al menos en cuanto a su filosofía inspiradora (9). Sin embargo, ofrece interesantes posibilidades para que, por vía jurisprudencial —pieza clave del sistema anterior— se desarrolle este último en un sentido progresivo.

## 2. La controvertida igualdad entre la «lex fori» y el Derecho extranjero

Indudablemente, una de las cuestiones básicas del Derecho internacional privado es la cuestión del Derecho aplicable a las relaciones del tráfico externo, que abre la posibilidad de aplicar unas normas extranjeras a la situación privada internacional que tiene un contacto con tales normas, tal y como se afirma en el artículo 12, 6.º, del Código civil. Este mecanismo de aplicación provoca una serie de problemas, pues no en vano enfrenta a las normas del ordenamiento del foro con las de un ordenamiento extraño que el intérprete, principalmente el Juez, no tiene por qué conocer. Precisamente es en el proceso de indagación del Derecho extranjero donde se observa una de las más importantes acciones de la cooperación internacional en el ámbito del tráfico externo. A mayor acogida por parte del foro del Derecho extranjero, mayor índice de cooperación internacional (10).

Al margen de los inevitables problemas procesales que la indagación del Derecho extranjero provoca, toda vez que no se incluye dentro del principio *iura novit curia*, siendo necesario arbitrar unos mecanismos probatorios, no cabe duda de que la tradicional dialéctica del Derecho internacional privado entre las normas extranjeras reclamadas y el Derecho del foro ha sido formalmente resuelta en la actualidad merced a la acción del principio de igualdad. Dicho principio se ha erigido en uno de los denominados «principios de construcción» de un sistema de Derecho internacional privado de base estatal (11), si bien tal postulado en la actualidad, como ha señalado J. D. González Campos, refleja una cierta nostalgia de la norma de conflicto multilateral. Prescindiendo de este juicio de valor, no puede negarse que el principio de igualdad entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero opera de manera muy sustancial desde el punto de vista del Juez, aunque debe reconocerse que, en este caso, la acción de la *lex fori* a través de la utilización de correctivos funcionales es decisiva en orden a controlar la aplicación de la ley extran-

jera. No obstante, al margen de esta realidad, que demuestra inequívocamente la práctica judicial, no puede desconocerse que la igualdad entre la *lex fori* y el Derecho extranjero obedece a una idea de justicia que debe imperar en el ámbito de la comunidad internacional. Esta igualdad descansa, como se ha indicado, en la idea de la cooperación internacional, pues el Derecho internacional general no impone a los Estados una obligación de aplicar el Derecho extranjero ni, mucho menos, de concederle el mismo tratamiento que el Derecho nacional. Por el contrario, la práctica demuestra la aplicación proritaria del Derecho del foro, o la evicción de la ley extranjera basándose en consideraciones extrajurídicas.

Si acudimos al sistema español de Derecho internacional privado como punto de reflexión, en el primer caso, nos encontramos con que con anterioridad a la C. E. de 1978, el empleo prioritario de procedimientos de reglamentación distintos a la norma de conflicto, la localización del ordenamiento extranjero a través de las categorías del foro y la presencia manifiesta de los correctivos funcionales del método de atribución, conducían necesariamente a otorgar una «especial intensidad» al ámbito de la *lex fori* al planificar la solución jurídica del tráfico externo (12). Esta situación está cambiando paulatinamente. Sin embargo, aún quedan muchos resabios del pasado que dificultan la puesta en práctica de esta aspiración en el ámbito del tráfico externo. Tal circunstancia ha sido puesta de relieve con evidente acierto a partir de una valoración de nuestra jurisprudencia postconstitucional (13). Resulta curioso, en efecto, que las escasas decisiones que aplican sin ninguna reserva el Derecho extranjero y que, por consiguiente, le otorgan un plano de igualdad con el nacional, lo hagan más por una evicción de valores constitucionales, no deseados por determinados Jueces, que por un empleo correcto del mandato contenido en nuestras normas de conflicto.

La evicción del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto del foro, puede justificarse, de otra parte, en consideraciones ex-trajurídicas. Ello nos conduce al tema de la incidencia de los movimientos migratorios en la nueva configuración del Derecho internacional privado. Si las leyes son un reflejo de las civilizaciones, la admisión en un Estado una ley extranjera viene a implicar no

sólo el reconocimiento de ésta, sino el reconocimiento del nivel de civilización que dicha ley representa. En las relaciones entre Estados que poseen, de acuerdo con este planteamiento, un «nivel de civilización» similar, la cuestión no se suscita, pero la situación cambia cuando las autoridades que deben aplicar el Derecho extranjero consideran que éste proviene de un Estado de civilización muy diferente. La máxima expresión del problema se registra, lógicamente, en los países europeos de acogida de trabajadores procedentes del Continente africano y, es especial, respecto a instituciones tales como el matrimonio poligámico. Un ejemplo tipo del denominado «conflicto de civilizaciones» (14) lo ofrece la aplicación del estatuto musulmán por las jurisdicciones europeas y las frecuentes intervenciones del orden público frente a la ley islámica que es rechazada por su propio contenido (15).

### 3. El problema general de la aplicación del Derecho extranjero

El artículo 12, 6.º, del Código civil establece con nitidez la posibilidad de aplicar un Derecho extranjero y dicha posibilidad es una realidad común a la generalidad de los sistemas jurídicos. La idea de sistema jurídico, y los criterios de determinación de pertenencia de una norma jurídica a determinado sistema constituyen piezas claves en las grandes construcciones jurídicas de nuestro siglo, como pieza clave es que un sistema tome en consideración la posibilidad de aplicar el Derecho extranjero. De esta suerte, cada corriente del pensamiento jurídico ha tenido un reflejo en el modo de concebir, por los internacional-privatistas, la justificación teórica de la aplicación del Derecho extranjero (16). No obstante, desde un punto de vista funcional, la aplicación del Derecho extranjero no precisa una justificación especial. El formalismo de las tesis italianas o los esfuerzos del positivismo jurídico por compatibilizar la aplicación del Derecho extranjero con la idea de sistema jurídico y de pertenencia de las normas a un sistema jurídico contrasta con la visión funcional y el planteamiento aporético en nuestros días. En efecto,

la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, como problema general basado en la aplicación eventual de un ordenamiento extranjero para la solución de un supuesto de tráfico externo, exige ciertas matizaciones previas en relación con la eventualidad de aplicar un Derecho extranjero.

Se afirma que la norma de conflicto puede conducir a la aplicación de la ley extranjera, y el término concreto «ley» es el que utiliza la mayor parte de las normas de conflicto de nuestro sistema. No cabe duda de que la referencia a la ley debe entenderse dirigida a la norma jurídica, al ordenamiento o legislación en sentido general, y no a la ley, en sentido formal, como fuente concreta del ordenamiento jurídico caracterizada por su promulgación merced a una serie de condiciones específicas. Se trata, empero, de una «ley extranjera», que debe definirse, con carácter negativo, en contraposición a las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento español (17).

La norma de conflicto remite al Derecho extranjero y la aplicación de este último tiene su fundamentación de base en el mandato contenido en dicho tipo de normas. Tal «Derecho» comprende todas las fuentes del mismo (Constitución, ley, reglamentos, costumbres, etc...) (18) y, además, la forma en que son interpretadas en el seno de dicho ordenamiento (19). Ahora bien, el ordenamiento extranjero deberá ser aplicado por el Juez o autoridad del foro como fundamento jurídico de su decisión siempre que la norma de conflicto venga al caso, esto es, siempre que exista una cuestión de Derecho aplicable. Y se da la circunstancia de que, ante una cuestión de Derecho aplicable, la aplicación del Derecho extranjero se reconduce de forma limitada a las disposiciones que presentan un carácter general. Esto se debe a que, en la mayoría de los casos, las normas de alcance particular, fundamentalmente cuando provienen de la potestad normativa de la Administración, pero también cuando son producidas por el órgano legislativo, plantean una cuestión de reconocimiento y no una cuestión de Derecho público (20).

## II. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 12, 6.º, DEL CÓDIGO CIVIL (21)

La aplicación judicial del Derecho extranjero fue objeto de tratamiento alternativo a lo largo del proceso de revisión del Título Preliminar del Código civil que culminaría con el Decreto 1.836/1974, de 31 mayo. No existiendo en el primitivo texto del Código civil ningún precepto en la materia, ya hemos apuntado que ésta tuvo un desarrollo exclusivamente jurisprudencial. Esto no quiere decir que el tema estuviese ausente del proceso, pues ya en 1943, cuando se inicia de una manera definitiva la tarea reformadora en el seno de la Comisión General de Codificación y se incorpora a ella el proyecto Yanguas Messía, el apartado de la naturaleza del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto va a ser objeto de tratamiento y a cristalizar en el párrafo 1.º del artículo 11 del Anteproyecto de reforma del Código civil aprobado por el Pleno de la Comisión el 25 enero 1944, el cual, refiriéndose a las leyes extranjeras disponía que «tales disposiciones recibirán la aplicación y tendrán los efectos que correspondan a la ley española».

Contrasta lo avanzado del enunciado transcrito con las sustanciales limitaciones del «Proyecto Yanguas» en su conjunto, pero, prueba del espíritu innovador en esta materia fue que el 7 marzo 1944 se reunía la Sección tercera de la Comisión General de Codificación para elaborar un «Guión de modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento, complementarias a las del Código civil» que, tras varias sesiones, sometió al Pleno, a finales del mismo mes. Posteriormente sería aprobado un borrador de «Proyecto de Ley para la adición de la de Enjuiciamiento civil con las normas procesales correlativas a los artículos 8.º 9.º, 10 y 11 reformados del Código civil». El texto de aquel proyecto «se integraba con cuatro preceptos –que serían los arts. 1.807 bis a 1810 bis de la Ley procesal civil–, referentes a la aplicación en España de la ley y doctrina legal del Derecho extranjero. Con su aprobación se cerraba otra etapa de la histo-

ria de esta reforma. (...) Dichos textos, sin embargo, entraron en un nuevo período de hibernación al detenerse otra vez los trabajos pre-legislativos encaminados a la reforma» (22).

El citado proyecto, sumamente progresista, estimaba que la parte que solicitase la alegación de un Derecho extranjero debería acreditar su «texto» y «vigencia» por cualquiera de los medios establecidos por la ley; además, la posibilidad de prueba se refería también a la doctrina de los Tribunales extranjeros aplicable al caso en el país de origen. De otro lado se preconizaba que «independientemente de las alegaciones y pruebas que las partes aduzcan, los Jueces y Tribunales indagarán de oficio el Derecho extranjero aplicable; y con este fin, se solicitarán del Ministerio de Justicia las informaciones que a este respecto le sean necesarias» pudiendo, incluso, «recabarlas del de Asuntos Exteriores que, si no las poseyera, las reclamará de nuestros representantes diplomáticos en el extranjero». Se establecía, además, que en ningún caso sería pasiva la posición del juzgador para impedir, de este modo, la posibilidad de que se produjesen fraudes de ley. Finalmente, respecto del recurso de casación, y para que no cupiese duda alguna acerca del designio perseguido, se establecía la posibilidad de «recurso de casación por infracción de la ley o doctrina legal extranjera aplicable al caso, cuando, según la de Enjuiciamiento civil, procediera admitirlo por infracción de la ley o doctrina legal españolas» (23).

A pesar de lo avanzado de estos criterios y de la opinión favorable de la doctrina española, el tema no sería tratado cuando se inicia la segunda fase de la labor de la Comisión General de Codificación para la reforma del Título Preliminar del Código civil, en 1962. En efecto, el «Anteproyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del Código civil de 14 noviembre 1962», cuya parte de Derecho internacional privado fue redactada por el profesor Trías de Bes, y que puede considerarse como la base del actual texto articulado, no aborda, en ningún momento los aspectos de aplicación judicial del Derecho extranjero (24). De ahí que, cuando sobre la base de tal Anteproyecto, se remite a las Cortes el «Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil, de 4 octubre 1966» (25), el tema sea totalmente olvidado.

Como es sabido, la vía abierta por estas bases no fue seguida con fidelidad, permaneciendo la Ponencia nombrada al efecto en silencio hasta el año 1972. No obstante, el mes de junio de ese año se nombra una nueva Ponencia y se reanudó el proceso de codificación presentándose al «Proyecto» 38 enmiendas, 10 de ellas a la totalidad. Pues bien, una de estas últimas, cuyo primer firmante era el Procurador Ángulo Montes, sobre la base de una total revisión del texto de 1966, va a proponer que se incluya en la Base 6.a del artículo 3 el siguiente enunciado: «Las disposiciones extranjeras que resulten competentes recibirán la misma aplicación y producirán los efectos que corresponderían a la Ley española...» (26). Curiosamente, el «Informe de la Ponencia de 4 noviembre 1972» guardará un absoluto silencio respecto a este apartado (27). Por ello cuando se inician los debates en la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, en la sesión de 23 noviembre 1972, en una importante intervención el Procurador Ángulo Montes pretende averiguar las razones que llevaron a la Ponencia a rechazar su enmienda, aprovechando la ocasión para insistir en la necesidad de que su pretensión fuese tenida en cuenta. Los argumentos en los que el citado Procurador se basaba eran, en esencia, los propugnados por la doctrina española, el «Proyecto Yanguas», la corriente jurisprudencial favorable y, finalmente, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 junio 1968. Apuntaba Ángulo Montes la posibilidad de que «las partes del pleito podrían incluso verse dificultadas mediante transacciones» respecto a la norma extranjera aplicable «en cuanto que reciben el régimen de hecho, pues está sometida a prueba, y el Juez no puede recibirla, sino en la medida en que las partes la hayan acreditado o se hayan conformado con ella»; por su parte, el texto propuesto facilitaría – en opinión del enmendante– «el control de la actividad de los Jueces en la aplicación del Derecho extranjero» y también «el acceso a la casación de esos supuestos, que de la otra manera vienen notoriamente dificultados» (28). En una intervención posterior manifestaba dicho Procurador que ala seguridad jurídica está reclamando que cuando una ley esté ya recibida como la competente, en los términos que emplean los internacionalistas, sea la ley aplicable una

ley nacional o extranjera, debe tener el tratamiento de norma de ley y no tratamiento de hecho» (29).

Mas la pretensión del señor Ángulo Montes fue rechazada y no figuró en la Ley 3/1973, de 17 marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil (30) ni, por consiguiente, en el Anteproyecto de Texto Articulado del Título Preliminar elaborado por el Ministerio de Justicia, como base de los trabajos de la Comisión General de Codificación. Por fortuna, el tema de aplicación judicial del Derecho extranjero no fue abandonado en la última fase del proceso de reforma, toda vez que la enmienda del vocal de la Comisión, A. Bercovitz Rodríguez-Cano a dicho Anteproyecto tuvo la virtud de introducir, en esencia, el texto actualmente en vigor (31). Dicha enmienda comenzaba lamentando el estrecho cauce elegido por la Ley de Bases y la técnica legislativa en ella empleada; de ahí que, sin apartarse del contenido de la Ley de Bases, pretendiese dar satisfacción a las fundamentadas exigencias de la doctrina española derivadas de los resultados ofrecidos por la codificación internacional y, sobre todo, de la codificación nacional de los sistemas más próximos al nuestro (32). También se apoyaba, en la materia que nos ocupa, en una corriente jurisprudencial minoritaria puesta de relieve por M. de Ángulo (33). El texto propuesto fue el siguiente:

«Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español.

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, por los medios de prueba admitidos en la ley española. No obstante, el Tribunal o la autoridad competente podrá contribuir al conocimiento del Derecho extranjero aplicable, por los medios de información apropiados.

En la imposibilidad de determinar el contenido del Derecho extranjero aplicable, se dará aplicación a las disposiciones del Derecho español.»

Dicho texto pasó casi en su integridad a la redacción definitiva y, en esta dirección, el Dictamen del Consejo de Estado en Pleno (número 38.990) de 4 abril 1974 es ilustrativo al resumir la problemática que hemos examinado hasta el momento, teniendo

además el mérito de aclarar la pretendida ambigüedad atribuida al párrafo último del artículo 12 del Código civil (34). En concreto, el Consejo estimó que el número 6 del artículo 12 debe ser redactado de la siguiente manera:

«Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la Ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador no está obligado a limitarse a las alegaciones y pruebas que las partes le hayan proporcionado, sino que pueden valerse también de otros instrumentos de averiguación, dictando al efecto las oportunas providencias.»

Por último, el texto definitivo introducido por el Decreto 1.836/1974, de 31 mayo (35), mejoró la redacción propuesta por el Consejo de Estado en el sentido siguiente:

Art. 12, 6.º: «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español.

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.»

### III. CARÁCTER FACULTATIVO O IMPERATIVO DE LA NORMA DE COLISIÓN DEL FORO

#### 1. Balance de un debate doctrinal

Actualmente la norma de conflicto es el método de reglamentación preferente de las cuestiones de Derecho aplicable, por más que se desarrollen las técnicas de reglamentación directas. En la mayor parte de los casos, los problemas de Derecho aplicable siguen teniendo una respuesta conflictual. La mayoría de ordenamientos jurídicos de los países europeos establecen un sistema de normas de conflicto que se consideran obligatorias e imperativas, aplicables de oficio por el intérprete. Dicha imperatividad constituye un elemento relevante del método en su configuración savigniana, y en tal sentido es puesto de relieve por F. K. von Savigny. Sin embargo, no han faltado autores que han defendido la conveniencia de una interpretación dispositiva de la norma de conflicto, en el sentido de que las partes puedan optar, al menos en determinadas materias, entre la *lex fori* o el Derecho material designado por la norma de conflicto. De esta suerte se defienden los intereses de las partes a una justicia de mejor calidad (36). Semejante posibilidad se esgrime con más fuerza en aquellas materias caracterizadas por un principio dispositivo, fundamentalmente en el Derecho patrimonial, si bien, dado el carácter expansivo del principio de autonomía de la voluntad, también puede afectar a sectores como el Derecho de familia (37).

Con carácter general, la doctrina científica se ha mostrado a favor de la imperatividad de la norma de conflicto; en primer lugar, en atención a la finalidad general del Derecho interna-

cional privado, toda vez que un presunto carácter dispositivo de la norma de conflicto implicaría indirectamente la posibilidad de que los interesados seleccionasen a su conveniencia la ley aplicable; dicho efecto llevaría consigo una evidente reducción de la función que desempeñan las normas de conflicto en un sistema estatal de Derecho internacional privado: la expresión de su concepción de la justicia en el sector del tráfico externo (38). En segundo lugar, la configuración facultativa de las normas de conflicto, en contra del principio básico de equidad, llevaría al absurdo de que casos idénticos fuesen resueltos de manera diversa en un mismo Estado, incluso por un mismo Tribunal, según que las partes hubieran o no instado, de buena o mala fe, la aplicación del Derecho extranjero aplicable (39).

En el fondo de la pretensión de interpretación dispositiva de las normas de conflicto se infiere, como ha demostrado P. Lalive y explicitado la jurisprudencia francesa en el caso «Bisbal», una «vocación general» de la *lex fori*. La norma de conflicto adquiere una naturaleza y un alcance diverso según que el punto de conexión lleve a la aplicación de la ley del foro o de una ley extranjera. La norma de conflicto resulta obligatoria si somete la solución del supuesto concreto a la ley del foro, en tanto que conserva un carácter meramente dispositivo si selecciona la ley extranjera. El «legeforismo» de esta solución encuentra una difícil explicación racional. Si el legislador prevé la aplicación de una ley extranjera a un concreto supuesto de hecho no cabe duda de que así lo hace por estimarla más adecuada; pensar que la solución más justa coincide con la aplicación de la ley del foro sólo se justifica en el hecho de resultar menos costosa, de más fácil conocimiento para el Juez y eventualmente favorable al interés de los litigantes; esta postura omite de forma absoluta los intereses de los terceros, del comercio internacional, y los propios del Estado en mantener la

concepción de la justicia y la armonía internacional de soluciones. No obstante, en nuestro propio sistema, la redacción de preceptos como el artículo 12, 4.º, del Código civil parece decantarse por una solución diversa, según que la norma de conflicto remita al Derecho extranjero o al español (40).

## 2. El artículo 12, 6.º, I, del Código civil

En el ordenamiento español, el artículo 12, 6.º, del Código civil, en su primer párrafo, se inclina claramente a favor de la imperatividad de las normas de conflicto al establecer que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español» (41). Si esto es así, dos cuestiones procesales comprometen, sin embargo, indirectamente la imperatividad de la norma de conflicto. En primer lugar, puede ocurrir que las partes no evidencien, o incluso oculten, el elemento de extranjería que justifica la aplicación de la norma de conflicto. El Juez tiene la facultad de indagar y establecer dichos elementos de hecho que hacen de la situación objeto del Derecho internacional privado; más, dicha facultad viene conferida por el artículo 340 de la L. E. C, a través de las «diligencias para mejor proveer», que, pese a su alcance, tienen cabida una vez concluidas las fases de alegación y prueba. La especialidad de las situaciones de tráfico externo exigiría la adopción de tales medidas concluida la fase de alegaciones; de esta forma, una vez determinado el carácter internacional del supuesto, las partes podrían probar el Derecho extranjero y adecuar a él sus conclusiones. En contrapartida, esta investigación sobre el elemento fáctico extranjero que no aparece en autos sólo puede llevarla a cabo el Juez en los procedimientos regidos por el principio inquisitivo (42).

Pero, en segundo lugar, la imperatividad de la norma de conflicto quedaría igualmente comprometida, si bien más indirectamente, no sólo si su alegación e invocación se deja a la voluntad de las partes, sino también cuando el intérprete adopta una posición pasiva respecto a la prueba del Derecho extranjero. Si el Juez deja en manos de las partes la prueba del Derecho extranjero, sin hacer uso de sus propios conocimientos o de medidas como las diligencias para mejor proveer, tal como mantienen algunas decisiones judiciales en nuestro país, en la práctica se posibilita a las partes a optar por la ley del foro, sencillamente omitiendo aportar prueba alguna del Derecho extranjero (43).

Toda esta materia toma como referencia un presupuesto de base: la norma de conflicto es obligatoria para el Juez, pues forma parte del Derecho positivo del foro. Así, por ejemplo, si fallece un extranjero en España y se plantea un problema sucesorio, el Juez español ha de aplicar de oficio el artículo 9, 8.º, del Código civil, pues es una norma de Derecho español. Pero es que, además, ha de aplicar la norma material extranjera a la que remite, pues el mandato de ese precepto es imperativo para él. Lo contrario sería atribuir a las normas de conflicto una doble naturaleza: carácter imperativo cuando ordenen la competencia de la ley del foro y carácter meramente dispositivo (*Fakultatives Kollisionsrecht*) en los supuestos que remitan a un Derecho extranjero (44). Siguiendo esta tesis sería admisible que un incapaz según su ley nacional, renunciando a la aplicación de ésta, lograrse la convalidación ante un Tribunal del foro de un negocio jurídico por él realizado. En tal situación, si el Juez español no aplica de oficio la norma de conflicto española dejaría a la simple voluntad de las partes o a su impericia o mala fe, la determinación del Derecho aplicable, lo que equivaldría a una excesiva interpretación de la función de

la voluntad de las partes en Derecho internacional privado, sobre todo en materias reguladas imperativamente (45).

La redacción del artículo 12, 6.º, I, del Código civil, al determinar la aplicación *ex officio* de las normas de conflicto españolas, tiene la indudable ventaja técnica de no dejar la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento español a merced de que las partes, o una de las partes, quieran o no alegar el Derecho extranjero a su conveniencia. Así podía ocurrir, de hecho, con anterioridad al artículo 12, 6.º, I. Dicha redacción pone de manifiesto, de otro lado, como indica la Exposición de Motivos del Decreto 1.836/1974 «el carácter de *ius cogens* de las normas de conflicto del Derecho español». Consecuentemente, en el examen de los hechos que son presupuesto de la norma de conflicto, el Juez si tiene constancia de ellos está obligado a aplicarla aunque designe a un Derecho material extranjero. Así se desprende del artículo 12, 6.º, I, del Código civil.

#### IV. NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO RE- CLAMADO POR LA NORMA DE CONFLICTO

##### 1. Balance de un debate doctrinal

La aplicación del Derecho extranjero en una relación privada internacional supone, las más de las veces, la consecución de una solución justa. Ahora bien, tal aplicación nos enfrenta con una contradicción fundamental entre el sistema del foro y el sistema extranjero, pues ambos son ordenamientos jurídicos con un tratamiento procesal diferencial. En efecto, en virtud del principio *iura novit curia*, el Derecho no es objeto de prueba en términos generales y ésta sólo recae en los hechos (46). El dilema que se plantea es si el Juez del foro está obligado a conocer y a aplicar el Derecho extranjero y si en este último caso debe otorgar a la norma extranjera reclamada por la norma de conflicto una condición procesal inferior; por ejemplo, la del simple hecho. Ante estos interrogantes la doctrina (47) y la práctica han dado respuestas diferentes.

Una primera postura afirma que el Derecho es el mandato del Soberano y que, por consiguiente, carece de toda efectividad fuera de los límites territoriales del Estado. De este modo, la norma extranjera en el foro sólo tiene el «valor del hecho», ya que la aplicación del Derecho extranjero no significa dar ejecución en un Estado o normas dictadas por otro, sino que implica la reglamentación de un sector social conforme sería estructurado en el Estado extranjero (48). Esta ha sido la concepción dominante en la jurisprudencia angloamericana (*only domestic law is law*) y, de forma más moderada, por la jurisprudencia francesa e italiana hasta época reciente. Tal concep-

ción se ha justificado en diversas teorías. Sin ánimo de exhaustividad (pues sobre esta materia existe una bibliografía abrumadora) y a modo de síntesis resulta obligado referirse aquí, en primer lugar a la teoría de los «derechos adquiridos» o de los *vested rights*; en concreto, para A. Dicey y J. Beale no es la ley extranjera lo que se aplica, sino los derechos adquiridos a su amparo (49). También se ha hecho referencia a la «pérdida del elemento imperativo» y, de esta suerte, H. Batiffol ha partido de la base de que la norma del conflicto posee dos elementos, uno racional y otro imperativo, que consiste en un mandato para el Juez; ahora bien, fuera del ámbito de su ordenamiento dicha norma pierde su imperatividad y sólo tiene el valor del simple hecho (50). Asimismo, se ha aludido a la «exclusividad del ordenamiento jurídico»: cada sistema jurídico es autónomo e independiente y nada que se encuentre fuera del ordenamiento nacional tienen valor normativo; esta posición ha tenido defensores en la doctrina italiana (51).

Ahora bien, los planteamientos que niegan eficacia al Derecho extranjero en el foro, como tal «Derecho» han sido revisados por la jurisprudencia de algunos países como Italia –bajo la indudable influencia de las doctrinas de la «incorporación» o «recepción» del Derecho extranjero (52)–, Alemania (53), Austria o Suiza, en el sentido de concederle un carácter de mayor relevancia, aunque siempre de alguna inferioridad a efectos procesales. Esta tendencia se recoge ya en los Códigos modernos (54). Debe insistirse en que pese a la equiparación formal de las leyes del foro con las leyes extranjeras, en ningún sistema jurídico se reconoce totalmente a estas últimas una condición procesal análoga al Derecho propio. Dicho en otras palabras, existe una diferencia esencial entre la discusión acerca de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y su tratamiento procesal en el foro.

Por ello, lo lógico es colocarnos ante una posición realista consistente en que cuando el Juez del foro aplica el Derecho extranjero, aplica una normativa que está inserta en un ordenamiento jurídico

distinto al suyo, lo que comporta, sin prescindir en modo alguno de su carácter normativo, un «distinto tratamiento procesal». «El Derecho extranjero es Derecho, aunque extranjero», afirma J. A. Carrillo Salcedo, y, no existiendo una alternativa que obligue a incluirlo en la categoría de los hechos procesales o en la del Derecho nacional, puede hablarse de una naturaleza jurídica peculiar (55). Acierta, por tanto, M. de Ángulo cuando afirma que cabe hablar de una «condición genuina y peculiar, un *tertium genus*»; tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que ese tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales (56).

## 2. La solución implícita del Derecho internacional privado español

Ni antes ni después de la reforma del Título Preliminar del Código civil el legislador dio una respuesta directa a este problema. La jurisprudencia ha aportado, sin embargo, dos importantes elementos al debate. En primer lugar, ha negado expresamente que el Derecho carezca de efectividad fuera de los límites territoriales del Estado; resulta expresiva, a este respecto, la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 5 abril 1966 que, pese a lo criticable de su fallo, tuvo el mérito de incluir un pasaje ya clásico en todos los manuales españoles de Derecho internacional privado: «si se llevara hasta sus últimas consecuencias el principio de la soberanía territorial del Estado, nunca surgiría la posibilidad de aplicar en él leyes promulgadas por otros Estados...», lo que «se opone a las exigencias de la realidad y vendría a suprimir el comercio jurídico internacional y las relaciones jurídicas entre súbditos de distintos países»; de ahí que surgiera «la necesidad de permitir que el extranjero no sea sustraído de sus propias leyes en determinadas materias» (57). Y, en segundo término, nuestra jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por otorgar al Derecho extranjero la condición procesal de los simples hechos, sin entrar a valorar su naturaleza jurídica. Por vía de ejemplo pue-

den citarse las sentencias del T. S. de 13 enero 1885 —«la existencia de tales o cuales leyes extranjeras es una cuestión de hecho»—, de 1 febrero 1934 —«declarado, como ha sido repetidamente por este Supremo Tribunal, por ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras»—, 6 junio 1969 —«La legislación extranjera, según criterio constante de esta Sala, ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho, para que pueda ser aplicada»—, de 5 noviembre 1971 —«la alegación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado»—, etcétera... (58).

No obstante la contundencia de las declaraciones anteriores se ha abierto paso una línea jurisprudencial minoritaria que ha adoptado una solución que pudiera calificarse de más progresista (59). En tal sentido, la sentencia del T. S. de 16 octubre 1940 afirmó que «en vez de mantener la pasividad del Juez en la comprobación de la norma extranjera aplicable, si quiere que la indague o coopere en la indagación de oficio (*iura novit curia*), sin que, por tanto, recaiga toda la responsabilidad de la carga probatoria sobre el litigante» (60); esta idea fue completada meses después por la sentencia del T. S. de 14 diciembre 1940 que, refiriéndose a disposiciones nacionales, estimó que «las disposiciones revestidas de fuerza legal que pueden invocarse ante los Tribunales no son materia de prueba», lo que hizo llegar a M. de la Plaza a la conclusión de «que es la "posibilidad de conocer" la que releva de probar» (61). Por su parte, la sentencia del T. S. de 30 junio 1962, continúa esta línea al apuntar la posibilidad de que el Juez colabore con las partes en la investigación de la norma extranjera aplicable (62) y, más claramente aún, la sentencia del T. S. de 4 junio 1964, a propósito del Código civil colombiano, estimó que la sentencia recurrida no era susceptible de impugnación por el cauce del antiguo número 7 del artículo 1.962 de la L. E. C. (error de hecho), sino por el número 1 del citado precepto, «en las mismas condiciones que si se tratase de Derecho nacional» (63).

## V. COMPETENCIA RESIDUAL DEL DERECHO DEL FORO EN LOS SUPUESTOS DE IMPRACTICABILIDAD DE LA REMISIÓN AL DERECHO EXTRANJERO

### 1. Soluciones en presencia

Se trata de determinar qué Derecho debe aplicarse en el supuesto de que la norma de conflicto del foro designe a un Derecho extranjero y éste es de imposible conocimiento por el Juez, o, si se quiere, cuando estemos ante un caso de «imposibilidad material» en la aplicación del Derecho extranjero (64). Ante este problema le caben al Juez dos soluciones.

Puede, pura y simplemente, rechazar la demanda: es la más simple pero comporta una situación procesal de no solución a la controversia y puede dar lugar a consecuencias evidentemente injustas, no sólo poner en duda el carácter jurídico del Derecho extranjero, sino porque se incurre en una evidente denegación de justicia (65). No obstante, lo más lógico sea que venga obligado a aplicar un ordenamiento distinto. El problema consiste en determinar éste. A tal interrogante se han dado tres respuestas.

La primera estima que dicho ordenamiento debe ser determinado por el propio Juez en base a los «principios generales del Derecho comunes a los sistemas en presencia» en el litigio. Esta es la solución a la que llegó el arbitro Lord Asquith of Bishopstone en el asunto de las «concesiones petrolíferas de Abu Dhabi Oil», quien en vez de aplicar el Derecho saudí, que carecía de normas en la materia, utilizó unos «principios enraizados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas, una especie de Derecho natural moderno» (66). En esta dirección Ph. C. Jessup puso el acento en un planteamiento de signo judicial en el sentido de afirmar la posibilidad que tiene el Juez de elaborar un Derecho aplicable a los supuestos transnacionales (67). No cabe duda que esta construcción implica una potenciación del método

comparado, al insistir en los aspectos comunes de los sistemas jurídicos en presencia. Sin embargo, a pesar de lo atrayente del planteamiento, cabe preguntarse por su operatividad y, en tal sentido, lo que sí resulta de fácil aplicación en los arbitrajes no lo es tanto para el Juez nacional, que se encuentra limitado por su propio ordenamiento jurídico.

Una segunda posibilidad sería la aplicación del ordenamiento jurídico más próximo. Es decir, en el caso de imposibilidad material en la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, se acudiría a un ordenamiento de la misma familia jurídica, también sobre la base del Derecho comparado. Se trata de una solución interesante desde la perspectiva teórica, pero irreal desde el punto de vista práctico (68). Es cierto que existen sistemas jurídicos con un alto grado de mimetismo y recepción respecto a otros; por ejemplo, el Derecho turco está inspirado en el suizo, los Códigos civiles de Siria, Jordania y Egipto fueron redactados por una misma persona, lo mismo que el Código de Bustamante, etcétera... No obstante, aplicar en estos casos la solución propuesta conduce a un resultado de puro expediente y muchas veces en la práctica dará lo mismo aplicar cualquier sistema, salvo la experiencia seguida en las Leyes de los antiguos países socialistas (69). Dicha aplicación suscita, por otro lado, muchas reservas por su posible arbitrariedad y por los resultados contradictorios a los que podría dar lugar.

Ahora bien, en relación con el sistema español, la inexistencia de una legislación civil única aplicable ofrece nuevas posibilidades en este ámbito que aún no han sido aprovechadas convenientemente. El supuesto ofrecido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 abril 1989 aporta interesantes posibilidades para la reflexión. La cuestión debatida se centraba en la determinación de la ley aplicable al régimen económico al que estaba sujeto un matrimonio celebrado en Francia entre una española y un italiano. El Tribunal a través de una interpretación literal del artículo 12, 6.º, II, del Código civil, ante la insuficiente acreditación del Derecho extranjero y manifestando un exagerado rigor en la apreciación del medio de prueba resolvió el caso acudiendo a la competencia general subsidiaria de la *lex fori*, entendida como Derecho civil español

en orden a la regulación del régimen de bienes del matrimonio. Esta solución ha sido criticada por N. Bouza Vidal, por entender que tal referencia a la *lex fori*, posee un carácter totalmente abstracto por ignorar los Derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas en la materia. En el caso, en efecto, la competencia del Juzgado de Badalona podría haber conducido a la aplicación del régimen de separación legal previsto en el artículo 7 de la Compilación del Derecho civil catalán. Argumentos basados en una «mayor materialización» de la norma de conflicto y del Derecho por ella reclamado e insuficientemente probado, debían haber aconsejado, a juicio de esta autora, a matizar la acción de la competencia residual del Derecho del foro y aplicar el «ordenamiento jurídico más próximo», en este caso el Derecho civil catalán (70).

Cabe una tercera solución, la aplicación de la *lex fori*. Esta concepción ha sido mantenida desde posiciones distintas. Se habla, en primer término, de una «presunción de identidad» por lo cual esta tesis posee una directa relación con el argumento que acabamos de exponer; pero sólo resulta operativa en los países anglosajones sobre la base del *common law*. También se ha hecho referencia a la «competencia general del Derecho del foro», partiendo de la idea de la sustitución. J. M. Bischoff, en su tesis doctoral y, posteriormente M. Batiffol (71), entienden que el Juez francés tiene una competencia general que es aplicable a todos los supuestos, pues éste es consciente de la justicia de sus decisiones; recuérdese, a este respecto, la afirmación de la sentencia de la Cour de cassation (Ch. civ. 1 Sect) de 12 mayo 1959 («esposos Bisbal»), de que la ley francesa tiene «*vocation a regir tous les rapports de droit privé*» (72). Por último, es más frecuente el planteamiento que acude a una supuesta la competencia residual del Derecho del foro; la norma de conflicto del foro nos remite al Derecho material extranjero, pero, caso de faltar éste, es el propio Derecho del foro el que completa el vacío con sus propias normas materiales. Este planteamiento ha sido defendido con una fuerza especial por A. Ehrenzweiz, partiendo de lo que él califica de *residuary rule* (73), aunque no siempre, como ha puesto de relieve J. A. Carrillo Salcedo, ha sido bien comprendido por la doctrina.

## 2. La solución implícita del Derecho internacional privado español

Refiriéndose al Derecho internacional privado español, este último autor ha llamado la atención del peligro que supone la competencia residual del foro en un sistema judicial que, como el español, utiliza cualquier argumento para aplicar la ley española (74). Existe, por el contrario, una excepción importante a la línea general de la jurisprudencia española; es la antes referida sentencia del Tribunal Supremo de 16 octubre 1940 donde, de acuerdo con la norma de conflicto española, en un problema de reglamentación de la tutela y de ejecución testamentaria resultaba aplicable el Derecho ruso vigente en el período zarista y, por tanto, inexistente en aquel momento. Según el T. S., el pleito admitía tres soluciones posibles,

«... la desestimación de las pretensiones del litigante que invocó en su favor la legislación rusa y no la acreditó en autos, la aplicación de aquel Derecho que más se acerque al Derecho ruso, o la aplicación de la *lex fori*.»

Ante estas tres posibilidades, el Alto Tribunal optó por el tercer criterio aplicando, por analogía a la reglamentación jurídica de la tutela y del albaceazgo en el Derecho zarista, la legislación española relativa a la gestión de negocios ajenos. De esta suerte el T. S. en vez de practicar un nacionalismo cerrado, tomó conciencia de la especial función del ordenamiento del foro, llegando a una solución justa (75).

A pesar de este precedente jurisprudencial, el tema de la competencia residual del Derecho del foro en los supuestos de impracticabilidad de la remisión al Derecho extranjero no cuenta con norma alguna en el sistema español de Derecho internacional privado. Ello, pese a que el tema no pasó desapercibido en el proceso de revisión del Título Preliminar del Código civil. Así lo hizo ver, como vimos, A. Bercovitz Rodríguez-Cano en su enmienda presentada a

la Comisión General de Codificación, según la cual: «En la imposibilidad de determinar el contenido del Derecho extranjero aplicable, se dará aplicación a las disposiciones del Derecho español.» Desdichadamente, la enmienda no prosperó, a pesar de estar en la línea de la codificación estatal del Derecho internacional privado más reciente (76), perdiéndose con ello una magnífica oportunidad de reglamentar el tema. No obstante este silencio, la superioridad de la ley del foro deriva de razones prácticas elementales tales como su certidumbre y, sobre todo, las facilidades de interpretación que incumben al Juez (77). Así lo ha puesto de relieve con toda contundencia la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 23 marzo 1994 al entender como doctrina de la Sala que «cuando el Derecho aplicable no haya quedado probado con seguridad en el pleito, ha de aplicarse para resolver el litigio el Derecho interno» (78). Se trata de una afirmación desafortunada, pese a que en el contexto del caso atendía a evidentes razones de justicia.

El Juez, por el contrario, debe tener la certidumbre de que la imposibilidad de información acerca del Derecho extranjero no es fruto de una mera negligencia de la parte o de una actitud fraudulenta (79) y para ello, puede utilizar el cauce de las diligencias para mejor proveer, al que nos referiremos más adelante. Es decir, la aplicación de la *lex fori* sólo será factible cuando se hayan agotado todos los medios de información del Derecho extranjero y, además, cuando exista una relación sustancial del supuesto con el foro (80). Y, en cualquier caso, deberá intervenir únicamente como última ratio, pues existen ocasiones en las que, como apunta J. F. Garcimartín, es factible acudir a un «tercer Derecho» a través de la utilización de criterios de conexión de carácter subsidiario deducidos del propio sistema de Derecho internacional privado que estemos aplicando (81).

## VI. PROBLEMAS GENERALES DE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

### 1. Derecho procedente de un Estado no reconocido

En el orden jurídico internacional una institución vinculada con la dinámica de los sujetos internacionales y el nacimiento de la personalidad internacional es la institución del reconocimiento. Supone la aceptación por un Estado de la aparición y existencia de un nuevo ente en la Comunidad internacional o, de otra parte, que en el interior de un Estado ya constituido hubo un cambio en la legitimidad constitucional (reconocimiento de Estados y de Gobiernos). ¿Qué consecuencias comporta este problema de Derecho internacional público en el plano de las relaciones privadas internacionales—¿Vincula el acto del ejecutivo en este ámbito al poder judicial? Estas cuestiones se han suscitado con cierta nitidez en otros ordenamientos en términos de aplicación o no aplicación del Derecho anterior a la situación internacional no reconocida —estamos en la dimensión del reconocimiento de Gobiernos—, sobre todo a raíz de la aparición del nuevo Estado soviético, y se fue ampliando a partir de la segunda guerra mundial. Dicho tema lleva aparejado, como es natural, un problema conexo e inverso, cual es el valor de los actos legislativos emanados de Gobiernos en el exilio (82).

Las opiniones doctrinales al respecto no fueron en un principio coincidentes. En esta línea E. Bartin manifestó que el Juez francés sólo estaba habilitado para aplicar las leyes de los Estados integrantes de la comunidad internacional, inclinándose, por tanto, hacia una solución negativa (83). La solución anglosajona (84) plantearía en nuestro país grandes dificultades, puesto que la actitud del ejecutivo parece inspirarse en los principios de la «doctrina Estrada» (85) en virtud de la cual éste se niega a opinar sobre la legitimidad de un Gobierno extranjero en el poder, limitándose a mantener o a romper las relaciones diplomáticas con el nuevo Gobierno. Existe, sin embargo, un curioso precedente, si bien de importancia secundaria, que

reflejó con precisión una determinada concepción de las relaciones internacionales en nuestros Tribunales de justicia. Ante una sucesión *ab intestato* de un checoslovaco en España el Juzgado de Primera Instancia de Madrid en su Auto de 7 febrero 1951 se negó a aplicar el artículo 10, 2.º, del antiguo Título Preliminar del Código civil y, en consecuencia, la ley checoslovaca, dada la «incomunicabilidad en que internacionalmente se encuentra aquel país (sic) con el nuestro», prefiriendo declarar «apátrida no voluntario» al *de cuius* y aplicar la ley del domicilio (ley española) (86).

Salvo este precedente aislado, la jurisprudencia española se ha inclinado a una solución de carácter privatista (87), por la cual las situaciones de Derecho internacional público no deben de condicionar la forma absoluta los derechos de los particulares de ahí que estimemos irreprochable el razonamiento realizado en la sentencia del T. S. de 30 enero 1960 que al referirse a las relaciones hispano-mexicanas expresó que «independientemente de la falta de relaciones existentes entre nuestra Nación y dicho Estado americano... (éstas) no pueden influir en cuanto a la legislación aplicable de los derechos privados de las partes» (88).

## 2. Control de constitucionalidad y de legitimidad internacional del Derecho extranjero

### A) Control de constitucionalidad

Nos referimos en este apartado a dos problemas no abordados en el artículo 12, 6.º, del Código civil, pero ofrecen un cierto interés. En primer lugar, al tema del control de la constitucionalidad que puede formularse en los siguientes términos: al aplicar el Derecho extranjero el Juez del foro debe partir de la idea de la integridad de ese ordenamiento; consecuentemente sus facultades deben alcanzar hasta el planteamiento de las condiciones mismas de validez constitucional de la ley extranjera. Toda esta argumentación, claro es, descansa en la idea de que en el ordenamiento extranjero exista un mecanismo de revisión constitucional, pues su ausencia condiciona

decisivamente al Juez del foro en el sentido de abstenerse de cualquier actividad de control. No es factible un control de la constitucionalidad de la ley extranjera aplicando los mecanismos existentes en el foro; desde esta perspectiva el Juez no posee iniciativa alguna para interpretar y, por ende, disentir de la norma constitucional extranjera. Cuestión distinta es, como en el caso del Juez español con anterioridad a la C. E. de 1978, el eventual control de la constitucionalidad de la ley extranjera cuando en el foro no existe un mecanismo de revisión constitucional. En tal caso la posición del Juez del foro queda condicionada por la solución que se otorgue a la cuestión por el Derecho extranjero reclamado, sin que influya la inexistencia en su ordenamiento de un proceso similar (89).

El problema de la contrariedad del Derecho extranjero con los preceptos constitucionales del país de donde dimana, que se suscita sobre todo en el ámbito de las nacionalizaciones en el extranjero, admite, al margen de lo expuesto con anterioridad, cuatro variantes, puestas de relieve por K. Siehr (90): a) Que un Tribunal o un órgano político del Estado extranjero cuyo Derecho reclama la norma de conflicto del foro haya afirmado con eficacia *erga omnes* la legitimidad constitucional de la norma, b) Que ese Tribunal o, en su caso, órgano político, haya afirmado con eficacia *erga omnes* la ilegitimidad constitucional de la norma, c) Que el procedimiento de control constitucional del Derecho reclamado por la norma del conflicto del foro esté pendiente de solución. d) Que el Tribunal o, en su caso, el órgano político, del Estado extranjero no se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma reclamada.

En relación con los dos primeros supuestos, el Juez del foro debe resolver de acuerdo con los criterios expresados por el Tribunal u órgano político extranjero, subsumiéndose el tema en la problemática general de la prueba de Derecho extranjero, que será abordada más adelante. La razón última de tal afirmación descansa en que la juridicidad de la norma reclamada en el ámbito de su propio ordenamiento jurídico es un requisito previo a su toma en consideración (91). De esta suerte, el Juez del foro debe limitarse a asumir en toda su extensión el resultado del fallo del Tribunal Constitucional extranjero que se pronuncia en torno a la constitucionalidad o incons-

titucionalidad de la norma reclamada (92). Dicha asunción no deriva de la sumisión directa al fallo del Tribunal extranjero, sino del propio mandato contenido en la norma de conflicto de aplicar el Derecho extranjero en su propio contexto, tal y como lo harían las autoridades del país en cuestión (93). Naturalmente, la aplicación de la norma extranjera declarada constitucional entrará siempre el límite de no ser contraria al orden público del foro. Un ejemplo lo ofrece el régimen de los apellidos existente en ciertos países que obligan a utilizar el del padre o el del marido exclusivamente. Desde la perspectiva española existe la obligación de aplicar la ley nacional del extranjero en virtud del artículo 1, 1, del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 y, al margen de la eventual intervención del orden público «manifiestamente incompatible» (art. 4) con el Derecho español, podría plantearse la eventual contrariedad de una reglamentación de este tipo en un país donde la Constitución proclama el principio de igualdad. No obstante, tal contrariedad no podría tomarse en consideración si en el país en cuestión ya existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que declara la conformidad del uso de un solo apellido con el principio de igualdad.

Respecto a la tercera situación cabe la posibilidad de suspender el proceso en el foro (problema de *litis pendentia*) aunque esto no es posible a veces de acuerdo con las normas procesales del foro, toda vez que el Juez está obligado a emplear dichas normas en la verificación si se dan los motivos que justifican la suspensión. En cualquier caso, la situación de pendencia existente en el Estado extranjero debe ser relevante para el Juez del foro cuando la decisión foránea pueda afectar con carácter general a la juridicidad de la norma controvertida. Dicha relevancia requiere, claro está, que exista un procedimiento abierto en el extranjero acerca de la constitucionalidad de dicha norma ante el órgano constitucional competente para ello; y que el cambio de la norma impugnada condicione a los órganos que deban aplicarla y, por ende, al Juez del foro. El carácter condicionante para este último está en función de que aprecie que en el sistema extranjero se suspende la aplicación de la norma controvertida hasta que finalice el juicio de constitucionalidad (94).

Mayor importancia ofrece la cuarta variante, resumida por H. Batiffol con el siguiente ejemplo: Una ley norteamericana invocada por las partes ante un Tribunal francés puede ser anticonstitucional en los Estados Unidos, cabiendo la posibilidad de que así lo llegue a declarar el Tribunal Supremo de este país ¿está el Juez francés facultado para pronunciarse sobre la anticonstitucionalidad del precepto, aunque aún no haya sido declarada ésta en el país de donde dimana? (95). Esta cuestión ha tenido un desarrollo importante en la doctrina italiana (96), alemana (97) y, en un grado menor, en la anglosajona (98), pues se suscita fundamentalmente en los países donde el poder judicial está facultado para ejercer un control de la constitucionalidad. Resulta ilustrativa, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Roma de 13 septiembre 1954 («Anglo–Iranian Oil Company c. S. U. P. O. R.»), pues aquí se cuestionó si las leyes iraníes de 1951 y 1952 por las cuales se había nacionalizado la industria petrolífera, eran contrarias a la Constitución del Irán. El Tribunal llegó a una conclusión negativa apoyándose en la siguiente máxima: «... el Juez italiano, debiendo aplicar la ley extranjera, está obligado no sólo a comprobar su existencia, sino también a ejercitar los poderes que le son reconocidos según nuestra *lex fori*, que domina el proceso, para controlar la legalidad constitucional» (99). No obstante, R. de Nova se apresuró a criticar esta opinión en el contexto del Derecho italiano –entre otras cosas porque allí existe un Tribunal Constitucional–. Para este autor, la verificación de si el Derecho extranjero es conforme a los principios constitucionales extranjeros no se confiere al Juez por las normas procesales del foro, sino, por vía indirecta, a través del propio sistema de Derecho internacional privado. En definitiva, el Juez debe «sumergirse» en el sistema jurídico extranjero para decidir sobre la constitucionalidad del precepto reclamado por la norma de conflicto del foro (100).

Esta inmersión implica que si en el sistema constitucional extranjero se entiende que la norma impugnada sigue manteniendo validez hasta que no exista un pronunciamiento expreso por parte del órgano constitucional, dicha norma sigue produciendo toda su eficacia jurídica y vincula al Juez del foro (101). No obstante, existen sistemas constitucionales en donde esta solución no es tan clara otorgándose un cierto grado de invalidez a la norma afectada; en este caso el Juez del foro deberá tomar en consideración la jurisprudencia extranjera al respecto y obrar en consecuencia. La sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 11 mayo 1989 hizo referencia indirecta a estas cuestiones, aunque acudió al fácil recurso de la deficiente práctica de la prueba para negar la aplicación del Derecho extranjero. Se trataba de la sucesión testamentaria de un venezolano en favor de la Diócesis de Ciudad Real, y la cuestión era si la norma sucesoria pertinente de la *lex causae* había quedado afectada por una inconstitucionalidad sobrevenida, toda vez que el artículo 61 de la Constitución venezolana prohíbe las discriminaciones fundadas en el credo (102).

#### B) Control de la legitimidad internacional

El problema del control de la legitimidad internacional se puede plantear como sigue: si la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto del foro es contraria a las normas de Derecho internacional público ¿puede ser aplicada por el Juez del foro, o deberá éste velar por la legitimidad internacional de la norma extranjera incumpliendo el mandato imperativo que él hace su propia norma de conflicto? Este interrogante ha sido contestado por F. A. Mann, quien ha señalado cinco situaciones posibles en las que ese control debe hacerse efectivo: a) Las cuestiones de nacionalidad, b) El problema de la legislación monetaria y de cambios regulada por el artículo VIII del

Estatuto del F. M. I. c) La validez de las nacionalizaciones, confiscaciones y expropiaciones realizadas en Estados extranjeros y contrarias al Derecho internacional, d) Las medidas de los beligerantes en territorio extranjero ocupado, e) La normativa internacional de protección de los derechos humanos (103).

Esta materia ha sido abordada desde el plano teórico y desde el punto de vista práctico. La primera perspectiva nos conduce al apartado de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno. Si nos colocamos en una posición «monista», la normativa internacional sería aplicable en el orden interno; en este caso el Juez nacional tiene la posibilidad de valorar y controlar la legitimidad internacional del Derecho extranjero reclamado. Si, por el contrario, nos colocamos ante una posición «dualista», la normativa internacional no puede ser valorada automáticamente por el Juez del foro, lo que puede dar lugar a resultados eminentemente injustos. La segunda perspectiva nos conduce a la distinción entre la contrariedad de la norma extranjera reclamada con las normas del Derecho internacional. Así, si el Derecho extranjero reclamado es contrario a una norma consuetudinaria internacional debe tenerse en cuenta que aunque la C. E. de 1978 no contenga una disposición expresa acerca de la integración de este tipo de normas en nuestro sistema, ello no implica que tal recepción no se produzca (104), toda vez que su artículo 96, 1.º, hace referencia a las «normas generales del Derecho internacional», al igual que el artículo 21, 2, de la L. O. P. J. se refiere a las «normas del Derecho internacional público»; en consecuencia, el Juez español debe oponerse a la aplicación de las normas extranjeras contrarias al Derecho consuetudinario internacional y ya existen precedentes en tal sentido en el ámbito de la competencia judicial internacional (105).

Cabe señalar, sin embargo, que el Juez español tiene un cauce para controlar la legitimidad internacional, que es el orden público. Por esta vía nuestros Tribunales pueden negarse, por ejemplo, a reconocer unas medidas de nacionalización efectuadas por un Estado extranjero en contra de las normas internacionales, o a reconocer actitudes contrarias a los derechos humanos. No obstante, el correctivo del orden público no es operativo en el resto de las rúbricas señaladas por F. A. Mann, por lo que existe un importante vacío legal en la materia.

### 3. El principio de la integridad del Derecho extranjero aplicable

La cuestión es determinar aquí el alcance del Derecho extranjero reclamado. Este problema se planteó de una manera concreta en la jurisprudencia internacional en el asunto relativo al «pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia». En su sentencia de 12 julio 1929 en T. P. J. I. afirmó, una vez que hubo llegado a la conclusión de que era menester aplicar el Derecho interno a un país determinado que «... no parece dudoso que el Tribunal se debe esforzar en aplicarlo como se aplicaría en dicho país. No sería aplicar un Derecho interno aplicarlo de manera diferente a aquélla como sería aplicado en el país en que está en vigor» (106).

De ahí que sea necesario atender a los siguientes extremos. En primer lugar, el Derecho extranjero debe ser aplicado por el Juez del foro en el contexto de la pluralidad de fuentes de aquel sistema. Dicho Juez debe, asimismo, tener en cuenta la jerarquía de fuentes allí imperantes. En segundo lugar, es menester proceder a una interpretación de la norma reclamada de acuerdo a los criterios del propio sistema extranjero (107). No

se plantea aquí ningún conflicto de calificaciones. El artículo 12, 1.º, del Código civil no tiene aplicación, pues se refiere exclusivamente a la «norma de conflicto» adecuada al caso, es decir, alude a la denominada «calificación–subsunción», operación de calificación del supuesto de hecho necesaria para determinar la norma de conflicto aplicable y, por ende, poner en marcha la remisión al Derecho extranjero pertinente. Nos encontramos ante una laguna legal que, curiosamente, no pasó desapercibida a lo largo del proceso de revisión del Título Preliminar del Código civil en 1974. En concreto, la enmienda tantas veces citada de A. Bercovitz proponía añadir al anterior precepto el siguiente texto: «Corresponde al Derecho extranjero aplicable determinar las normas que, por su contenido o por la función que tengan en dicho ordenamiento, integran el régimen de la institución regulada en la norma de conflicto.»

La integridad del Derecho extranjero reclamado incluye, en tercer lugar, a las normas de conflicto de este último (108), como establecen el artículo 12, 2.º, del Código civil y, dentro de su ámbito de aplicación, los artículos 98 y 162 de la Ley 19/1985, de 16 julio, cambiada y del cheque. Esta regla tiene, sin embargo, un número importante de excepciones cuando la norma de conflicto aplicable al caso tiene un origen convencional. Un ejemplo significativo es el rechazo al reenvío en el ámbito de las obligaciones contractuales, donde la autonomía de la voluntad de las partes para seleccionar el Derecho aplicable se vaciaría de contenido de admitirse esta institución. De ahí el tenor del artículo 15 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (109). Asimismo, la integridad del Derecho extranjero abarca la denominada remisión ad extra cuando se trate de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos; éste es el tenor del artículo 12, 5.º, del Código civil al entender que «la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a

la legislación de dicho Estado». Otro problema distinto, aunque vinculado estrechamente a los anteriores, es el de si el alcance de la remisión a un Derecho extranjero incluye el eventual problema de la «cuestión previa», cuya ausencia de relevancia práctica en nuestro sistema ya hemos afirmado (110). Del tenor del artículo 12, 6.º, I, del Código civil se desprende que sea cual sea la ley aplicable a la cuestión principal, únicamente podrán utilizarse normas de conflicto españolas en la selección de la ley aplicable a la cuestión previa. A partir de aquí, el ordenamiento español sólo admite una solución de la cuestión previa basada en la aplicación del Derecho material extranjero.

Por último, el Juez del foro debe atender a los criterios de la normativa extranjera respecto al problema de la retroactividad de las leyes. Este último apartado será objeto de un tratamiento por separado en el epígrafe siguiente.

Los problemas enunciados han sido totalmente silenciados en el nuevo Título Preliminar del Código civil. No obstante, existe una importante corriente jurisprudencial en la materia, aunque no homogénea. En efecto, en un primer momento nuestros Tribunales declararon que no les correspondía a ellos aplicar el Derecho extranjero siguiendo los extremos antedichos, entre otras cosas, por otorgar a éste el tratamiento procesal de los hechos. Esta posición fue, sin embargo, revisada por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 16 octubre 1940 y, sobre todo, en la de 5 noviembre 1971, al afirmarse que «al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate» (111). El T. S. parece reproducir en esta decisión una idea expresada años atrás por W. Goldschmidt, en la que el Juez, al aplicar el Derecho extranjero debe obrar con las mismas facultades y alcance que el del país al que corresponde dicho Derecho (112). En definitiva, el papel de la norma de conflicto concluye con la

localización del Derecho extranjero aplicable, pero la solución del caso concreto, incluido el proceso de selección de las normas materiales del Derecho extranjero es una cuestión que no atañe el Derecho del foro.

#### 4. El conflicto internacional transitorio

Con esta denominación se conoce en el Derecho internacional privado al problema derivado de la modificación en el tiempo de las normas materiales del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto del foro (113). Se han señalado dos vías para solucionar los conflictos internacionales transitorios; una primera consistiría en aplicar los principios de Derecho transitorio de la *lex fori*, al considerar que sólo las normas materiales extranjeras tienen carácter extranjero por razón de su origen. Semejante solución ha sido criticada por implicar una desnaturalización del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto del foro, y por ello se ha defendido de forma mayoritaria la aplicación de las disposiciones transitorias del Derecho extranjero. No cabe duda de que este último es un recurso más acorde con el «principio de integridad» del Derecho material extranjero y con el papel limitado atribuido a la norma de conflicto del foro, cuya función concluye en la designación del Derecho extranjero reclamado, siendo éste (la *lex causae*) el encargado de concretar la norma material que ha de aplicarse al supuesto.

A falta de precedentes jurisprudenciales claros en nuestro sistema, la aplicación de las normas de Derecho transitorio de la *lex causae*, admitida como principio general, cederá en favor de la aplicación de los criterios transitorios de la *lex fori* cuando sea materialmente imposible determinar el contenido de las disposiciones transitorias de la ley extranjera, o bien

cuando sean susceptibles de contrariar el orden público internacional del foro. Esta última posibilidad es particularmente factible si el legislador extranjero ha puesto en vigor normas materiales imperativas o disposiciones de carácter retroactivo, susceptibles de lesionar determinados derechos individuales o principios jurídicos sólidamente asentados en la *lex fori*, esto es, con valor de orden público.

Otra circunstancia que, con carácter general, puede dar lugar a una excepción al principio de aplicación de las disposiciones transitorias de la *lex causae*, radica en la movilidad de la situación de hecho, en la desvinculación del supuesto en un momento dado respecto del Derecho extranjero, hecho éste que puede justificar la inaplicación de las disposiciones posteriores de la *lex causae*, aunque así lo determinen sus normas de Derecho transitorio (114).

Una última excepción de carácter especial y de singular importancia tiene lugar en materia de obligaciones contractuales. A través de las denominadas «incorporaciones por referencia», y debido a motivos económicos, de conveniencia o de mayor grado de desarrollo de determinados ordenamientos, las partes contratantes pueden incluir en el contrato una remisión a determinadas normas de un ordenamiento estatal o de un Convenio internacional, tal y como rigen en un momento determinado. De esta forma, incorporan dicha reglamentación «por referencia», como si su texto fuese letra escrita por los propios contratantes. En estos casos, la modificación del Derecho extranjero o, en su caso, del régimen convencional, carece de eficacia alguna, puesto que las partes no proceden a designar la ley aplicable al contrato, sino a «copiar» las normas extranjeras o convencionales existentes en un momento dado, como un simple acuerdo de voluntades entre ellas. Dicho acuerdo que reflejan las incorporaciones por referencia sólo perderá

validez, como cualquier otro pacto, si es contrario a la ley que rige el contrato (115).

## VII. ALEGACIÓN, CONOCIMIENTO Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

### 1. Sistemas en presencia

El presente apartado se vincula íntimamente con el ya examinado de la naturaleza del Derecho extranjero. También existe aquí una clara contraposición entre las teorías fácticas y las que otorgan al Derecho extranjero un carácter normativo. Si consideramos, a efectos procesales, al Derecho extranjero como un hecho, corresponderá a las partes su prueba, pero si, por el contrario, le atribuimos un valor normativo, caerá bajo el principio *iura novit curia*. Los distintos ordenamientos jurídicos nacionales han adoptado soluciones diversas al problema.

En unos se atribuye al Juez un papel limitado en el conocimiento del Derecho extranjero: es el sistema típico seguido por los países anglosajones, cuyos principales aspectos, sumariamente expuestos, son los siguientes: el Derecho extranjero debe ser alegado por las partes; el Juez, aunque conozca el Derecho extranjero, no puede darle aplicación si éste no ha sido probado durante el proceso; incluso, aunque tal Derecho haya sido probado en otro proceso diferente, el Juez no puede darle aplicación si no se prueba nuevamente en el proceso en curso. Pueden, pues, sacarse dos características determinantes en este tipo de sistemas. En primer lugar, una nota dispositiva, esto es, el impulso corresponde a las partes y su acción condiciona la mecánica posterior del proceso. En segundo lugar, la determinación concreta de la normatividad extranjera, así como su prueba, corresponde enteramente a las partes. Esta posición ha sido

la dominante en la jurisprudencia española con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código civil.

En otros sistemas se adopta una solución más flexible en el sentido de que la función judicial se lleva a cabo a través de una colaboración entre el Juez y las partes (116). Aquí, los interesados deben alegar la normativa extranjera que estimen aplicable al supuesto, pero si el Juez conoce el contenido del Derecho extranjero debe darle aplicación. Consecuentemente, sólo en el caso de desconocimiento del Juez cabe la aportación de las partes. Es éste el sistema vigente en la República Federal de Alemania (117) y en Austria y, en alguna medida, el introducido por el Decreto 1.836/1974, con la variante de que en España la iniciación e impulso de la prueba corresponde a las partes forzosamente, y sólo en una fase ulterior se permite una colaboración entre éstas y el Juez.

Por último, cabría hacer referencia a un tercer sistema que admitiese la determinación *ex officio* del Derecho extranjero por parte del Juez (118). No obstante, tal solución sólo sería factible en un ordenamiento jurídico que diese el mismo tratamiento procesal al Derecho foráneo que al propio, y tan solución no existe en estado puro.

## 2. Las reglas del sistema español: el artículo 12, 6.º, II, del código civil

### A) Alegación del Derecho extranjero por las partes

En el sistema español de Derecho internacional privado ya hemos visto que hasta la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 no existió ningún texto que regulase expresamente el problema desde la óptica judicial. Pero aún ante la ausencia de norma expresa, con anterioridad a la referida reforma el silencio había sido colmado por una dimensión jurisprudencial muy acusada. Fue acaso

éste, el sector del Derecho internacional privado español donde la perspectiva de análisis de la jurisprudencia ofreció toda relevancia, no sólo en cuanto a la inducción de los principios generales del sistema, sino en cuanto a la concreción de las reglas judiciales aplicables. En efecto, en este sector se puso de manifiesto con nitidez la complejidad de los supuestos planteados por la vida privada internacional y la función creadora del Juez. Desgraciadamente esta oportunidad ha sido aprovechada de una forma negativa, pues, en la práctica, estas amplias facultades concedidas a los Jueces fueron utilizadas las más de las veces, como último reducto para negar la internacionalización de múltiples supuestos conectados con elementos extranjeros.

Con todo, la existencia de esta abundante doctrina legal anterior a la reforma, a pesar de sus soluciones mayoritariamente restrictivas, ha tenido el mérito de perfilar decisivamente el sistema que contiene el artículo 12, 6.º, del Código civil. Veamos, a continuación, las líneas generales de dicho sistema, con anterioridad y con posterioridad a la vigencia de la norma:

a) Inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero: La pasividad del Juez característica del sistema lleva aparejada la «inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero». Indudablemente, la obligación de aplicar de oficio la norma de conflicto del 12, 6.º, I, queda profundamente desvirtuada si no va acompañada de la obligación de indagar el Derecho extranjero (119). Mas éste es un tenor del artículo 12, 6.º, II, que sigue una larga tradición jurisprudencial y reiterada con posterioridad a la entrada en vigor del precepto. En esta dirección, la sentencia del T. S. de 9 enero 1936 afirmó que «de oficio no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que... no hayan sido alegados por los litigantes» (120). Por su parte, la sentencia del T. S. de 16 diciembre 1960, reiteró el mismo criterio al declarar que los Tribunales españoles no pueden «aplicar un Derecho extranjero que no tienen por qué conocer» (121). Añade la sentencia del T. S. de 6 junio 1969 que «la legislación extranjera, según criterio constante de esta Sala, ha de probarse en autos como cuestión de nuevo hecho, para que pueda ser aplicada...» (122), doc-

trina que siguen explícitamente las sentencias del T. S. de 5 noviembre 1971 (123) 6 abril 1979, 4 octubre 1982 (124), entre otras. Asimismo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Jaén de 24 enero 1986, pone de manifiesto el alcance de la doctrina jurisprudencial del T. S. en este punto, al confirmar que «la mayor parte de Estados, entre ellos, el español, siguen el criterio de que mientras el Derecho nacional no hay necesidad de alegarlo ni de probarlo, por cuanto está protegido por el aforismo *iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius*, en cambio, la aplicación del Derecho extranjero es necesario alegarlo y probarlo por la parte que tiene interés en su aplicación, descartando la posibilidad de que el Juez realice esta aplicación de oficio... y si no consigue probarlo deberá soportar las consecuencias legales de la falta de prueba, que se pueden concretar diciendo que la consecuencia de su no cumplimiento es que la sentencia habrá de prescindir de los hechos no alegados o insuficientemente probados por aquel a quien benefician» (125); idéntico razonamiento al seguido por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Calatayud de 23 diciembre 1985, que ante la falta de prueba del Derecho extranjero optó, sin embargo, por la desestimación de la demanda, decisión confirmada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza (Sala de lo civil) de 10 abril 1987 (126). La consideración fáctica del Derecho extranjero se mantiene, más recientemente, en las sentencias del T. S. (Sala 1.a) de 11 mayo 1989 (127), de 7 septiembre 1990 (128), de 10 diciembre 1990 (129), que reitera la doctrina tradicional en la materia, de 16 julio 1991 (130) y de 17 diciembre 1991 (131). Por último, es ilustrativa la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 23 octubre 1992 por la terminante inclinación hacia la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero, en este caso belga (132).

Hasta aquí el análisis jurisprudencial. Pero en estrictos términos de interpretación conjunta de los dos párrafos del artículo 12, 6.º, del Código civil puede –y debe– llegarse a una solución menos tajante, pues, como ha puesto de relieve J. Maseda Rodríguez, no existe base positiva explícita que abogue por una aplicación *ex officio* del Derecho extranjero, ni base positiva que abogue lo contrario. En esta dirección resulta de extraordinario interés el razonamiento

efectuado por F. J. Garcimartín sobre la base de la contrariedad de una interpretación literal del precepto con el artículo 24 de la C. E., pues la imposición a las partes de la obligación de probar el Derecho extranjero puede poner en tela de juicio el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. A partir de aquí, a juicio de este último autor, el párrafo segundo del artículo 12, 6.º, se sometería al primero, con la consecuencia de que la aplicación de oficio de la norma de conflicto incluye al Derecho extranjero aplicable al fondo, con independencia de que las partes lo aleguen o lo prueben. Se trata de una regla de base que, como tal admite excepciones: unas derivadas de los principios que inspiran el proceso; otras, consecuencia del principio de practicabilidad de las soluciones y, por último, la existencia de «la voluntad originaria del legislador en descargar a los Jueces de la labor de investigación» (133). Afortunadamente, esta interpretación en favor de la aplicación de oficio del Derecho extranjero ya empieza a tener reflejo en la jurisprudencia española frente a la posición dominante hasta la fecha, pudiendo citarse, si bien dentro de la jurisprudencia «menor», la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.a) de 13 marzo 1990 (134).

b) Momento procesal oportuno para la alegación del Derecho extranjero: La jurisprudencia tradicional del T. S. es clara en señalar que la casación no es momento procesal oportuno (135) para proceder a la misma, sin embargo, esta regla –como veremos– ha admitido alguna quiebra. La alegación «deberá operarse durante aquellas etapas del proceso que permiten la aportación al mismo de elementos fácticos» (136). Dichas etapas serían en el juicio ordinario de mayor cuantía: demanda, contestación, escrito de ampliación de la demanda y, en cuanto los pedimentos iniciales no se vean fundamentalmente alterados, en los escritos de réplica y duplica. Algún autor ha mantenido, incluso, la posibilidad de que quepa en el escrito de conclusiones o en la vista sustitutiva de éste (137). Debe reconocerse, sin embargo, que la práctica española registra una gran flexibilidad en cuanto al momento para la aportación del

Derecho extranjero, cuya prueba deberá efectuarse en la correspondiente fase probatoria, si bien nada impide, a mayor abundamiento, que en los escritos de alegaciones se acompañe prueba documental del Derecho extranjero, como documento en que la parte interesada funda su pretensión. No obstante esta flexibilidad, parece evidente que la alegación del Derecho extranjero por las partes o, en su caso, a instancias del órgano jurisdiccional, sólo debe admitirse en aquellas fases del procedimiento que faciliten el debate jurídico sobre dicha cuestión.

Aunque la alegación del Derecho extranjero no realizada en primera instancia no puede efectuarse en apelación, sí existe por parte de los Tribunales de apelación españoles cierta benevolencia, puesta de manifiesto por E. Pecourt García, en recibir a prueba el Derecho extranjero, en las hipótesis, a menudo estiradas, del artículo 862, 1 y 2, de la L. E. C, esto es, si se desestima su práctica en primera instancia o, por causa no imputable a quien la solicita, dicha prueba no hubiera podido realizarse en todo o en parte (138).

## B) Carga de la prueba

La pasividad del Juez incide con mayor relevancia en relación con la prueba del Derecho extranjero, si bien, el artículo 12, 6.º, del Código civil tuvo la virtud de modificar parcialmente el sistema anterior. Concretamente, el tenor literal del artículo 12, 6.º, del Código civil se refiere al deber de las partes en orden a acreditar la vigencia y el contenido del Derecho extranjero. Se ha argumentado, en ocasiones, que si se considera al Derecho extranjero como un simple hecho, las partes están obligadas, no sólo facultadas, a probar el Derecho extranjero como cualquier otro hecho. Sin embargo, la consideración puramente fáctica del Derecho extranjero no se acomodo-

da tan sencillamente a los problemas particulares que suscita la aplicación judicial del Derecho extranjero. De hecho, las facultades que atribuye el artículo 12, 6.º, del Código civil al Juez en la indagación del Derecho extranjero demuestran, como ha puesto de relieve la doctrina (139), que no cabe hablar en este punto de una auténtica carga de la prueba.

a) Parte a la que incumbe probar: Tanto la doctrina como la jurisprudencia han vacilado a la hora de determinar a quién incumbe llevar a cabo la prueba (140), si bien la solución más extendida es que la parte a quien beneficie o interese la aplicación del Derecho extranjero debe acreditar su contenido o sufrir las consecuencias de su falta de prueba, ya se trate del actor o del demandado (141). En el sistema español, la cuestión se vincula a la eventual infracción del artículo 1.214 del Código civil, sobre la carga de la prueba y existe abundante jurisprudencia en la que se acredita la obligación del demandado de alegar la ley extranjera como justificante de su oposición (142). Como ha puesto de relieve la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 13 abril 1992: «Si bien la regla del artículo 1.214..., por su alcance universal impone la carga de la prueba a la persona que pretende el cumplimiento de una obligación, en este caso, el actor, ello ha de ceder, cuando, sobre la materia a probar..., existe una norma específica como la del artículo 12 en su párrafo último, en donde, con independencia de cuál sea la posición procesal de los interesados, específicamente se prescribe que la persona que invoque el cumplimiento del Derecho extranjero, deberá acreditar su contenido...» (143).

b) Contenido de la prueba: La regla judicial acuñada se expresa con claridad en la sentencia del T. S. de 19 diciembre 1935 cuando dice que: «tiene declarado esta Sala más de una vez que para aplicar el Derecho extranjero por los Tribunales

españoles es necesario que quien lo invoque acredite el juicio: primero, la "existencia" de la legislación que solicita; en segundo, la "vigencia" de la misma, y tercero, su "aplicación" en el caso litigioso...» (144). Esta es la dirección que adopta el artículo 12, 6.º, del Código civil, si bien en términos mucho más escuetos. No obstante la jurisprudencia posterior, en concreto, la sentencia del T. S. (Sala 6.a) de 9 mayo 1988, ha precisado que dicha prueba debe efectuarse, sin bastar «la mera cita aislada de preceptos concretos, ni siquiera hecha por la parte recurrente, sino de manera plena, aportándose incluso los criterios interpretativos sentados por los Tribunales del Estado correspondiente». Se trata de una doctrina firmemente sentada por el T. S., aunque peca de excesiva rigidez. Por tanto, el Derecho extranjero debe probarse tal y como es aplicado en el sistema extranjero, incluyendo, pues, su existencia, vigencia, contenido, interpretación concreta y aplicabilidad al caso (145).

Se puede plantear aquí la posibilidad de que la parte alegue una norma de conflicto extranjera, suscitándose una cuestión de reenvío que, en la actualidad, se resolvería aplicando el párrafo 2 del artículo 12 del Código civil. A juicio de J. A. Tomás Ortiz de la Torre, la existencia en nuestro ordenamiento del reenvío de retorno, como solución general –del Derecho autónomo, obliga a la parte no sólo a probar el Derecho material extranjero, sino también las normas de conflicto con el fin de persuadir al Juez de que no cabe, por acción del reenvío, una aplicación del Derecho español. Esta solución parece extremadamente rigurosa: la parte que invoca la aplicación del Derecho extranjero sólo debe acreditar la vigencia y contenido de su Derecho material; corresponde a la contraparte demostrar que, en virtud del reenvío de retorno, no es de aplicación el Derecho extranjero, sino la legislación del foro (146).

c) Medios de prueba: Nuestra jurisprudencia ha venido insistiendo reiteradamente en la necesidad de hacer uso, en este ámbito, de los medios de prueba admitidos por la legislación española (L. E. C. y C. c.). Dentro de ellos destaca la prueba documental y, de forma particular, la prueba pericial.

a') La prueba documental se revela como la más operativa (147), y la que ofrece mayores garantías. Dicha prueba no es admisible a través de documentos privados o generales, colecciones legislativas, obras doctrinales, etc., sino a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público y puede aportarse al proceso a través de certificaciones expedidas: a) por el Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia; b) por diplomáticos o cónsules españoles acreditados en el país en cuestión; c) por diplomáticos o cónsules extranjeros, del país en cuestión, acreditados en España. Estas certificaciones serán rápidas y fáciles de conseguir, pero tienen el inconveniente de que jamás podrán determinar el alcance y contenido de la norma extranjera, sino únicamente su texto literal y, eventualmente, su vigencia. No obstante, tal inconveniente puede subsanarse solicitando información al país extranjero de que se trate o utilizando un mecanismo de información que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia facilitaría. Esta prueba puede ser suficiente por sí misma en muchos casos (148), como pone de relieve la sentencia del T. S. de 12 noviembre 1976, invitando al juzgador a dictar diligencias para mejor proveer si, en caso necesario, se precisa una prueba pericial complementaria (149). Pero, a su vez, cuando el contenido de la norma extranjera no exige una interpretación especial, es fácil que la existencia de la normativa probada a título documental sea más que suficiente. Así, si de lo que se trata de determinar la admisibilidad del divorcio conforme a la ley per-

sonal de uno de los cónyuges, el tenor literal de la norma documentalmente probada puede ser suficiente. En cualquier caso, aunque no siempre sea suficiente, nuestra jurisprudencia considera imprescindible, con carácter general, la aportación de prueba documental.

b') La práctica judicial exige para comprobar «la existencia y vigencia de la legislación extranjera» que se acredite «por testimonio conforme de dos jurisconsultos del país respectivo aportado por los autos» (150). Esta exigencia se ha visto reiterada por una abrumadora jurisprudencia que, ha insistido en la necesidad de complementar la prueba documental con una pericial (151). No cabe duda de que la prueba pericial debe ser objeto de mayor sospecha que la prueba documental, por la eventual «imparcialidad» de unos peritos cuyo concurso solicita, pero también remunera, la parte interesada. De ahí que deba extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso deba tenderse al nombramiento libre del perito por el Juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece (152). Algunas otras decisiones hacen gala, sin embargo, de una mayor flexibilidad. En cualquier caso, la exigencia del dictamen de dos jurisconsultos de la nacionalidad del país cuyo Derecho se quiere acreditar es explícita tras la aparición del artículo 12, 6.º, del Código civil en la antes citada sentencia del T. S. de 3 febrero 1975, que tiene el mérito de recoger y sistematizar los criterios acuñados por la práctica judicial en la materia:

«... por lo que respecta a la alegación y prueba de la legislación extranjera en nuestra patria, esta Sala se ha venido pronunciando siempre de manera reiterada y uniforme en el mismo sentido, proclamando: a) Que las leyes extranjeras puedan ser alegadas como medios de prueba ante los Tribunales españoles –sentencias de 13 junio 1885 y 26 mayo 1887–. b) Que la cita aislada de artículos de Códigos extranjeros, no es suficiente para justificar la obligación en

ellos determinada –sentencia de 12 julio 1904–. c) Que hay que acreditar la existencia y el sentido de la Ley que se invoca por medio del dictamen de dos jurisconsultos de dicha Nación, debidamente legalizado –sentencias de 13 enero y 12 mayo 1887 y 19 noviembre 1904. d) Que es principio mantenido por la jurisprudencia patria, que es preciso cuando se interese en juicio la aplicación de Leyes extranjeras, que se justifique lo que la jurisprudencia del País tenga establecido, y que es insuficiente la cita aislada del Código vigente en aquella Nación, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles, ya que es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas de vigencia actual, sino también, el sentido, el alcance e interpretación asignados por los Tribunales del respectivo País –sentencia de 30 junio 1962–. e) Que se prueba el Derecho extranjero, con certificación legalizada del Consulado y aclarando su concepto por dos juristas de esa nacionalidad –sentencia de 28 octubre 1968–» (153).

Debemos resaltar que, como manifiesta la decisión transcrita, la nacionalidad de los jurisconsultos debe ser la del país cuyo Derecho se trata probar, no siendo suficiente la certificación de dos especialistas españoles (154).

d) Hechos admitidos: El tratamiento táctico a efectos procesales del Derecho extranjero plantea otro importante problema: si una parte alega una ley extranjera como hecho y la otra admite expresamente la existencia de dicha norma, sin ofrecer de ella interpretación diferente, ¿debe el Tribunal dar por sentada su existencia? Una respuesta positiva no es satisfactoria (155). El Juez no puede construir su sentencia a partir de una pretendida norma extranjera, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que la alegue. Es más, situándonos en un caso extremo, ¿es que va a dejar de aplicar una disposición que él, por su conocimiento privado, sabe que en efecto existe, sólo porque el litigante tenía que probarla no la haya hecho? (156). La respuesta a estos interrogantes depende, en opinión de M. de Ángulo, de que se permita la investigación *ex officio judicis* o que se siga una posición más conservadora en este ámbito (157). La jurisprudencia, por su parte, se ha inclinado mayoritariamente hacia la doctrina de los

«hechos admitidos», llegando a la conclusión de que, aceptado por la contraparte el Derecho alegado, no es necesario la prueba del mismo (158). No obstante, la sentencia del T. S. de 5 noviembre 1971 ha supuesto una quiebra de la línea apuntada, al establecer un límite a la aplicación del Derecho extranjero de forma directa cuando ambas partes lo admitieran. Partiendo de la concepción fáctica a efectos procesales de la norma extranjera afirma que el principio de base es la necesidad de prueba del Derecho extranjero, por lo cual tiene el mérito de desechar la peligrosa tesis tradicional (159). Mas a pesar del mérito apuntado, el ámbito de la presente decisión es muy reducido al afirmar, en síntesis, que no cabe la exención de prueba por acuerdo de las partes, cuando la parte que aporta el Derecho foráneo lo hace de forma insuficiente. Si una parte prueba suficientemente el contenido, existencia y vigencia del Derecho extranjero, la otra parte, si lo acepta, queda relevada de la prueba; pero, en definitiva, se exige que la prueba se haga suficientemente por una de las partes, lo cual es contradictorio. La sentencia no impugna la afirmación de que el acuerdo entre las partes en torno al Derecho extranjero aplicable releva de la prueba, lo que afirma es que no han sido suficientes los elementos aportados para que el Juez admita que se ha probado el Derecho extranjero. De este modo, cabe preguntarse ¿cuándo hay elementos suficientes? La respuesta es que los hay cuando una parte ha probado suficientemente la norma extranjera pero, en tal caso, ya está hecha la prueba y, por tanto, el acuerdo de las partes es irrelevante. Además, la doctrina de los hechos admitidos ha sido reconocida por otras decisiones posteriores a la citada (160).

Por otra parte, la aceptación de la doctrina de los hechos admitidos permite, de jacto, que las partes conculquen los principios de regulación previstos por el legislador en una norma de conflicto. Así, si se trata de un divorcio de común

acuerdo entre dos chilenos en España, éstos pueden admitir que el Derecho chileno admite el divorcio tras dos días de separación de hecho, y el Juez se vería obligado a admitir un resultado muy lejano a la prohibición del divorcio por el Derecho chileno. La inconsecuencia de tal resultado es una prueba más del error subyacente en equiparar al Derecho extranjero a un simple hecho. Ante esta eventualidad, la solución óptima es que el Juez, ante el acuerdo de las partes sobre el contenido del Derecho extranjero, haga valer su propio conocimiento o las fórmulas que el ordenamiento le brinda para indagar de oficio el Derecho extranjero. Ello nos pone en relación con la cuestión general de la participación del Juez en la indagación del Derecho extranjero, posibilidad abierta en nuestro Derecho que debe ser valorada, de principio, muy positivamente.

### 3. Participación del Juez en la indagación del Derecho extranjero

Sentada la máxima de la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero, es menester averiguar si existe algún mecanismo en el Derecho español que permita al Juez suplir el defecto de alegación del Derecho extranjero o de la prueba de su contenido. Es factible, en primer término, que ante la pasividad de las partes el Juez anteponga su propio conocimiento privado acerca del Derecho extranjero. Así, que la legislación irlandesa prohíbe el divorcio es un extremo de sobra conocido por cualquier jurista. Y, en algunos casos, también es más que posible que la cultura jurídica del juzgador le permita conocer sin duda alguna el contenido del Derecho extranjero sobre ciertos particulares. Esta hipótesis se suscitó en la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 abril 1982, que afirmó que «la norma extranjera debe ser objeto de prueba sólo en cuanto sea desconocida por el juzgador, pues, respecto de ella, el princi-

pio de aportación de parte no rige como para la prueba de los hechos; esto es, la norma extranjera será objeto de prueba en tanto el Tribunal la desconozca, pero éste puede utilizar sus conocimientos sobre ese Derecho...; lo contrario conduciría al absurdo de que un Tribunal, conociendo el Derecho extranjero, no lo pudiera aplicar» (161). La decisión ha sido saludada en nuestra doctrina por su carácter progresista, si bien se dividen las opiniones a la hora de valorar su acomodación a la ley y a la jurisprudencia (162). Frente a posiciones más extremas, parecen tener más justificación quienes afirman con prudencia que no es la intención de la ley, ni tampoco admite la jurisprudencia del T. S., que el Juez pueda suplir la prueba del Derecho extranjero merced a su propio conocimiento. El Derecho extranjero debe ser probado, y, como hemos visto, dicha prueba compete, en principio, a las partes. Lo que sí puede hacer el Juez es tomar la iniciativa para recabar los medios probatorios suficientes para confirmar el contenido del Derecho extranjero, independientemente de que lo conozca o no. Pero no puede suplir la necesaria prueba del Derecho extranjero, que debe constar siquiera mínimamente en autos, mediante su subjetivo conocimiento del Derecho extranjero. Tal es el caso de la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 17 marzo, que en un supuesto de prueba acerca de las facultades legales que, según el Derecho italiano, corresponden al «comisario» de una «administración extraordinaria» de empresa, entendió que «no obstante la conveniencia de practicarla para mayor ilustración del órgano jurisdiccional, puede ser conocido y aplicado de oficio por el órgano jurisdiccional o simplemente acreditado por medio de la aportación de las fotocopias de la *Gazetta ufficiale*, como ha ocurrido en el presente caso» (163).

En efecto, cabe preguntarse si existe algún mecanismo en el Derecho español que permita al Juez suplir el defecto de alegación por las partes del Derecho extranjero o la prueba efec-

tiva de su contenido. La doctrina procesalista ha venido criticando seriamente (164) la posición pasiva del Juez en este ámbito y ha propugnado la posibilidad de colaboración entre éste y las partes en el conocimiento del Derecho extranjero aplicable al caso controvertido (165), posibilidad que se vio reforzada mediante el artículo 12, 6.º, II, del Código civil, que faculta al juzgador para «valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Este precepto ha sido interpretado en ocasiones con un carácter extensivo. Cabe estimar que el mencionado precepto impone al Juez la obligación de indagar el Derecho extranjero, cuya consideración procesal sería, por tanto, idéntica al Derecho interno. De esta suerte, se reforzaría el principio de aplicación de oficio por el Juez del Derecho extranjero (166). A nuestro juicio, la asimilación procesal del Derecho extranjero al Derecho interno es tan erróneo como su simple identificación con los hechos. El propio texto del artículo 12, 6.º, del Código civil estima que el juzgador «podrá», y no «deberá» proceder a la indagación del Derecho extranjero, solución que viene, además, confirmada por la jurisprudencia y por el propio dictamen del Consejo de Estado (relativo a la reforma del Código civil de 1974) donde se señala que al Juez «se le debe autorizar, aunque no imponer, la búsqueda del contenido de la ley extranjera declarada aplicable». No cabe afirmar, por tanto, que exista una obligación para el Juez consistente en indagar el Derecho extranjero, al menos una obligación de carácter general.

Ahora bien, cierto sector doctrinal ha resaltado la posibilidad (167) de que el Juez español tome la iniciativa o al menos colabore en el conocimiento de las normas foráneas designadas por nuestro sistema conflictual, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 340 de la L. E. C, a través de las denominadas «diligencias para mejor proveer» (168), que son,

además, el instrumento aconsejado por el propio Consejo de Estado en lo que atañe en su dictamen al artículo 12, 6.º, del Código civil. A juicio de J. A. Carrillo Salcedo, comentando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca de 18 enero 1967, «esta posibilidad podría ser perfectamente utilizada en la práctica española» (169). Sin desconocer esta posibilidad, que debe ser aprovechada por el Juez en beneficio de la seguridad jurídica y en evitación del fraude, debe tenerse en cuenta que el T. S. ha declarado que la utilización de la facultad otorgada por el artículo 340 de la L. E. C. «es meramente potestativa y, por tanto, no revisable en casación» (170). Tal solución es irreprochable, ya que tales diligencias poseen un carácter de medidas complementarias o ampliatorias, pero nunca pueden sustituir la actuación de las partes.

La sentencia del T. S. de 12 noviembre 1976 ha vuelto a insistir en este punto, perfilando la acción de estas figuras en orden a la aplicación judicial del Derecho extranjero, entendiendo que «si la prueba del Derecho extranjero incumbe a la persona que lo invoca en su amparo, ese párrafo final del mencionado artículo 12 faculta expresamente al Juez para que, además, pueda valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas, invocación ésta que es reflejo en nuestro ordenamiento civil de la moderna orientación legislativa que propende a atribuir al Juez el poder de realizar de oficio actos de instrucción, en aras de la tesis que no admite dentro del proceso la errónea dualidad entre verdad material y verdad material y verdad formal o no verdad» (171).

En suma, las diligencias para mejor proveer destinadas al conocimiento del Derecho extranjero son una facultad del Juez, y nunca una obligación; pero, además, parece que dichas medidas, dado su carácter y ubicación en el proceso, por muy aconsejables que resulten, sólo serían procedentes si las partes

han invocado el Derecho extranjero, pero no lo han probado suficientemente. Consecuentemente, siempre sería necesaria la alegación por las partes del Derecho extranjero, y la actividad del Juez se reduciría a complementar o incluso suplir la necesaria prueba de dicha alegación por las partes. El propio artículo 12, 6.º, del Código civil parece dar a entender que la invocación o alegación del Derecho extranjero compete exclusivamente a las partes («la persona que invoque...»), en tanto que su acreditación o prueba si admite una participación activa del órgano judicial.

Partiendo de que las diligencias para mejor proveer no pueden recaer, dada su naturaleza, en hechos que no hayan sido alegados por las partes, es menester poner de relieve el carácter restrictivo a que conduce esta interpretación. Una vez que el Juez determina, a través de la aplicación de oficio de sus normas de conflicto, la aplicabilidad de un Derecho extranjero para regir el supuesto, debería estar facultado para poner en marcha los mecanismos de prueba del mismo, independientemente de si las partes lo han alegado o no. Esta interpretación podría fundamentarse en el propio tenor literal del artículo 12, 6.º, del Código civil que se refiere a la facultad del Juez, en este sentido, no en orden a la prueba del Derecho extranjero, sino «para su aplicación», locución que, sin duda, ofrece unos márgenes mucho más amplios. El problema radicaría en articular a tal efecto las diligencias para mejor proveer, que, por su naturaleza, parecen sólo operar sobre hechos alegados por las partes. El argumento para utilizar dichas medidas en tales casos debería centrarse en su propio carácter instrumental en cuanto instrumento de averiguación; así, el artículo 340, 1, de la L. E. C. permite al Juez, con un carácter muy general, «traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes»; dentro de esta posibilidad, sería necesario incrustar la prueba documental del Dere-

cho extranjero incluso no invocado por las partes. Pero, sobre todo, semejante ampliación de las medidas procesales aludidas debe fundarse en la propia especialidad del objeto de prueba, el Derecho extranjero, que justifica la amplitud y extensión de la mención del legislador a «cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios». Se trata, sin embargo, de una opción interpretativa que, aunque conduce a resultados óptimos, no evita en último término el carácter facultativo de esta posibilidad y que tampoco tiene, hasta la fecha, un reflejo jurisprudencial consistente.

En los últimos tiempos comienza a abrirse paso esta interpretación progresista. La consideración del Derecho extranjero como Derecho, y no simple hecho, posibilita decisiones tan contundentes como sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.a) de 12 febrero 1992 (172) o la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.a) de 13 marzo 1990 a la que ya nos hemos referido (173). Y pese a que la jurisprudencia española se muestra mayoritariamente rígida y conservadora, lo cierto es que, en algunos casos, no sólo es defendible la posibilidad de que el Juez aplique de oficio el Derecho extranjero, sino la obligación (174). A este respecto F. J. Garcimartín entiende que estamos a un sistema no discrecional fundamentado en tres principios de base: la protección judicial efectiva en los supuestos en que las normas de competencia judicial internacional atribuyan a los Jueces españoles el conocimiento de un litigio; el de congruencia, derivado del mandato contenido en el artículo 12, 6.º, I, del Código civil y el de economía procesal, que debe «respetar el equilibrio entre los costes del sistema y sus beneficios» (175).

## VIII. APLICACIÓN Y «TOMA EN CONSIDERACIÓN» DEL DERECHO EXTRANJERO: ANÁLISIS SECTORIAL

### 1. En el reconocimiento de decisiones extranjeras

#### A) Control de la autenticidad y de la firmeza de la ejecutoria

Es frecuente detectar una consideración fáctica del Derecho extranjero en otros sectores del Derecho internacional privado, distintos al del Derecho aplicable, en concreto, en el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. En principio, dicho régimen discurre a través de los criterios propios del foro y su reglamentación se contiene en normas materiales. Como es bien sabido, para que la decisión extranjera produzca efectos en el foro se establecen una serie de condiciones que siempre ponen en marcha la verificación de un Derecho extranjero. El supuesto concreto es el del control de la autenticidad de la ejecutoria en la que se consigna la sentencia extranjera, que debe venir determinada por los requisitos establecidos en la nación en que se haya dictado. Se trata de un control de la legalidad formal extranjera, previsto en la totalidad de los tratados internacionales que obligan a nuestro país en la materia (176) y en el «régimen común» del artículo 954, regla 4.a, de la L. E. C, que obliga al Juez del exequátur al examen de la ordenación procesal extranjera que determina los requisitos de autenticidad, pero que debe ser solicitada a instancia de parte (177). No parece, en efecto de recibo declinar un control de oficio de estos requisitos, que actúan como condición imperativa y previa al reconocimiento, y de los que depende la constancia de la firmeza y ejecutividad de la decisión.

Otro tanto ocurre con la necesidad de que la decisión sea firme, cuestión que, asimismo, sólo puede venir determinada por el Derecho extranjero del Tribunal de origen de la decisión.

## B) Control de la ley aplicada por el Tribunal de origen

Al margen de esta aplicación del Derecho extranjero necesaria en todos los supuestos de reconocimiento, es posible introducir en determinados casos el control de la ley aplicada por el Tribunal de origen, lo que lleva a un control de las normas de Derecho aplicable de dicho Tribunal y, eventualmente, de su propio Derecho material. De esta suerte, no se reconocerá la sentencia extranjera que haya aplicado en virtud de su norma de conflicto una ley distinta de la que hubiese aplicado un Tribunal español en virtud de las propias normas de conflicto del sistema español, a menos que, en caso contrario, el resultado no hubiese experimentado variación. La eventual equivalencia de resultados en la aplicación de dos leyes distintas que hace ineficaz el control de la ley aplicable lleva consigo una apreciación del Derecho extranjero como simple dato o circunstancia condicionante del reconocimiento y ejecución de decisiones. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 5 (178) y 15, respectivamente, de los Convenios entre España y Francia, y entre España e Italia, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que prevén dicho control (que introducen igualmente los Convenios con Austria, Alemania, Checoslovaquia y Bulgaria) de la ley aplicada en materia de estado y capacidad de las personas, salvo en aquellos casos en que, a pesar de haber aplicado una ley distinta a la recogida por la norma de conflicto del foro, el resultado de su aplicación fuese equivalente (179).

Un ejemplo concreto lo ofrece el Auto del T. S. (Sala 1.a) de 14 julio 1982 que denegó el exequátur a una sentencia de divorcio francesa (180). *In casu* la demandante, que había contraído matrimonio en España en 1978, residía en Francia con su marido, donde solicitó y obtuvo el divorcio en aplicación de la ley francesa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 310 del Código civil, que determinaba unilateralmente el ámbito de aplicación de la ley francesa, extendiéndolo al supuesto en que los cónyuges extranjeros tuviesen su domicilio en Francia. Planteado el exequátur en España,

el T. S. denegó el reconocimiento entendiendo que si bien el divorcio no era contrario al orden público español, el artículo 107, 1.º, sometía el mismo a la ley nacional común, en este caso la ley española. De acuerdo con el Tribunal, el supuesto contemplado «dado el presupuesto de hecho existente de ser ambos cónyuges españoles, aunque residentes en el extranjero, ello atribuye a su ley nacional común, es decir, a la ley española, en el momento de la presentación de la demanda la materia relativa a separación y divorcio, según establece el artículo 107, 1.º, del Código civil, como punto de conexión preferente y excluyente de los demás que señala el propio precepto; norma que resultaría patentemente infringida de accederse a la ejecución en España de sentencias sobre divorcio entre españoles, pronunciada conforme a normas procesales y sustantivas extranjeras». Esta decisión, si bien ilustra la posibilidad de control de la ley aplicada por el Tribunal de origen que prevé el Convenio hispano-francés de 1969, debe situarse en un contexto muy determinado, el período inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que llevó a un sector muy concreto de la magistratura española a buscar cualquier argumento procesal o sustantivo, e incluso lo que había evitado celosamente en el período anterior, a utilizar criterios de Derecho internacional privado, para denegar el divorcio, sin plantearse siquiera la posibilidad de una equivalencia de resultados. En cualquier caso, volviendo al aspecto técnico de la decisión, ésta pone de manifiesto cómo el «vértigo de la ley nacional» fue utilizado con carácter restrictivo (181).

### C) Referencia al ordenamiento jurídico competente

Asimismo, debe diferenciarse la aplicación del Derecho extranjero de otros supuestos que conllevan, si no la aplicación del Derecho extranjero, sí al menos una toma en consideración como simple dato, como mero hecho determinante o condicionante de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del foro. Concretamente, P. Picone ha expuesto con detalle un método que el autor italiano denomina de «referencia al ordenamiento jurídico

competente», que tiene presente no sólo las normas de Derecho aplicable o de competencia judicial internacional de un determinado sistema, sino también sus normas en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones (182). El objetivo inmediato de este método consistiría, principalmente, en evitar la formación de situaciones claudicantes, propiciando que las decisiones o situaciones nacidas en el foro puedan ser reconocidas en el ordenamiento jurídico competente, esto es, en el marco del ordenamiento jurídico extranjero donde están destinadas a desplegar sus efectos. Las hipótesis que cubre especialmente dicho método se refieren a situaciones jurídicas que, presentando contactos predominantes con un ordenamiento extranjero, encuentran su fuente en el acto constitutivo de una autoridad pública del foro. Consecuentemente con este método, se hace depender la competencia de la autoridad o Tribunal del foro de las posibilidades de que su decisión sea reconocida o ejecutada en el Estado extranjero donde debe ser eficaz.

Un ejemplo de utilización del método de referencia al ordenamiento jurídico competente se hallaría en el artículo 606, a), 4.º, de la Ley Procesal Civil de la R. F. de Alemania, tal y como ha quedado redactado tras la Ley de 25 julio 1986 sobre reforma del Derecho internacional privado. Dicho precepto, referido a la competencia judicial internacional de los Tribunales de la R. F. Alemania en materia matrimonial, dispone que serán competentes los Tribunales alemanes cuando uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de la R. F. de Alemania, a menos que la decisión que se adopte no resulte manifiestamente reconocida por la ley de cualquiera de los Estados de los que sean nacionales los cónyuges. En este caso, la ley nacional de cualquiera de los cónyuges se erige como el ordenamiento jurídico competente, y su toma en consideración predetermina la competencia judicial internacional de los Tribunales alemanes. No se trata, *stricto sensu*, de una aplicación del Derecho extranjero. Este es tomado en consideración como un simple hecho, como un dato o circunstancia más para perfilar los criterios de competencia judicial internacional de los Tribunales alemanes, pero, en puridad, no se aplica el Derecho extranjero como tal Derecho (183).

## 2. En el reconocimiento de documentos extranjeros

El reconocimiento de actos y documentos creados al amparo de un Derecho extranjero comporta igualmente la solución de ciertas cuestiones de Derecho aplicable. Así, conforme al artículo 600, 2, de la L. E. C. constituye una condición de la eficacia en juicio de los documentos otorgados en el extranjero «que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país». De igual modo, se ha debido observar las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos (art. 600, 3.º), cuestión ésta que exige una consulta del Derecho extranjero a cuyo amparo se ha constituido el acto.

## 3. Prueba de la reciprocidad

### A) Caución de arraigo en juicio

El problema de la prueba de la reciprocidad es sumamente complejo y no nos corresponde examinarlo aquí (184). Baste con dos ejemplos referidos a instituciones del Derecho español de extranjería, que han dado lugar a un abundante desarrollo jurisprudencial vinculado a la prueba del Derecho extranjero: la caución de arraigo en juicio y los arrendamientos urbanos. En cuanto a la primera, se trata de una excepción procesal seriamente afectada por los Convenios internacionales suscritos por España (185) y contraria a la libre prestación de servicios prevista por el Derecho comunitario (186), pero que sigue vigente en el Derecho internacional privado autónomo al disponer el artículo 534 que «si el demandante fuere extranjero, será también excepción dilatoria la del arraigo en juicio, en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiere a los españoles». Estamos, pues, ante una excepción que descansa en el criterio de la reciprocidad, toda vez que sólo cabe exigir la cau-

ción al demandante extranjero «en los casos y en la forma» que en el país de su nacionalidad se exige a los españoles. Dicha reciprocidad implica indagar si en el Derecho del país de la nacionalidad del demandante extranjero se da el mismo trato a los españoles. Tal indagación ofrece ciertas dificultades, pues debe comprobarse, en primer lugar, que allí se exige en las mismas materias y del mismo modo que se pretende en España. En segundo término, sólo cabe valorar la exigencia de caución en el país de la nacionalidad del demandante extranjero respecto de los nacionales españoles, no de los nacionales de terceros Estados, es decir, responde a una idea de retorsión (187). En tercer lugar, no basta comprobar la existencia de reciprocidad en el tenor de la ley extranjera, sino que es menester verificar que dicha reciprocidad es efectivamente aplicada en la práctica por los Tribunales extranjeros.

Dichos extremos han de ser probados por quien interpone la excepción de arraigo en juicio, es decir, por el demandado español. Esta exigencia no sólo es conforme a los principios generales del proceso civil, sino que es consecuencia del principio de interpretación restrictiva de las normas de extranjería (188). La necesidad de prueba de la reciprocidad por quien invoca la excepción, ha sido señalada por una abundante jurisprudencia (189), lo que ha movido a J. D. González Campos para poner de relieve la identidad de la solución respecto a las reglas aplicables a la prueba del Derecho extranjero por parte de quien lo invoca y esta identidad se extiende al régimen de los medios de prueba. En ambos casos, como se ha señalado, corresponde a la parte probar el contenido y aplicación al caso del Derecho extranjero, aunque la jurisprudencia admite una eventual intervención del juzgador en la investigación. Dicha identidad, empero, puede conducir a un resultado adverso como ha puesto de relieve el citado autor, pues facilita al demandado la exigencia de la caución.

## B) Arrendamientos urbanos

Semejante toma en consideración del Derecho extranjero se observa asimismo en la aplicación del principio de reciprocidad en otros sectores del Derecho de extranjería (también afectados por el art. 7 del T. C. E. E.), como en el de los arrendamientos urbanos por extranjeros, que ha sido una constante histórica y que ha dado lugar a una jurisprudencia abrumadora y a una literatura jurídica acaso excesiva en función de la enjundia del problema (190). Hasta fechas muy recientes, pues la nueva L. A. U. elimina este problema (191), el artículo 7 de la L. A. U. (192) de 1955 extendía los beneficios de la Ley «a los inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios extranjeros, siempre que éstos prueben la existencia del principio de reciprocidad en los países respectivos a favor de los inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios españoles». Ciertamente, esta exigencia de reciprocidad estaba suprimida por numerosos Convenios internacionales (193), pero seguía suscitando numerosos problemas, pues el precepto imponía inequívocamente la carga de la prueba al extranjero. La jurisprudencia mayoritaria afirma que no es suficiente la mera existencia de la reciprocidad, sino es preciso que la legislación extranjera que la afirma se apruebe ante el Juez español. Mas no existe una doctrina unánime en torno al contenido de la reciprocidad. En unos casos, se exige probar que la legislación y la jurisprudencia extranjera conceden a los españoles los mismos derechos y privilegios arrendatarios que a sus nacionales; pero recientemente se ha introducido una práctica más flexible, bastando en ocasiones certificaciones libradas por representantes diplomáticos, dictámenes de especialistas o incluso procedentes del organismo correspondiente del Ministerio de Justicia (194).

#### 4. Prueba de la nacionalidad extranjera

Capítulo aparte ofrece la aplicación del Derecho extranjero en materia de nacionalidad. En concreto, las autoridades judiciales o extrajudiciales españolas deben, en gran número de casos, proceder a aplicar determinada legislación extranjera en este ámbito. Esto ocurre, en los supuestos en que la nacionalidad extranjera venga determinada como punto de conexión de una norma de conflicto, o simplemente cuando la adquisición, atribución, pérdida, etc.. de una nacionalidad extranjera se erija como cuestión previa a la acción de nuestro propio Derecho material en materia de nacionalidad, como es el caso del artículo 24, 1.º, del Código civil que contempla como factor determinante de la pérdida de la nacionalidad española, la adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera (195).

Al margen de lo anterior, la aplicación del Derecho extranjero en materia de nacionalidad suscita, dentro del capítulo general de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso, una serie de cuestiones de interés. En base al carácter de mero hecho con que se aporta el Derecho extranjero en los diversos procedimientos, incluidas las normas sobre nacionalidad, se ha mantenido que el Juez o autoridad del foro no está obligado a reconocer la nacionalidad conferida por un legislador extranjero, sino que, al contrario, tiene el deber de examinar los hechos con el objeto de confrontar la nacionalidad de ture con la realidad sociológica y de no tener en cuenta, si se presenta el caso, más que una nacionalidad conforme a los hechos. Esta tesis, defendible a partir de los límites impuestos a la aplicación del Derecho extranjero por imperativos del Derecho internacional público, no puede sustentarse, empero, en la consideración a la inferior condición procesal de la ley extranjera. En cuanto extranjeras, en efecto, las normas sobre nacionalidad se aportan al procedimiento como mero hecho, haciendo decaer el principio *iura novit curia* y debiendo ser objeto de prueba; sin embargo, la nacionalidad como vínculo jurídico que ha de resultar determinado o probado a la luz de la ley extranjera, debe ser apreciada conforme a

la legislación positiva contenida en el Derecho extranjero, permaneciendo en manos de la autoridad o Juez del foro un mayor arbitrio y una más amplia flexibilidad en la interpretación de aquél en contraste con el Derecho interno, dada la diferente condición respectiva de hecho y Derecho con que ambos concurren en un determinado procedimiento (196). Cuestión distinta es que el Juez o autoridad del foro pueda eludir la determinación de la nacionalidad efectuada a partir del Derecho extranjero en base a los diversos límites y problemas que puede suscitar su aplicación, y en particular con motivo de un eventual fraude a la ley o de la acción del correctivo de orden público.

En conclusión, la obligación del Juez de contemplar en el fondo sólo una nacionalidad conforme a los hechos, no es un imperativo del carácter con el que se aporta al proceso el Derecho extranjero, toda vez que como elemento de hecho que debe resultar probado, la prueba ha de recaer sobre la existencia o ausencia de los vínculos jurídicos requeridos por el Derecho extranjero; la consideración sociológica de la nacionalidad es una consecuencia de la incidencia relevante de la jurisprudencia internacional, en cuanto fuente del Derecho internacional privado, autónoma y creadora a su vez de principios generales y costumbres internacionales. Con todo, la vaguedad y la escasez de este tipo de fuentes y el carácter normal, no exorbitante, de las distintas legislaciones internas en materia de nacionalidad, hacen precisa una valoración muy ponderada de tal límite, que, por otra parte, no opera en la práctica más que en casos de conflictos positivos de nacionalidades, es decir, en supuestos en que el interesado, generalmente, podría poseer otra nacionalidad.

## IX. COOPERACIÓN INTERNACIONAL ACERCA DE LA INFORMACIÓN SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO

### 1. El Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 junio 1968

Hasta ahora el protagonismo de la prueba del Derecho extranjero se ha movido en la dialéctica entre el Juez y las partes. No obstante, existe una nueva posibilidad, paralela a las anteriores y, sin duda, más eficaz. Se trata de acudir a los mecanismos de cooperación internacional existentes en la materia (197). En el seno del Consejo de Europa se inició una labor destinada a paliar las dificultades inherentes al conocimiento del Derecho extranjero, a través de la asistencia judicial internacional. Con esta finalidad, el Comité de Cooperación Jurídica preparó el Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, firmado en Londres el 7 junio 1968, al que se adhirió España en 1973 (198), incluso antes de ingresar en esta Organización internacional (el art. 18 facultaba a los Estados no miembros a adherirse al mismo), entrando en vigor el 20 febrero 1974, y hallándose en vigor, en la actualidad, entre casi treinta Estados.

El Convenio establece un sistema de auxilio judicial y de colaboración internacional en materia de información del Derecho extranjero a través de un ágil mecanismo: cada país designa un único órgano de recepción, que es el encargado de recibir las peticiones de los países extranjeros que solicitan información sobre su sistema jurídico. Una vez obtenida la respuesta, ésta se remite al correspondiente órgano de recepción del otro país, a través de los órganos de transmisión, que pueden ser varios o encomendarse su labor al propio órgano de recepción de cada Estado, como ocurre en España, en que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia constituye tanto el órgano de recepción como de transmisión a los efectos del Convenio.

El Estado requerido está obligado a responder salvo cuando sus intereses estuvieren afectados por el litigio con ocasión del cual hubiere sido formulada la petición, o cuando se estime que la respuesta pueda atentar a su soberanía o a su seguridad (art. 11). La respuesta, que deberá ser facilitada lo más rápidamente posible (art. 13), ha de estar basada en textos legales o en decisiones jurisprudenciales y, en determinadas ocasiones, será acompañada, además de los documentos complementarios que se consideren necesarios, de comentarios explicativos, etc. De esta forma, la autoridad judicial de un Estado puede obtener de otro Estado una respuesta concreta, imparcial y objetiva sobre la norma que pretenda conocer (art. 7). A. Pérez Voituriez ha estudiado la práctica del Convenio, que ha sido más bien escasa en lo que respecta a la obtención en España de información acerca de la ley extranjera, aunque desde 1985 se detecta una mayor maduración práctica. Desde la perspectiva inversa, han sido mucho más numerosas las solicitudes de información acerca de la ley española requeridas por los órganos extranjeros. Frente a una fase inicial de mera certificación de textos y vigencias de leyes, a partir de 1981 va desarrollándose progresivamente una práctica hacia un auténtico dictamen acerca de la ley española por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

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

## 2. La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979

A lo largo de copioso movimiento codificador generado en América, siempre ha existido una preocupación fundamental por desarrollar el ámbito de la cooperación en orden a facilitar la información sobre el Derecho extranjero (199). Uno de los hitos más importantes lo constituyeron los artículos 408 a 413 del denominado «Código Bustamente» de 1928, que fue adoptado por 15 Estados del continente, principalmente centroamericanos y del cual la doctrina ha elogiado su progresismo e, incluso, su mayor corrección que los modernos textos internacionales en la materia (200). En este marco multilateral, debemos referirnos, en segundo lugar, a la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979 (201), y de la que son parte, además de España, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se trata de un texto internacional elaborado en el seno de la C. I. D. I. P.–II que establece un sistema de cooperación internacional entre los Estados miembros para la obtención de los elementos probatorios e información acerca del Derecho de cada uno de éstos. Dichos elementos probatorios comprenderán «el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho» (art. 2) y se incorporan dentro de unos «medios idóneos» (art. 3) tales como: a) la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales; b) la prueba pericial, consistente en dictámenes de Abogados o expertos en la materia; y c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho.

Las solicitudes deberán contener una indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan y consignarán cada uno de los puntos a que se refiere la consulta, con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión. El idioma de la solicitud

será el del Estado requerido (art. 5). Esta podrá ser dirigida directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización. La autoridad central de cada Estado parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido (art. 7).

### 3. Consecuencias del régimen convencional

El régimen convencional ha tenido la virtud de derogar la normativa interna basada en el Decreto 1.530/1968, de 12 junio, que aprobó el Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia y que otorgaba al denominado Gabinete de Cooperación Jurídica Internacional competencia para certificar a los Tribunales y autoridades españolas el contenido y vigencia del Derecho extranjero. De la inoperancia de dicho Gabinete ha sido una muestra la práctica de los últimos años. Como ha puesto de relieve A. Pérez Voituriez, pese al material bibliográfico y legislativo adquirido por el Ministerio de Justicia acerca del Derecho comparado, su utilización ha dejado mucho que desear, pues no es a través de esta vía como puede procederse a una correcta indagación de las normas extranjeras. Las facilidades actuales de comunicación internacional y el nivel alcanzado por la cooperación internacional permiten el empleo de nuevas técnicas entre las cuales la informática deberá ocupar un lugar destacado.

Dentro de este contexto de cooperación y de extensión de las facilidades para el conocimiento del Derecho extranjero, debe tenerse en cuenta el Acuerdo hispano-mexicano de 1 diciembre 1984 para el intercambio de información sobre los respectivos ordenamientos jurídicos, que supone una nueva experiencia en la materia, aunque de limitado alcance, pues el propio texto convencional determina las áreas jurídicas objeto de la comunicación, y de no existir el correspondiente asesoramiento continuado, el intercambio de información se reduciría a un mero canje de publicaciones oficiales. Igualmente, tanto el artículo 10 del Convenio entre España y Checoslovaquia

sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 mayo de 1987, como los artículos 31 a 33 del Convenio entre España y Brasil sobre cooperación jurídica en materia civil de 13 abril 1989, contienen escuetas cláusulas en las que se prevé un intercambio de información acerca del Derecho extranjero; dada la proximidad en el tiempo de su ratificación, no es posible valorar por el momento las posibilidades y el funcionamiento de los mecanismos bilaterales de información previstos en dichos textos, máxime cuando su vigencia en el caso de Checoslovaquia ha quedado afectada por un fenómeno de sucesión de Estados.

## X. EL DERECHO EXTRANJERO ANTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y DE REVISIÓN

### 1. Recurso de casación

#### A) Antecedentes

Se trata de determinar si puede intervenir en casación el T. S., ante la posibilidad de que se cometan infracciones de preceptos no nacionales, en la resolución de los mismos problemas que se plantean cuando se trata de leyes propias. La solución tradicional a este problema, y dada la consideración procesal de la norma extranjera como cuestión de hecho, era acudir a la vía del número 7 del antiguo artículo 1.962 de la L. E. C. (202). Esta es la solución adoptada en las sentencias de 20 marzo y 20 mayo 1877 (203), 13 enero 1885, 9 enero 1911 (204), 30 junio 1962 (205), 10 diciembre 1965 (206), etc., afirmándose que la casación por violación de ley extranjera «aunque parezca en algún aspecto revolucionario, no es ni de imposible realización, ni traería ninguna perturbación a nuestra Administración de Justicia» (207). Y, de esta suerte se estimó factible el recurso de casación del número 1 del artículo 1962,

partiendo de la base de que la aplicación de la ley extranjera por el Tribunal español se efectúa cuando así lo declara nuestro propio Derecho (208).

Esta posición, mayoritaria en la doctrina tiene cierto apoyo jurisprudencial. Así, la sentencia de 3 mayo 1897 parece admitir a sensu contrario esta línea al afirmar que «las leyes francesas que se citan en el motivo 8.º del recurso, no pueden apreciarse en casación, conforme a lo declarado por este T. S., por no venir consignado su texto en la sentencia como punto especial de hecho» (209) y, con posterioridad, la sentencia de 4 junio 1964 (210) continuó con esta misma tónica (211). Por otra parte, esta tesis obligaba a plantear el recurso por el motivo 5.º del artículo 1.692 de la L. E. C, esto es, «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate», jurisprudencia seguida implícitamente en la sentencia del T. S. de 12 noviembre 1976 (212).

La especialidad del Derecho extranjero avalaba tanto una tesis como otra. En primer lugar, el Derecho extranjero siempre debe ser sometido a prueba, por lo que parecía más correcto el recurso al motivo 4.º del artículo 1.692 de la L. E. C. (213). Pero, por otra parte, es asimismo evidente que las normas jurídicas del Derecho extranjero son, a posteriori, directamente aplicables para resolver una situación jurídica concreta, como tales normas jurídicas, lo que nos llevaba al número 5 del artículo 1.692 de la L. E. C. (214). En suma, partiendo de que el recurso de casación por la defectuosa aplicación del Derecho extranjero era posible, se suscitaba un problema puramente práctico, en orden a articular el recurso en uno u otro motivo, o por ambos a un tiempo. Debe señalarse, sin embargo, que la sentencia del T. S. de 15 julio 1983, retornando a posiciones muy antiguas, afirmó que «no pueden ser motivo de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afecten a la uni-

formidad de nuestra jurisprudencia», extrayendo de esta idea que el T. S. no tiene como misión interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras (215). Esta decisión ha merecido justificadamente la severa crítica doctrinal (216), por olvidar que tras la aplicación del Derecho extranjero se ubican tanto las normas de conflicto del sistema español, de aplicación imperativa, como los principios de legalidad y seguridad jurídica, al margen de existir una jurisprudencia concreta acerca de la alegación, prueba y aplicación del Derecho extranjero. Acierta por tanto F. J. Garcimartín, cuando señala el valor relativo de esta decisión, referida exclusivamente al recurso de casación en interés de la Ley (217). Otro hito importante lo ofreció la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 11 mayo 1989 (218) al pronunciarse sobre la cuestión de la «revisibilidad» en casación de la aplicación del Derecho extranjero realizada por los Jueces de instancia; sin variar la doctrina tradicional en la materia, el T. S. entendió que debía estimarse el error cometido por la Sala de instancia en la aplicación del Derecho extranjero, juzgando y fallando de conformidad con el Derecho español. Dicha posibilidad de revisión, a juicio de M. Amores Conradi, supuso un «cambio sustancial» en orden a la revisibilidad, pues, pese a la aplicación de la *lex fori* por el T. S., en todo su razonamiento se encuentra una interpretación del Derecho extranjero (venezolano) aplicable; en su opinión, a partir de este fallo es factible resolver en casación, ante una cuestión de interpretación de normas, acerca de lo acontecido en instancia con la ley extranjera aplicada (219).

#### B) La solución tras la reforma de la L. E. C. de 1992

La reforma del artículo 1.692 de la L. E. C. en virtud de la Ley 10/1992, de 30 abril, obliga a plantear la cuestión en otros términos, toda vez que como indica su Exposición de Motivos

se eliminó toda posibilidad de invocar el motivo referente a la valoración de la prueba que se alegaba de manera indefectible en los recursos de casación sobre el fondo (220). Sin compartir por entero las críticas de cierto sector doctrinal, que considera que la Ley es un «mazazo asentado a la casación» (221), no cabe duda que ha supuesto una importante alteración a la doctrina tradicional mantenida por el T. S. En la actualidad, el motivo 3.º del artículo 1.692 de la L. E. C. (222) sólo ampara un recurso contra la negativa del Juez a recibir la prueba el Derecho extranjero presentada por las partes, o contra la introducción en el debate del Derecho extranjero por el Juez, sin posibilidad de defensa para las partes, e, incluso, en aquellos casos en que el Juez ha aportado el Derecho extranjero por conocimiento privado, sin que conste en autos una presencia siquiera mínima de su prueba o de las fuentes de conocimiento utilizadas. Pero ya no cabe recurso por error in procedendo fuera de los estrictos límites impuestos por el artículo 1.692, 3, de la L. E. C. En el resto de los casos, la defectuosa interpretación y aplicación del Derecho extranjero, o bien dará lugar al recurso de casación por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las cuestiones que fueren objeto de debate» (art. 1.692, 4, de la L. E. C), esto es, como error in iudicando, o bien no será posible en modo alguno (223). El tenor del propio precepto y la función que cumple el Derecho extranjero cuando es aplicado en base a una norma de conflicto española como razón y fundamentación jurídica del fallo, aconsejan extender el motivo 4.º del artículo 1.692 a la ley extranjera (224). Asimismo, se ha ofrecido como cauce de solución que las normas extranjeras reclamadas operen como «reglas de la sana crítica», que deben ser controladas por los Tribunales españoles, incluido el T. S. (225).

## 2. Recurso de revisión

La posibilidad de recurrir una sentencia firme en revisión, sobre la base de la recuperación posterior de documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia, o si la decisión se sustentaba en documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociere o declarare con posterioridad (art. 1.796 de la L. E. C), llevó a W. Goldschmidt a entender que los libros que contienen el Derecho extranjero podía merecer, en nuestro sistema, la consideración legal de «documentos» a los efectos del recurso de revisión (226). Sin embargo, como apuntó A. Mía jada de la Muela, «esta vía no ha sido seguida por ninguna legislación», y además, como se ha visto, no puede fundarse la prueba del Derecho extranjero en dichos documentos (227). Debe tenerse en cuenta, por lo demás, el carácter de *numerus clausus* del artículo 1.796 de la L. E. C. y que su ámbito de aplicación ha de realizarse con un criterio restrictivo (228).

# XI. APLICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO

## 1. Introducción

Como se ha puesto de relieve en las páginas anteriores, el sector característico de los problemas de aplicación del Derecho extranjero es el ámbito jurisdiccional. Dicho sector es el que cuenta con mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial. No obstante, la redacción del artículo 12, 6.º, del Código civil obliga a referirse a los problemas que dicha aplicación suscita

ante otras «autoridades» de carácter no judicial. Puede adelantarse, en términos generales que, en este marco, las soluciones no varían sustancialmente de las analizadas en los apartados anteriores, pero presentan algunas características propias dignas de ser destacadas (229). En efecto, el artículo 12, 6.º, del Código civil ha tomado en consideración la eventualidad de que el Derecho extranjero pueda ser aplicado extrajudicialmente. Así, dispone en su párrafo primero que la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español corresponde tanto a los Tribunales como a las «autoridades».

Sentado lo anterior, se impone una precisión previa a la hora de determinar qué se entiende por aplicación extrajudicial del Derecho extranjero. Dentro de esta noción, se incluye la aplicación del Derecho extranjero por parte de autoridades públicas que carecen de poder jurisdiccional, tales como Notarios, Registradores, Cónsules o Diplomáticos. También se refiere a la aplicación del Derecho extranjero por parte de los órganos que sí ejercen la función jurisdiccional, los Jueces o Tribunales, cuando no actúan en ejercicio de dicho poder, sino en funciones diversas. Así, el Juez Encargado del Registro civil no actúa, en los asuntos relacionados con tal Registro, en virtud de su poder jurisdiccional y en razón de su independencia, sino como órgano de la Administración (230) e, incluso, cabe incluir en este apartado el ejercicio de la denominada «jurisdicción voluntaria», si bien este último tipo de actos sigue, normalmente, los criterios de aplicación judicial del Derecho extranjero. En definitiva, la labor del Encargado del Registro Civil no consiste en una función jurisdiccional, ya que la nota que diferencia la jurisdicción de cualquier otra función de aplicación del Derecho es la irrevocabilidad de la decisión con que la jurisdicción se ejerce (231).

Las normas que rigen la aplicación judicial del Derecho extranjero deben ser utilizadas, subsidiariamente, en los supuestos de aplicación extrajudicial, en particular en lo que afecta a lo dispuesto en el artículo 12, 6.º, II, del Código civil. Dicho precepto parece estar pensado, únicamente, para la aplicación judicial, toda vez que se dirige al «juzgador», pero su tenor general lo hace extensible, con el fin de integrar eventuales lagunas, a su aplicación extrajudicial, máxime cuando el párrafo primero evoca tanto a los Tribunales como a cualesquiera otras autoridades. Con independencia de este criterio la práctica registral arroja una gran variedad de medios de averiguación peculiares, utilizados por las autoridades españolas con un talante más participativo y activo, con el fin de obtener información acerca del Derecho extranjero (232). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la aplicación judicial, cuando resulta imposible determinar el contenido del Derecho extranjero, la D. G. R. N. no aplica la ley española, sino que tiende a denegar, en el ámbito registral, la solicitud de inscripción, a lo que cabe añadir que algunos textos internacionales obligan a soluciones distintas frente a la imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero (233).

## 2. Encargados del Registro Civil

Según lo dispuesto en el artículo 12, 6.º, del Código civil, el Encargado del Registro Civil puede aplicar Derecho extranjero al igual que los funcionarios encargados del Registro Consular (234). Sin embargo, la aplicación del Derecho extranjero por dicho Encargado presenta un factor diferencial respecto a su aplicación por las autoridades judiciales. En caso de desconocimiento del Derecho extranjero por el Encargado, el testimonio de un Cónsul o Notario español será suficiente para determinar la adecuación de un hecho o de un documento al Dere-

cho extranjero en cuestión. Tal es el tenor del artículo 91 del R. R. C.: «La adecuación de un hecho o documento al Derecho extranjero no conocido por el Encargado se justificará por testimonio del Cónsul en España, del Cónsul de España en el país o de Notario español que conozca tal Derecho.» Es decir, si no es posible conocerlo por estos medios, habrá de acudir a la acreditación a través del testimonio de las autoridades consulares extranjeras en España. Resulta dudoso el carácter práctico de esta jerarquía, siendo cuestionable si es más sencillo acreditar o probar un Derecho extranjero por Cónsul extranjero en España que por Notario español. En cualquier caso, como regla general, el conocimiento del Derecho extranjero siempre será más exacto y riguroso por el funcionario extranjero.

Por otra parte, el artículo 38, 3.º, de la L. R. C. admite, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, la anotación, con valor simplemente informativo, del «hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la ley extranjera» (235). Con el fin de anotar el estado civil conforme a la ley extranjera, o de la existencia o inexistencia del hecho o resolución que les afecte, el artículo 152 del R. R. C. dispone que basta la aportación del «título público correspondiente», la «certificación o parte oficial del Registro extranjero, regular y auténtico» y, finalmente, si el hecho o situación no puede acreditarse mediante dicho Registro, «declaración oficial extranjera». La admisión de esta clase de títulos y de certificados no supone que la prueba del Derecho extranjero deba ser realizada en el momento de su presentación, sino que la utilización de los mismos se produce con carácter residual. Bien por no haber podido determinarse, previamente (en el momento de la inscripción del hecho que se ha presentado a conocimiento del Encargado del Registro: nacimiento, adopción, defunción, etc.), el Derecho extranjero aplicable, o bien porque resulte contrario a los rígidos principios registrales

españoles. Es decir, cuando se pretenda constituir o inscribir un hecho o acto que afecte a españoles según la ley extranjera, o que se refiera a extranjeros en España (aplicándose su ley personal) y no sea posible inscribir según tal ley extranjera, se permite entonces la anotación con carácter meramente informativo que, a todos los efectos, posee el carácter residual a que se ha hecho referencia.

### 3. Notarios

A) Aplicación directa del Derecho extranjero: el artículo 168, regla 4<sup>a</sup>, del R. N.

El Notario puede aplicar Derecho extranjero cuando otorga escritura pública que afecta a personas de distinta nacionalidad o califica actos celebrados en el extranjero. En tales supuestos se suscita el problema de aplicación de la ley nacional sobre capacidad (art. 9, 1.º, del Código civil), o de la ley del lugar de celebración a la forma (art. 11 del Código civil). A tal efecto, el artículo 168, regla 4.a, del R. N. (236) introduce tres normas específicas.

En primer término, confirma la posibilidad de que el Notario, a diferencia de lo que acontece con el Juez, apueda» aplicar la ley extranjera que rige la capacidad del otorgante basándose en su conocimiento propio; sólo si el Notario desconoce el contenido de la ley extranjera, ésta se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Si la escritura se otorga ante agentes diplomáticos o funcionarios consulares españoles en el extranjero, la ley personal del extranjero que no sea nacional del Estado en que dichos agentes se hallan acreditados, se probará mediante certificación expedida por el Cónsul o Diplomá-

tico del país a que el extranjero pertenezca (art. 15 del Anexo III del R. N.) (237). Como puede observarse con nitidez, el legislador optó, en su momento, por depositar más confianza en los conocimientos de los Notarios que en el de los Jueces, desde el momento en el que no se les permite a estos últimos una aplicación directa por propio conocimiento.

En segundo lugar, se prevé que, «cuando en la redacción de alguna escritura o acta el Notario tenga que calificar documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio» (238).

Por último, y en consonancia con la admisión por parte del artículo 10, 8.º, del Código civil de la denominada excepción del «interés nacional», si se trata de un extranjero incapaz según su ley nacional, pero la causa de la incapacidad no está reconocida en la legislación española, y no estamos ante un contrato relativo a inmuebles situados en el extranjero, la referida regla 4.a establece que «la capacidad de los extranjeros se calificará por el Notario con arreglo a la ley española» (239).

Ahora bien, hablar de aplicación de Derecho extranjero implica una serie de matizaciones sobre lo que significa «investigar» ese Derecho extranjero. Se trata de una operación sumamente compleja. Hay que saber cuál es su texto o contenido, su vigencia actual, el tiempo en que se produjo el hecho o el acto, o nacimiento del Derecho invocado, su sentido o interpretación, su traducción, etc. Por ello la referencia a la aplicación por parte del Notario, por su propio conocimiento, no debería significar que sea de aplicación inmediata en el caso de que conozca ese Derecho, sino que, por el contrario, deben requerirse unos mínimos medios de prueba (240).

En ocasiones la aplicación del Derecho extranjero depende de la naturaleza de la actuación notarial (241). Así, debe diferenciarse entre documentos e instrumentos públicos, con base en el acceso de los últimos al protocolo notarial y su autorización a instancia de parte, porque sólo éstos, y dentro de ellos las escrituras, presentan relevancia a nuestros fines. Frente a las actas notariales, limitadas a recoger hechos jurídicos, las escrituras públicas encierran auténticas declaraciones de voluntad y es, precisamente, en su redacción donde pueden plantearse, con mayor frecuencia, problemas de aplicación del Derecho extranjero.

El Notario, en el otorgamiento de una escritura, se ve obligado a calificar la aptitud de un otorgante extranjero o la regularidad formal de un acto realizado fuera de España enfrentándose, en último término, con un Derecho extranjero. Por contra, al no exigirse en la redacción de actas juicio de capacidad, en lógica concordancia con la ausencia de cualquier manifestación de voluntad, ni existiendo, normalmente, documentos realizados en el extranjero, no se suscitará en estas últimas dicho enfrentamiento.

B) La colaboración del Notario en la determinación del Derecho extranjero aplicable por otras autoridades nacionales y extranjeras: los testimonios de leyes del artículo 251, 3.º, del R. N.

La precisión de los documentos notariales susceptibles de incorporar una norma extranjera, se suscita en preceptos tales como los artículos 36 del R. H., 9 y 74 del R. R. M. y 91 del R. R. C, donde se permite que los problemas acerca del Derecho extranjero experimentados por el Registrador de la Propiedad, Mercantil y Encargado del Registro Civil, respectivamente,

sean suplidos, entre otros medios, por el informe del Notario que afirme conocerlo. En efecto, en los preceptos mencionados, bajo expresiones tales como «... podrá acreditarse (...) mediante aseveración o informe de un Notario...», «... aseveración de un Notario español que asegure conocer la ley nacional del compareciente...», «... certificado que acredite que tienen capacidad para contratar con sujeción a su ley personal, expedido por Cónsul o por Notario...», «... testimonio... de Notario español que conozca tal Derecho...» (242), se contempla la posibilidad de que cualquiera de los funcionarios afectados, desconocedores de una normativa extranjera, pero implicados en su aplicación, acudan al Notario más cercano, por lo general al que haya autorizado el documento que pretende inscribirse, con el fin de que este último le comunique el tenor de aquel Derecho (243).

Menester es, sin embargo, diferenciar entre la intervención de un Notario que ha participado, directamente, en un acto previo y ha tenido que informarse del Derecho extranjero para poder dar solución a un supuesto (escritura pública), y la de un Notario (ajeno al supuesto) que manifieste su conocimiento del Derecho extranjero en un asunto del que se ocupa otra autoridad y en el que dicho Notario no ha participado en ningún momento.

Curiosamente a lo largo del R. N. no existe una norma expresa en la materia que examinamos. La respuesta a esta cuestión puede fundarse, a nuestro juicio, en dos criterios de interpretación. De un lado, parece aconsejable acudir a los términos utilizados en los citados artículos: «aseveración», «informe», «certificado», «testimonio»..., cuyo significado gramatical y técnico dista mucho de ser equivalente (244). De otra parte, resulta relevante la referencia al artículo 251 del R. N., norma que entre las facultades que reconoce a los Notarios incorpora la de «expedir testimonios cuyo objeto sea acreditar en el ex-

tranjero la legislación vigente en España y el estatuto personal del requirente». Esto sí parece racional toda vez que el Notario español «conoce» el Derecho español y podrá colaborar de forma muy positiva con la autoridad extranjera. Sin embargo, no estaría de más bilateralizar el artículo 251 del R. N. y permitir que los Notarios extranjeros, incluso con preferencia sobre los españoles, pudieran informar en España sobre el contenido del Derecho extranjero. Se concedería así mayor seguridad a las actuaciones de nuestras autoridades en España y en el extranjero, ya que aplicarían de forma mucho más fidedigna el Derecho extranjero.

Además, debe tenerse en cuenta que existen dos tipos de documentos en la materia que nos ocupa: los que sirven para acreditar Derecho español en el extranjero (art. 251, 3.º, del R. N.) y los empleados para determinar Derecho extranjero en España (arts. 36 del R. H., 9 y 74 del R. R. M. y 91 del R. R. C).

En primer término, no puede sostenerse una diferencia formal entre ambos tipos de documentos sobre la base de un distinto nivel de seguridad y certeza. Pese a que el deber de los Notarios, en orden al conocimiento del Derecho, encuentra su frontera en el límite de nuestro ordenamiento jurídico, no puede deducirse de ello una mayor veracidad cuando informan acerca de su tenor frente a la incertidumbre que se presenta cuando se comunica un Derecho extranjero, pues si proceden en el último sentido lo harán animados por el conocimiento que ostenten o puedan procurarse de aquella norma. El recelo que inclina a concebir los certificados de leyes españolas como testimonios sobre datos conocidos y los vertidos sobre leyes extranjeras, para surtir efectos en España, a modo de conjeturas referidas a realidades parcialmente ignoradas, carece en gran medida de fundamento (245), siempre que las informaciones estén suficientemente acreditadas.

En segundo término, cuando el artículo 251, 3.º, del R. N. alude a los «testimonios de leyes», para surtir efectos en el extranjero, no hay motivos suficientes para limitarse a incluir dentro de ellos los que tienen por objeto el informe sobre Derecho español en el extranjero por cuanto tales informes son, asimismo, susceptibles de desempeñar análogo servicio respecto al «estatuto personal del requirente», sin que se especifique la nacionalidad que éste haya de ostentar. Y siendo la regla general en nuestro Derecho la sumisión del estatuto personal a la ley nacional del afectado, tales testimonios podrán ser vertidos tanto respecto de una ley extranjera como española. Cabe concluir que a falta de norma directa en el R. N., es en su artículo 251, 3.º, donde tiene cabida la facultad informadora del Notario acerca del Derecho extranjero, contemplada en otros cuerpos normativos (246). Indudablemente, esta construcción queda abierta a objeciones, nacidas en su mayoría de la propia dicción del precepto, mas es, en principio, sostenible. En cierto que éste no restringe el informe sobre el estatuto personal a los supuestos en que se rige por leyes españolas, pero no lo es menos que al enunciar su finalidad dice «acreditar en el extranjero». Parece lógico pensar que lo que se acredita fuera de España sea una ley española, pues no tiene sentido que nuestros Notarios puedan informar a autoridades extranjeras sobre normativa propia de estas últimas. También podría entenderse que con la expresión utilizada por el artículo 251, 3.º, no se contempla tanto la posibilidad de que el funcionario español determine en qué situación se encuentran los aspectos encuadrados en el estatuto personal de un individuo conforme a determinado Derecho material, lo que acarrearía la inexcusable necesidad de conocerlo, sino más bien que se limite a admitir la posibilidad de que el Notario español determine y comuniqué a una autoridad extranjera, cual será la ley aplicable al estatuto personal de un individuo, español o extranjero, con-

forme a nuestras leyes de conflicto, pues es suficientemente conocida la discrepancia existente entre el sistema del *common law* y el continental, en este punto concreto.

Ciertamente, es impensable que un Notario español informe a una autoridad extranjera acerca de su propio Derecho, pero no lo es en absoluto que comunique el mismo a un funcionario de un tercer Estado. A pesar de la interpretación amplia que se puede hacer del artículo 251, 3.º, del R. N., parece más adecuado que en vez de ser un Notario español en el extranjero el que comunique Derecho español o extranjero a un tercer país, lo haga la autoridad del Derecho extranjero a ese tercer país (247).

Situada, pues, la cuestión en torno a los «testimonios de leyes» contemplados en el artículo 251, 3.º, del R. N., deben tenerse en cuenta una serie de extremos.

En primer lugar, se trata de documentos públicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del R. N., pero no de instrumentos notariales por estar al margen del protocolo. Más cuestionable es su inclusión en el libro indicador, en concordancia con el artículo 283, 1.º, del R. N. (248), que le otorga carácter potestativo y lo condiciona al requerimiento del Notario o parte interesada. En este punto, parece más oportuna una opinión negativa de tal posibilidad (249) y en apoyo de esta tesis pueden argüirse tanto motivos basados en la dicción literal del R. N., como fundados en el significado de los términos empleados (250).

Por otra parte, la regulación de los «testimonios de leyes», pese a mantenerse en lo sustancial prácticamente inalterada a lo largo de las sucesivas reformas de la reglamentación registral, denota, sin embargo, un cambio de postura en el legislador, materializado en la disparidad terminológica utilizada (251). Tampoco existe una opinión unánime en la doctrina acerca de la forma que hayan de revestir los testimonios de

leyes, si bien puede apuntarse como denominador común, el rechazo mayoritario hacia la solución adoptada por el R. N. La opinión mayoritaria se inclina por la inclusión de tales documentos en la categoría de certificaciones o informes, y no en la de testimonios, por cuanto considera que en ellos el Notario actúa más como profesional del Derecho que como funcionario (252). Finalmente, no puede inducirse de la doctrina registral una posición semejante, pese a la utilización del término «certificado» o «certificación», cuando se trata de informaciones suministradas por Cónsules u otras autoridades diplomáticas (253), y el uso de las expresiones «aseveración» o «informe» en relación con los notarios (254).

Es más, existen ocasiones en que unos y otros vocablos son utilizados indiscriminadamente para referirse a ambos tipos de autoridades (255).

### C) Contenido de los documentos que incorporan una información sobre Derecho extranjero

Otro problema concerniente a la información sobre Derecho extranjero, en este caso de carácter sustancial por afectar al contenido de los documentos que la incorporan, es el que gira en torno a la determinación de su contenido. Podemos plantearnos si los instrumentos, sea cual fuere su denominación correcta, expedidos por Notarios y otras autoridades con el fin de dar a conocer una normativa ajena a nuestro sistema, han de consistir en una transcripción literal de la misma o, por el contrario, deben ir más lejos, incluyendo un juicio del funcionario interviniente que a la luz de aquellas leyes califica la regularidad formal de un acto realizado fuera de España o la capacidad de los comparecientes extranjeros (256). En principio no existen obstáculos para aceptar la existencia de una posición favorable a la inclusión literal de leyes en los documentos que incorporan una información acerca del Derecho extranjero (257). No obstante, es preciso reconocer que la generalidad de la doctrina parece apoyar, aunque con menor nitidez, un parecer contrario. De esta suerte, los instrumentos cuestionados han de contemplar una ley extranjera y un juicio pertinente del funcionario actuante (258). Si un Registrador de la Propiedad o un Encargado del Registro Civil solicita información acerca de un Derecho extranjero a un Notario, lo lógico es que el informe se extienda de forma literal. Y ello en función de que el Notario español no conoce con la misma precisión la ley extranjera como si se tratase de un Cónsul extranjero en España o de un Notario extranjero, los cuales sí estarían en condiciones de realizar una valoración global de dicha ley extranjera.

Cuestión diferente es la apreciación que sobre un caso concreto y sobre dicha ley extranjera realice un Notario español para determinar según su criterio personal conforme a dicha

ley si la persona en cuestión posee capacidad según ese Derecho extranjero. En ambos casos la importancia de la labor que se está desempeñando (información sobre un Derecho extranjero) implica que la aplicación de la norma no depende del simple conocimiento personal del Notario, sino que, por el contrario, deberá probarse la existencia y vigencia de la norma, tener en cuenta la interpretación que exista de esa ley a través de la jurisprudencia extranjera, e incluso resolver problemas de traducción que puedan plantearse.

Prácticamente idénticas son las conclusiones extraídas de la jurisprudencia registral, marcadamente ambigua en la materia. En contraposición con un escaso número de Resoluciones que de modo poco significativo hablan de acreditar leyes de otros países (259), la mayoría de las decisiones de la D. G. R. N. reconocen un contenido de mayor amplitud a aquellas certificaciones, pues en vez de referirse a «testimonios de leyes», utiliza términos tales como «necesidad de acreditar la capacidad y forma del acto conforme a las leyes de ...», «certificación que acredite si conforme a las leyes de su país tiene la capacidad legal necesaria», «el Cónsul de España certifica el cumplimiento de los requisitos procedentes con arreglo a la *lex loci actus...*» (260).

Por lo que se refiere a la dicción literal de los textos legales han de distinguirse varios supuestos. En primer lugar, debe hacerse referencia a los artículos 36 del R. H., 91 del R. R. C, 9 y 74 del R. R. M. (261), que unánimemente optan por incluir en el informe sobre el Derecho extranjero desconocido por el Registrador de la Propiedad, Encargado del Registro Civil y Registrador Mercantil, respectivamente, un juicio de adecuación al Derecho en cada caso aplicable, efectuado por la autoridad que los expide (Notario, Cónsul español o autoridad diplomática extranjera). En la misma dirección parece inclinarse la regulación del ejercicio de la fe pública por los agentes di-

plomáticos y consulares de España en el extranjero, ya que el R. N. en sus sucesivas redacciones utiliza en estos eventos la expresión «la capacidad legal... se justificará».

El conflicto se plantea en otros dos supuestos contemplados en este último cuerpo legal. Se trata, de un lado, de los certificados de vigencia de leyes del artículo 251 del R. N. y, de otro, de la intervención de los Notarios españoles en documentos otorgados por extranjeros en España o por españoles fuera de nuestro país, recogida en el artículo 168, regla 4.a, del R. N. En estos dos casos, la confusión parece abonada por las modificaciones introducidas en tales normas como consecuencia de las sucesivas reformas de esta normativa a lo largo de la historia. Los testimonios de vigencia de leyes, como indica su propia denominación, parecen limitarse a recoger el texto de la norma pertinente o, a lo sumo, alguna información acerca de su tiempo de aplicación, sin precisar ninguna otra intervención personal del funcionario interviniente. Este era el sentido de los artículos 256, 2.º, del R. N. de 9 abril 1917 y 327 del de 7 noviembre 1921. Mas, a partir de 1935, y en las versiones posteriores, se incluyen en el artículo 251, junto a aquéllos, los testimonios dirigidos a acreditar el estatuto personal del requirente. Ante tales datos, y teniendo en cuenta que en las primeras redacciones únicamente se contemplaban los certificados de leyes españolas, mientras que en las últimas, y según ya tuvimos ocasión de afirmar, se incluyen también informes sobre Derecho extranjero destinados a producir efectos en España, puede adelantarse la siguiente conclusión: en tanto los Notarios españoles que informan en el extranjero acerca del contenido de una de nuestras leyes, pueden optar entre enviar su sola transcripción literal o acompañar aquélla de un juicio valorativo sobre la capacidad en el caso concreto, cuando quieran informar a otras autoridades españolas con respecto a una norma extranjera, deben cubrir siempre esta última exigencia.

En el segundo supuesto, otorgamiento por extranjeros de documentos ante Notario español y calificación por éstos de escrituras expedidas en el extranjero, la reforma del R. N. de 8 junio 1984 supuso un cambio, al menos en apariencia importante. Tras la publicación del Real Decreto 1.209/1984, de 8 junio, que modifica determinados artículos del R. N., se suprimió el inciso referente al sometimiento de la capacidad a la ley personal del afectado, como lo exigía la bilateralización del artículo 9, 1.º, del Código civil. Tras su redacción de 1974 resulta que lo que ha de acreditarse en caso de ignorancia del Notario es «la capacidad legal de los extranjeros», y no la ley nacional de éstos, aplicable a dicha capacidad. Si el Notario está conociendo de un asunto, le bastará con determinar la capacidad. Sin embargo, si se trata de informar a otra autoridad, sobre la capacidad en un asunto del que no está conociendo, no debe buscar la capacidad, sino limitarse a aportar el Derecho extranjero y si quiere una valoración del mismo, para que sea la autoridad que esté conociendo del asunto (Encargado del Registro Civil, del Registro Mercantil o del Registro de la Propiedad), la que decida si la persona es capaz según ese Derecho.

En definitiva, cabe afirmar que la extensión sobre la información del Derecho extranjero depende de la autoridad que informa. Cuando la información sobre Derecho extranjero ha sido realizada por autoridades pertenecientes al país de origen de la norma o por otros funcionarios españoles que están familiarizados con ese Derecho (Cónsul español en dicho país), la valoración que emitan resulta a todas luces adecuada. Cuando el servicio de información es desempeñado por un agente español, el abandono del proceso calificadorio a la autoridad extranjera que informó acerca de su Derecho puede acarrear ciertos peligros, toda vez que pueden quedar afectadas instituciones propias del Derecho internacional privado, como el reen-

vío o el orden público (262). Lo que ocurre es que semejantes problemas aparecen obviados si dejamos en manos del funcionario español, encargado en último término de aplicar el Derecho, la facultad de revisar la legalidad del juicio emitido por el colaborador extranjero. Para ello resulta imprescindible atribuir un doble contenido a los debatidos informes de leyes. Por un lado, han de incluir la aludida valoración de la autoridad informadora pero, además, con perfecta claridad y totalmente separadas para evitar malentendidos, deben plasmar la norma aplicada, con el fin de permitir la definitiva comprobación del funcionario español.

#### 4. Registradores de la Propiedad

##### A) El artículo 36 del R. H. y los problemas en presencia

La aplicación del Derecho extranjero por parte de los Registradores de la Propiedad, se regula en la Ley y en el Reglamento Hipotecario. En concreto, el R. H. de 6 agosto 1915 en el artículo 47 tras determinar las condiciones que debían reunir los documentos otorgados en territorio extranjero para su eficacia en España, indicaba una serie de instrumentos que podían utilizarse en la verificación de su cumplimiento (263). Esta norma pasa a integrarse en el artículo 36 del R. H. vigente, cuya redacción fue reformada por el Real Decreto 2.556/1977, de 27 agosto (264), a cuyo tenor,

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

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

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

Se trata de un precepto de extraordinaria complejidad que, en la materia que nos ocupa que ofrece tres bloques de problemas principales: en primer término, la precisión del tipo de actividades que ejerce el Registrador en relación con un Derecho extranjero (B); en segundo lugar, la determinación de cuáles son los documentos que, pese a su origen extranjero tienen acceso a los Registros españoles (C); en tercer lugar, la diversidad de situaciones que pueden originar la aplicación del Derecho extranjero por dichos funcionarios, tanto por propio conocimiento (D) como en colaboración con otras autoridades (E); por último, la eventual responsabilidad del Registrador en el conjunto de operaciones a las que tal aplicación puede dar lugar (F).

## B) Ámbito general de actuación

Al igual que la normativa correspondiente a las restantes autoridades extrajudiciales, el artículo 36 del R. H. no contempla la participación del Encargado del Registro de la Propiedad en la prueba de un Derecho extranjero al margen de los supuestos que esté conociendo en el ejercicio de su función. Ello, como es obvio, obedece a la disparidad funcional de unas y otras autoridades. Frente al «deber» de informar que recae sobre todos los Notarios, no existe una obligación equivalente del Registrador. Este último se limita a «calificar» la legalidad de los documentos inscribibles intentando por todos los medios disponibles aplicar el Derecho extranjero al caso concreto. Otra cosa es que se permita solicitar de los Registradores de la Propiedad información sobre Derecho extranjero, posibilidad que no aparece contemplada en ninguna norma.

En principio, es factible considerar que si a los Notarios y Encargados del Registro Civil se les permite informar sobre el Derecho extranjero, igual facultad podría admitirse en el caso de los Registradores de la Propiedad. No obstante, la facultad de expedir documentos públicos corresponde, exclusivamente, a los Notarios por lo que es evidente que los Registradores nunca podrán otorgar instrumentos que, revistiendo tal carácter, incorporen una norma extranjera. Como pusiera de relieve la Resolución de la D. G. R. N. de 12 mayo 1992, «no es cometido del Registrador determinar cuál es en nuestro ordenamiento jurídico la figura más cercana a una institución de Derecho extranjero que no tiene el deber de conocer (vid. arts. 12, 6.º, del Código civil y 36 del R. H.)»; antes al contrario, «debe limitarse a calificar la validez del acto inscribible al objeto de acceder al asiento pretendido» (265). Se trata de un razonamiento no excesivamente acertado desde el momento en el que

a los propios Encargados del Registro Civil sí se les permite tales facultades. No debe olvidarse que los principios inspiradores de la función calificadora y registral de los Registros Civil y de la Propiedad son los mismos (266). En ambos existen criterios similares de delimitación, fundándose básicamente en los títulos que son presentados ante los respectivos Registros: en la determinación de la capacidad de los otorgantes y declarantes, en la comprobación de la validez de documentos, resoluciones y sentencias que se aporten para la inscripción. Baste señalar a este respecto la opinión de la propia D. G. R. N. cuando afirma que los Registradores están facultados para apreciar tanto las formas extrínsecas como intrínsecas que puedan afectar a las obligaciones o derechos contenidos en las mismas (267).

Por consiguiente, no existen obstáculos suficientes para impedir, de forma absoluta, el ejercicio de las funciones informadoras a otras autoridades por parte de los Registradores de la propiedad. En función del carácter de *numeras apertus* con que aparece redactado el artículo 1.215 del Código civil (268), referido a los medios de prueba, no pueden, en principio, excluirse los informes procedentes de los Registradores; tanto más, sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva, y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24 de la C. E.). El precepto del Código civil se refiere a «instrumentos», y si poseen esa cualidad las fotocopias de normas extranjeras o los dictámenes emitidos por juristas nacionales o extranjeros, no existe razón para que sean privados de tal naturaleza los que eventualmente expidan los Encargados del Registro de la Propiedad.

Existe, sin embargo, un supuesto específico en que, pese a no contar con respaldo legal, es factible e incluso oportuna una participación de los Registradores en el sentido indicado. Nos referimos a aquellas ocasiones en que determinados actos han

de ser inscritos en varios Registros. En estos supuestos el funcionario que haya practicado la inscripción en primer lugar, y, por consiguiente, haya realizado la calificación del acto, podrá auxiliar al Registrador a quien corresponda hacerlo a continuación (269).

### C) Documentos extranjeros con acceso al Registro

El segundo bloque de problemas lo conforma la inscripción de documentos caracterizados por poseer una nota de extranjería. Esta puede venir originada bien porque la escritura haya sido expedida fuera de España, bien porque realizada en nuestro país, alguno de los otorgantes sea de nacionalidad extranjera. En ambos casos, la tarea calificatoria vendrá presidida por las normas de Derecho internacional privado, de imperativa aplicación por nuestras autoridades (art. 12, 6.º, I, del Código civil). Y, como es lógico, en estos dos supuestos siempre habrá una remisión al Derecho extranjero, tanto por aplicación del artículo 11, 1.º, del Código civil, en el primer caso, como por la del artículo 9, 1.º, en el segundo. Por consiguiente, serán aquellas materias de forma y de capacidad las que con mayor frecuencia situarán al Registrador de la Propiedad ante la necesidad de aplicar leyes extranjeras. Téngase en cuenta que éste no se limita a controlar la legalidad de los elementos personales y formales del acto inscribible, sino que también ha de proceder en la misma forma en relación con sus aspectos sustanciales, pudiendo plantearse en este momento la remisión a un Derecho extranjero. Por ejemplo, cuando se trate de inscribir bienes procedentes de una sucesión hereditaria, la legalidad de la misma aparecerá condicionada por el artículo 9, 8.º, del Código civil. Puede afirmarse así que si bien son las materias de capacidad y forma las que plantean con mayor frecuencia la necesidad de aplicar un Derecho extranjero, pueden suscitarse cuestiones parecidas en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Los documentos que contienen un elemento extranjero aparecen le-galmente configurados con base en una doble perspectiva: la formal-sustancial, atinente al contenido de los mismos, y la estricto-

tamente formal, referida a la apariencia externa que deben presentar. En orden al primer aspecto debe señalarse una solución idéntica para los documentos expedidos en España en que uno, al menos, de los otorgantes sea extranjero, y los expedidos en el extranjero cualquiera que sea la nacionalidad de los otorgantes. Ello es así, porque si bien el artículo 4 de la L. H. se remite al artículo 2 de la misma, únicamente para determinar los títulos «otorgados en país extranjero» inscribibles en los Registros españoles, el artículo 2, al contemplar los documentos inscribibles otorgados en España no hace distinciones por razón de la nacionalidad de los otorgantes. En definitiva, procede afirmar que en función de su contenido serán inscribibles en el Registro de la Propiedad español los mismos títulos que podrían serlo si no presentasen un elemento extranjero.

Desde la perspectiva de la forma que han de revestir estos documentos, es menester distinguir entre los expedidos en el extranjero y los otorgados en nuestro país cuando uno al menos de los interesados sea extranjero.

a) Documentos expedidos en el extranjero: Están directamente afectados por la especificación formulada en el artículo 3 de la L. H. (escritura pública, ejecutoria o documento auténtico) al estar comprendidos en el artículo 2, a que aquél se refiere. Los primeros parecen gozar, en principio, de igual trato, sin embargo, habrán de ser tenidas en cuenta determinadas circunstancias susceptibles de engendrar peculiaridades formales. Como se ha señalado, el reconocimiento legal de los mismos se encuentra en el artículo 4 de la L. H. que, pese a no mencionar expresamente el artículo 3 de este cuerpo legal, habrá de ser tomado en consideración por ser complemento del artículo 2, al que sí alude. Teniendo en cuenta que la forma de los actos se rige por la regla *locus regit actum* (art. 11, 1.º, del Código civil, 600 de la L. E. C. y 36 del R. H.) (270), habrán de ser admitidos aquellos documentos que pese a no cubrir estrictamente alguna de las formalidades previstas en nuestras leyes, sí cumplan las establecidas en el ordenamiento correspondiente al país donde se hayan otorgado. Cabe hacer, sin embargo, una matización referida a la disparidad entre la ley extranjera y la española en cuan-

to a los aspectos formales del título; dicha disparidad no puede ser de tal naturaleza que ponga en peligro el objetivo que dichas solemnidades persiguen. La exigencia de una forma cualificada a los documentos que pretendan acceder a un Registro, se justifica por el hecho de estar explícitamente recogidos. La inscripción de documentos expedidos en el extranjero ante Cónsules españoles se asemeja a la de títulos otorgados en España, y la inscripción de documentos expedidos en España por funcionarios diplomáticos extranjeros, será equiparada al de títulos otorgados en el extranjero.

b) Documentos expedidos en España: Se trata de un sector más conflictivo, pues nos encontramos ante una situación de vacío legal. Como se ha indicado, aun cuando las materias que con mayor frecuencia pueden plantear dificultades por la aplicación de un Derecho extranjero son las de forma y capacidad, no son las únicas. Así, es perfectamente posible que dos individuos, españoles en el momento de comparecer ante el Registrador, poseyeran una nacionalidad distinta en un tiempo anterior, planteándosele a éste la necesidad de dar entrada a un Derecho extranjero, por ejemplo, en materia de capitulaciones matrimoniales. Lo mismo puede afirmarse de la inscripción de bienes procedentes de una sucesión hereditaria en que el causante fuese extranjero y los herederos españoles, o la de bienes procedentes de un contrato celebrado por españoles en el extranjero, elevado posteriormente a escritura pública en nuestro país.

D) Aplicación del Derecho extranjero por propio conocimiento. La calificación como apoyo del principio «*iura novit curia*»

El principio *iura novit curia* que preside la actuación de las autoridades españolas y el consecuente límite que necesariamente le acompaña (circunscripción al Derecho español) resulta enteramente aplicable a la figura que estudiamos. El Registrador de la Propiedad se encuentra obligado a conocer y apli-

car sus propias leyes, pero dicho deber decae, aparentemente», cuando entra en juego un Derecho extranjero. La doctrina considera, mayoritariamente, que no hay obligación de aplicar el Derecho extranjero, sino simple facultad. En este mismo sentido, las Resoluciones emanadas de la D. G. R. N., aun siendo escasas en esta materia, son extraordinariamente claras (271). Esta facultad de aplicar el Derecho extranjero por propio conocimiento se reconoce al Registrador tanto por las leyes como por la jurisprudencia (272). No obstante, cabe indicar que, hasta cierto punto, no queda aclarada la cuestión en torno a si es posible hablar de una obligación de aplicar el Derecho extranjero por este tipo de autoridades registrales. En la función registral no debe olvidarse una cuestión de suma importancia: la calificación. Sobre esta última giran todas las actuaciones y principios registrales. La calificación se realiza para alcanzar y dar cumplimiento a los principios de legalidad y veracidad registral (273). De esta suerte, si no hubiese una obligación tácita de los Registradores y Encargados del Registro de aplicar de oficio la ley extranjera, cuando efectivamente sepan que ha de ser aplicada, se estarían vulnerando dichos principios registrales. Se inscribirían cuestiones que no se corresponden con la realidad, ya que la diferencia de aplicar o no un Derecho extranjero influye decisivamente en el resultado: inscribir o no inscribir, dependiendo de la capacidad de la persona.

Resulta cuestionable, sin embargo, el grado de familiaridad que el Registrador haya de tener con el Derecho extranjero para que sea aceptada la aplicación de oficio. El artículo 36 de la R. H. se limita a indicar «si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate». La cuestión estriba en saber qué ha de entenderse por «conocimiento suficiente». Por descontado no bastará una simple noticia del ordenamiento jurídico en cuestión, sino que se exigirá un conocimiento específico del aspecto sometido a calificación. En principio, y en

tanto el asunto no suscite contienda, corresponde al propio Registrador enjuiciar la idoneidad de su conocimiento. Cosa distinta será que recurrida la decisión del Encargado del Registro, admitiendo o denegando la inscripción, recaiga sobre la D. G. R. N. la resolución definitiva de este punto.

Una vez; realizada la calificación del hecho inscribible al amparo del conocimiento del Derecho extranjero que por su propio conocimiento ostente el funcionario autorizante, la legislación registral impone la mención expresa de dicha circunstancia. Sin duda, la intencionalidad de semejante disposición no resulta ajena a un cierto grado de desconfianza. Pues en caso contrario no tendría sentido alguno el inciso último del artículo 36 del R. H. que, precisamente, hace patente la incertidumbre de dicho conocimiento. Un dato concluyente de tal actitud lo ofrece la omisión de la formalidad comentada cuando la ignorancia del Registrador acerca del contenido de leyes extranjeras motive la presentación de otros medios de prueba, con base en el mayor índice de seguridad que genera la intervención de otras autoridades.

#### E) Aplicación del Derecho extranjero mediante informes procedentes de otras autoridades

La actuación del Registrador de la Propiedad en supuestos de tráfico externo se circunscribe a la intervención *ex officio*, en tanto que la genérica aplicación de la ley extranjera reclamada por nuestras normas de conflicto reviste carácter imperativo. La ausencia de las circunstancias que posibilitan la conducta primeramente indicada, impone la búsqueda de los instrumentos idóneos para cumplir con el deber referido en último término. Esto es, el Registrador de la Propiedad, que en el proceso

calificatorio se encuentra abocado hacia una ley extranjera, se siente obligado a aplicarla. Si la conociere no precisará ningún otro medio de prueba, mas su ignorancia no le exime de tal carga. Por consiguiente, serán precisos unos instrumentos adicionales que suplan la intervención individual, o la completen en los casos de conocimiento insuficiente. En concordancia con esta idea de base, el artículo 36 del R. H. contempla una serie de informes sobre leyes extranjeras que facilitan la labor del Registrador en estos supuestos.

a) Determinación de los medios probatorios del Derecho extranjero en la intervención registral. Comparando los textos de las normas que han jalonado históricamente esta materia, hasta la actual redacción del artículo 36 del R. H. (274) podemos afirmar la existencia de una unificación de los medios de prueba, al margen del lugar de procedencia de los títulos aportados y, al lado de ello, una extensión de los medios indagatorios en el último texto reglamentario. En efecto, en tanto el Reglamento de 1915 y la redacción originaria del de 1947 señalaban instrumentos probatorios diversos, según se tratase de la inscripción de documentos otorgados en el extranjero o en nuestro país, el nuevo artículo 36 pone fin a la distinción, alargando, simultáneamente, la enumeración de auxilios. En principio, la observancia de los requisitos de capacidad y forma en los títulos originados fuera de España podía «acreditarse mediante certificado del Cónsul español de carrera en el respectivo territorio», mientras que la capacidad civil de los extranjeros que otorgasen en territorio español documentos inscribibles, podía ser acreditada «mediante certificación del Cónsul general de su país en España». La coincidencia entre el lugar de emisión del documento y el origen de la autoridad que certifica, no parece sea mero fruto del azar, sino que más bien pudiera encontrar sus raíces en una transposición de los planos temporal y espacial. Partiendo de que la aptitud del otorgante y las formalidades del acto han de valorarse en el instante de la suscripción y no en el posterior del acceso al Registro, debe reconocerse la mejor situación para conocer el Derecho aplicable en un momento concreto por parte del funcionario ubicado en el país en que tal proceso tuvo lugar. No obstante, esta postura, irreprochable cuando el

problema debatido sea puramente externo o, referido a capacidad, afecte a nacionales del Estado de emisión, resulta inadecuada cuando incida sobre la aptitud legal de los otorgantes españoles en el extranjero, pues no ha de olvidarse que ésta se regirá, en todo caso, por la ley nacional del afectado. Bien entendido, que señalada la inutilidad de semejante diversificación, no la catalogamos de elemento generador de situaciones confusas, pues el doble vínculo que liga a los Agentes diplomáticos –personal con su país de origen y temporal con el Estado de acogida– posibilitan la familiaridad respecto de ambos ordenamientos.

El artículo 36 del R. H. impone una triple reforma, que genera tanto la amplitud de medios probatorios como la unificación de supuestos. Lo primero se alcanza, por un lado, con la cita de las «aseveracio(nes) o informe(s) de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable»; y por otro, mediante la apertura de la lista transcrita, que resulta de la expresión «entre otros medios». De suerte que, aparte de incrementar el tipo de autoridades pertenecientes al cuerpo diplomático (en la redacción inicial únicamente se hablaba de Cónsules), incluye otras ajenas al mismo, y la ya clásica dialéctica entre el carácter exhaustivo o meramente indicador de la relación citada se resuelve definitivamente en favor del último, más acorde con la redacción del artículo 12, 6.º, del Código civil. La uniformidad es el resultado de la remisión que el último inciso del párrafo segundo de la disposición reglamentaria analizada efectúa a la catalogación de instrumentos anteriormente descrita. Resulta, pues, que «por los mismos medios (los establecidos para los títulos emitidos fuera de España) podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles».

b) Determinación de la carga de la prueba. Como se ha señalado la ignorancia absoluta o el conocimiento incompleto del Derecho extranjero por el Registrador de la Propiedad, no supone un obstáculo insalvable al cumplimiento de sus funciones. Antes bien, se fijan una serie de procedimientos probatorios que le auxilian en la

mediación. Determinados los instrumentos, resta precisar sobre cuál de los sujetos implicados –otorgantes o Encargado de Registro– recae la obligación de aportarlos. La solución al problema corre al margen del R. H., pues tanto el artículo 36 de la redacción actual como los preceptos concordantes de 1915 y 1947, emplean fórmulas impersonales, que eluden un pronunciamiento definitivo. Se dice «podrán acreditarse», «podrá ser acreditada»... Parece oportuno acudir, por consiguiente, a las reglas generales sobre prueba del Derecho extranjero. En este sentido, la respuesta del artículo 12, 6.º, del Código civil, aplicable según vimos a la intervención registral, parece configurarlos como medios probatorios compartidos. Si bien hace recaer la carga de la prueba, con carácter exclusivo, sobre el particular que solicita su aplicación, faculta a la autoridad actuante para que utilice cualesquiera instrumentos que considere oportunos. Con base en dicha afirmación, los informes contemplados en el artículo 36 del R. H. pueden utilizarse indistintamente por los particulares o por el Registrador, pero los primeros deberán hacerlo inexcusablemente si quieren que las disposiciones extranjeras alegadas entren en juego. Es cierto que el artículo 12, 6.º, II, del Código civil, al facultar la averiguación del oficial público, se refiere únicamente al «juzgador», y a tal fin pone a su alcance las diligencias para mejor proveer, reguladas en el artículo 340 de la L. E. C. Pero ni estas últimas están reservadas al poder judicial (275), ni dicho párrafo segundo puede extraerse del marco que le da sentido, debiendo estar presente en estos momentos la alusión a «Tribunales y autoridades» con que se inicia el precepto debatido. En suma, no existe razón alguna para impedir a los funcionarios extrajudiciales el desempeño de una labor investigadora que le está atribuida al Juez.

c) Calificación de suficiencia de los informes probatorios. Paralelamente a la valoración del conocimiento que posea el Registrador de la Propiedad que aplica ex officio el Derecho extranjero, corresponde apreciar ahora la idoneidad de los documentos que le auxilian en los supuestos de ignorancia de leyes extranjeras. En principio, la solución será idéntica a la que se ha defendido en los supuestos de

aplicación por propio conocimiento. El Encargado del Registro de la Propiedad no se halla vinculado por el testimonio de las autoridades informantes, sino que, a falta de excepción legal expresa, regirá, en este punto, la libertad de apreciación de pruebas. Impugnada la resolución del Registrador, favorable o contraria a la inscripción, coresponderá a la D. G. R. N. decidir al asunto con carácter definitivo. Este organismo que valorará la aptitud de los medios probatorios aceptados por el funcionario pudiendo, en caso de insuficiencia, solicitar nuevos instrumentos.

d) Determinación de los requisitos que ponen en marcha la aplicación del Derecho extranjero. El R. H. mantiene la separación tajante, ya analizada, entre inscripción de documentos otorgados fuera de España y en nuestro país. La primera consecuencia de la regulación divergente de dichas situaciones la encontramos en el silencio que los sucesivos textos reglamentarios guardan respecto de las condiciones que hayan de cubrir los títulos otorgados por extranjeros en España para ser inscritos en uno de nuestros Registros de la Propiedad. Tanto los R. H. de 1915 y 1947, como la reforma de 1977, comienzan fijando los requisitos exigidos «a los documentos otorgados en territorio extranjero», los dos primeros con una enumeración pormenorizada, y el último mediante una remisión genérica a las normas de Derecho internacional privado. Sin entrar a valorar la causa que provoca, puede afirmarse que la incorporación a un Registro es una consecuencia más de la eficacia en España de un acto con elemento extranjero (bien por su lugar de origen o por la nacionalidad de los participantes). Existiría una remisión implícita a los requisitos exigibles con carácter general para la validez de los mismos; pero si ello es así, lo absurdo, por inútil, es la indicación expresa en los supuestos de emisión en el extranjero.

Consecuencia de lo anterior, en el R. H. se señalan distintos aspectos a calificar de conformidad con un Derecho extranjero, según el lugar de procedencia del título. Si son documentos otorgados en el extranjero, los testimonios de las autoridades informantes o el propio conocimiento del Registrador, recaerán sobre la aptitud y capacidad legal de los comparecientes y respecto de las formas y

solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos y contratos. Por contra, los expedidos en España únicamente podrán versar sobre la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. Ello parece congruente, por cuanto, rigiendo el principio *locus regit actum*, es obvio que los surgidos en nuestro país se regularán por la ley española en los aspectos formales, y ésta es de obligatorio conocimiento por el Encargado del Registro. No obstante, puede presentarse la salvedad del artículo 11, 2.º, del Código civil, que remite a la ley aplicable al contenido en materia de forma, y pudiera tratarse perfectamente de un Derecho extranjero que, conocido o no por el Registrador, debe aplicarlo, aunque no esté recogido en el artículo 36 del R. H. Más dudosos son los motivos que generan la distinción entre «aptitud y capacidad legal» de los otorgantes en el extranjero, frente a la «capacidad civil» de los comparecientes extranjeros en España.

e) Vinculación del Registrador por el informe del Notario. La inscripción registral presupone la comparecencia del titular de un derecho ante el Notario, quien redactará la escritura que accederá en su momento al Registro de la Propiedad. Por tanto, la fiscalización de los requisitos de fondo y forma concurrentes en aquélla, se realizará repetidamente, primero por el fedatario público y, posteriormente, por el Registrador. El problema que se plantea aquí es el de si este último se encontrará vinculado por la apreciación que sobre el Derecho extranjero haya realizado su predecesor, ya sea por su propio conocimiento o mediante la aportación de informes, o, por el contrario, gozará de libertad valorativa.

Las razones apuntadas con anterioridad se inclinan hacia la independencia del Encargado del Registro, tanto en la apreciación de los medios probatorios presentados en instancias anteriores, como en las manifestaciones de ciencia que, sobre el Derecho extranjero, hubieran formulado otros funcionarios. Por lo demás, esta valoración está confirmada por la jurisprudencia registral y por la doctrina mayoritaria (276).

Dicha independencia, que es indubitada en los supuestos de aplicación *ex officio* del Derecho extranjero, puede predicarse igualmente cuando el conocimiento notarial proceda de informes emitidos por autoridades diplomáticas españolas o extranjeras. El Encargado del Registro de la Propiedad no se limita a fiscalizar los elementos que hubieran podido escapar al examen del fedatario público, sino que ha de valorar los analizados previamente por éste. Y ello sólo puede tener cabida en un sistema que excluya el carácter vinculante de las afirmaciones realizadas por la autoridad que interviene en el primer momento. Fijada esta regla en términos absolutos (como lo demuestra el alcance de la calificación diseñado por los arts. 18, 19, 65, 99 y 100 de la L. H. y 98 a 100 y 106 del R. H.), y reconocido de forma introvertida para las relaciones de tráfico interno, no hay razón que exceptúe su aplicación a los supuestos con elemento extranjero. Debiera ser en estos casos donde actuase con mayor fuerza, por el incremento que en los mismos experimentan las posibilidades de error.

f) Posibilidad de consulta a la D. G. R. N. Se trata de precisar si el Registrador de la Propiedad comprometido en la aplicación de un Derecho extranjero puede, en caso de duda, acudir a la D. G. R. N. en solicitud de auxilio. Las opiniones vertidas en torno al problema por parte de la doctrina y la jurisprudencia registral se muestran reacias a la admisión de tal posibilidad (277). Por lo demás, el R. N. (art. 313), al determinar las funciones de la D. G. R. N. y del Ministerio de Justicia, circunscribe la obligación de consejo de información a las dudas suscitadas como consecuencia de la aplicación de la Ley, del Reglamento y de sus disposiciones complementarias. Pero es que, además, de forma más contundente, la L. H. (art. 273) restringe la solicitud de consejo a las materias o cuestiones no sujetas a su calificación.

Pese a estos argumentos contrarios es indudable que podría haber resultado de utilidad la extensión de las funciones asesoras atribuidas a la D. G. R. N. Y ello porque, de un lado, siendo un organismo colegiado, goza de mayores medios, humanos y técnicos, en orden a alcanzar el conocimiento de un Derecho extranjero que una institu-

ción unipersonal, como es el Registrador de la Propiedad. Y, de otro lado, porque la posibilidad de eludir el deber de calificar que, como apuntaba la doctrina más autorizada, pudiera derivarse de la consulta, desaparecería adoptando las pertinentes medidas de garantía (plazos, niveles mínimos de dificultad, avance de la valoración, inmutabilidad de la responsabilidad, etc.).

#### F) Responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el proceso de aplicación del Derecho extranjero

El artículo 18 de la L. H. afirma que: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.» En consecuencia, la valoración de los elementos integrantes de los títulos inscribibles engendra la responsabilidad del funcionario que la efectúa. Es menester, por tanto, determinar el alcance de la referida responsabilidad en los supuestos donde la aparición de un elemento de extraneidad suscita presencia de leyes extranjeras en el proceso calificadorio.

El artículo 36 del R. H. contempla únicamente la responsabilidad del Encargado del Registro en los supuestos de aplicación por propia ciencia de Derechos extraños, al decir: «El registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate...» (278). Se trata de determinar ahora si, a partir de la regulación citada, existe una eventual responsabilidad del Registrado cuando la calificación que otorgue conforme a normas extranjeras se apoye en informes procedentes de autoridades diplomáticas o notariales (279). En principio, cabe afirmar dicha responsabilidad en ambos supuestos. Tratándose de aplicación *ex officio*, esta carga no sólo viene expresamente impuesta por el artículo 36 del R. H., sino que existiría incluso aun en caso de omisión de esta norma, en base a la inclusión del presente caso dentro de la referida disposición general del artí-

culo 18 de la L. H. En efecto, este último precepto no establece distinción alguna y la mención explícita que realiza trae consigo una extensión de la responsabilidad, pues, de lo contrario, habría que considerarlo superfluo. Por consiguiente, el Encargado del Registro de la Propiedad cuando califica un documento aplicando Derecho extranjero, responde a la veracidad de sus juicios conforme al artículo 18 de la L. H., pero si además la calificación se funda en el solo conocimiento que dicho funcionario posea de la indicada normativa, también será responsable de la exactitud de ese conocimiento, de igual forma que la ley aplicada fuera la española. Ello es así, por cuanto si bien no está obligado a saber el contenido de un Derecho extranjero, por lo que su ignorancia no puede serle imputable, cuando utiliza la facultad indicada en el último párrafo del artículo 36 del R. H., aparece de forma automática la responsabilidad que la exoneración legal había dejado hibernada.

Asimismo, las situaciones en que la valoración de los datos calificables a la luz de un Derecho extranjero se realiza mediante la aportación de informes procedentes de otras autoridades, también engendran la responsabilidad del Registrador, por encontrarse dentro del mandato del referido artículo 18 de la L. H., pero esta responsabilidad es distinta. El Encargado del Registro será garante de la veracidad de los juicios calificatorios, pero cabe estimar que esta responsabilidad no se extiende a la exactitud de las afirmaciones sobre el Derecho aplicado, siempre que haya obrado con la debida diligencia en la solicitud de información. Lo contrario equivale a impugnar el principio de que sólo se responde de los actos propios. Se trataría, por tanto, en estos supuestos, de una responsabilidad compartida entre el Registrador y la autoridad que aportó el testimonio. Es menester, no obstante, matizar la responsabilidad de los funcionarios intervinientes, pues aunque deba impedirse una actuación precipitada o imprudente, tampoco pueden imponerse excesivos obstáculos cuyo único efecto sería la desaparición de la aplicación *ex officio* del Derecho extranjero.

## NOTAS

(2) Cfr. L. Díez-Picazo y A. Gullón, Sistema de Derecho civil, vol. I, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1984, pág. 173.

(3) Vid. L. Díez-Picazo, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Barcelona, Ariel, 1973, págs. 208 y ss.

(4) Una visión general de los problemas generales de aplicación de las normas de Derecho internacional privado, que ha influido decisivamente en la doctrina española de la década de los ochenta, se encuentra en J. D. González Campos, Curso de Derecho internacional privado, Oviedo/Madrid, 1982, págs. 167 y ss.

(5) Cfr. M. Aguilar Navarro, Derecho internacional privado, vol. I, t. 11, Madrid, S. P.F.D.U.C.M., 1969, pág. 197.

(6) La presencia de esos correctivos conduce, necesariamente, a otorgar una «especial intensidad» al ámbito de la *lex fori*, al planificar la solución jurídica del tráfico externo (cfr. E. Pérez Vera, «El Derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario», en Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Sela Sampil, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1970, pág. 930); esta intensidad adquiere en nuestro sistema una especial relevancia, pues el empleo de los correctivos citados es tan frecuente que, en la práctica, la aplicación del Derecho extranjero resulta la excepción a la regla. Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, «Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español», en R. E. D. I., vol. XX, 1967, págs. 217-246.

(7) Cfr. M. Medina Ortega, «Brainerd Currie y la Ley del foro», en R. E. D. I., volumen XIX, 1966, pág. 47.

(8) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, «Nacionalismo e internacionalismo en Derecho internacional privado español: Algunas reflexiones», en Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Sela Sampil, vol. II, Oviedo, Servicio Publicaciones Universidad, 1970, pág. 812.

(9) A juicio de A. Pérez Voituriez, la reforma de 1974 no constituye «la adaptación normativa de la práctica jurisprudencial existente», sino una adaptación deficiente de criterios propios del Derecho comparado (cfr. «Técnicas actuales de información», loc. cit., página 422).

(10) Vid. las consideraciones al respecto de M. Aguilar Benítez de Lugo, «La cooperación internacional como objetivo del Derecho internacional privado», en Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz, 1991, Bilbao, Serv. Publ. Univ. del País Vasco, 1992, págs. 198-199.

(11) Vid. E. Pérez Vera, «El Derecho del foro ante el método de atribución...», loc. cit., págs. 917-931; E. Vitta, «Il principio dell' eguaglianza tra lex fori e diritto straniero (con

particolare riguardo al sistema italiano de diritto internazionale privato)», en Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, págs. 1578–1665; W. Wengler, «Les conflits de lois et le principe d'égalité», en Rev. crit. dr. int. pr., 1963, págs. 205 y ss.; id., «The General Principles of Private International Law», en R. des C, t. 126 (1969–1), págs. 424 y ss.; P. Gannage, «L'égalité du traitement...», loc. cit., págs. 205 y ss.

(12) El cambio de rumbo del régimen político español que encuentra en la C. E. de 1978 su máxima expresión y que se ha traducido en una mayor presencia en la comunidad internacional deberá, necesariamente, modificar la situación anterior; sólo así nuestro sistema puede ser coherente con el tenor del preámbulo de nuestra Norma fundamental, cuando expresa que la Nación española proclama su voluntad de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

(13) Cfr. J. M<sup>a</sup> Espinar Vicente, «Constitución, desarrollo legislativo y Derecho internacional privado», en R. E. D. I., vol. XXXVIII, 1986, págs. 109–134.

(14) En torno al denominado «conflicto de civilizaciones», vid. J. Déprez, «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques», en R. des C, t. 211 (1988–IV), págs. 9–372; J. C. Fernández Rozas, «Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo», en Anuario I.H. L. A.D.I., vol. 8, 1987, págs. 49–74; P. Gannagé, «La coexistence des droits confessionnels et des droits laicisés dans les relations privées internationales en R de S t 164 (1979–III) págs. 347–423; P. Mercier Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation, Ginebra Droz, 1972; M. Taverne, Le droit familial maghrebin (Algerie–Maroc–Tunisie) et son application en Belgique, Bruselas, Larcier, 1981; F. J. Zamora Cabot, «El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», en R. D. P., 1982, págs. 111–124.

(15) Así se puso de manifiesto en el caso resuelto por el Tribunal de Grande Instance d'Orleans en sentencia de 17 mayo 1984. La jurisprudencia española no ha ofrecido hasta el momento una práctica significativa, aunque cabe referirse a la Resolución de la D.G.R. N. de 18 septiembre 1971 (cfr. J. D. González Campos, en M. Aguilar Navarro, Derecho civil internacional, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, S. P. F. D. U. C. M., 1975, págs. 264–265). Debe retenerse, por otra parte, que no hace muy pocos años se ha llegado a sostener desde la perspectiva francesa que una emigración procedente de Bélgica, de Italia o de Alemania no suscitaba ningún problema en orden al eventual conflicto de civilizaciones, pero que la situación era muy distinta cuando ésta procedía de países tales como Polonia, España, Yugoslavia o Portugal, toda vez que dichos Estados contaban con una «culture partiellement différenciée» (cfr. C. Labrusse, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», en Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1975–1977), París, C. N. R. S., 1979, págs. 111–114). Que esta posición se registre en el ámbito doctrinal puede, si no justificarse, al menos comprenderse en razón de una ideología que en modo alguno compartimos.

(16) Vid., una valoración crítica de este análisis doctrinal en J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, Curso de Derecho internacional privado, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 1993, págs. 464–465.

(17) A este respecto, el artículo 13 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, de 18 diciembre 1987, establece que la designación de un Derecho extranjero efectuada por dicha ley «comprende todas las disposiciones que sean aplicables al litigio, de conformidad con ese Derecho».

(18) Cfr. M. K. Yaseen, «Les problémes relatifs...», loc. cit., págs. 508 y ss.

(19) «Porque al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate» [sent. del T. S. (Sala 1ª), de 5 noviembre 1971, en C. L. J. C, núm. 520].

(20) Así, si se trata de determinar la propiedad de un bien situado en Francia, el artículo 10, 1.º, obliga a consultar las disposiciones que en el Derecho francés rigen, con carácter general, la propiedad de dicho bien. Pero si, al contrario, la cuestión es determinar la eficacia en España de un Decreto-Ley o disposición, en virtud de la cual se expropiaron o nacionalizan bienes determinados, la resolución de la propiedad de dicho bien no pasa por la aplicación de la ley francesa, a la sazón el Decreto-Ley de expropiación, sino por el reconocimiento de la eficacia en España de un acto público que, contenido en una disposición con fuerza de ley, decide acerca de la propiedad de un bien concreto, perteneciente a un sujeto concreto. Las disposiciones legales no generales, que presentan un carácter decisivo, esto es, que se agotan con su promulgación, plantan comúnmente problemas de reconocimiento y no de Derecho aplicable, por lo que no resultan aplicadas las normas de conflicto.

(21) Vid. J. C. Fernández Rozas, «La reforma del Título Preliminar del Código civil y el sistema español de aplicación judicial del Derecho extranjero», loc. cit.

(22) Cfr. J. Mª Castán VAzquez, «Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil», en Documentación Jurídica, 1974, pág. 1146, y las fuentes allí citadas.

(23) Vid. el texto del proyecto en J. Garde Castillo, «Los problemas del recurso de casación en Derecho internacional privado», en R. E. D. I., vol. IV, 1951, págs. 915-916.

(24) Textos y Materiales, op. cit., págs. 50-53.

(25) Boletín Oficial de las Cortes Españolas, 25 octubre 1966.

(26) Cortes Españolas, Comisión de Justicia, Proyecto de Ley: Bases para la modificación preliminar del Código civil. Enmiendas, pág. 63.

(27) Cortes Españolas, Comisión de Justicia, Informe de la Ponencia. Proyecto de Ley: De Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil, págs. 1 y ss.

(28) Boletín Oficial de las Cortes Españolas, Comisión de Justicia, Ap. núm. 93, pág. 13.

(29) *Ibíd.*, pág. 21. Contrasta el rigor de la referida enmienda con la contestación a la misma realizada por el Sr. Escriba de Romaní, que refleja un profundo desconocimiento

del tema. Según este procurador: «Pensar que los jueces van a aplicar, como si fuese Derecho español, como si fuese norma española, en bloque, la totalidad de los ordenamientos extranjeros, realmente, aunque sea muy atractivo –y quizá existirá un futuro en el que habrá de hacerlo así–, no parece llegado el momento ahora de introducir esta norma tan atractiva, pero de aplicación ciertamente muy difícil, que constituiría un verdadero callejón sin salida para los jueces españoles.» (Ibíd., pág. 23).

(30) B. O. E. de 21 marzo 1973.

(31) Vid. las Actas del Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 diciembre 1973.

(32) Es ilustrativa, a este respecto, la solución adoptada por el artículo 23 del Código civil portugués de 1966. Vid. Textos y Materiales, op. cit., pág. 199, y las observaciones de B. Ancel, «La connaissance de la loi étrangère...», loc. cit., págs. 87–95.

(33) M. de Ángulo, «El Derecho extranjero y su tratamiento procesal...», loc. cit., páginas 974–975.

(34) E. Serrano Alonso, «Aproximación al nuevo Título Preliminar del Código civil», en Anexo al Boletín del II. Col. de Abogados de Oviedo, núm. 8, 1974, pág. 29. Se entiende en dicho Dictamen que «el apartado judicial y administrativo de un Estado moderno no debe contar con los medios, entre ellos el recurso a los peritos y la cooperación interadministrativa, para conocer y mejor utilizar las normas extranjeras», y este hecho se fundamenta en criterios de Derecho comparado, jurisprudenciales y doctrinales. Es consciente el Consejo de Estado de que un artículo del Título Preliminar del Código civil no debe introducir novedades radicales susceptibles de trastocar el sistema procesal español. Sin embargo, considera que «... debe distinguirse claramente entre la aplicación de la norma de conflicto y su consecuencia jurídica, la aplicación de la ley extranjera reclamada. La primera debe serlo de oficio por el juez, puesto que se trata claramente de una norma imperativa, y para ello bastará la constatación de las conexiones en los autos procesales. En cuanto a la seguida, si no es realista desde ningún punto de vista propugnar su aplicación de oficio, tampoco puede permitirse que la alegación y prueba de la ley extranjera se convierta en un cauce abierto para el fraude, como este Consejo ha puesto de relieve recientemente (dictamen núm. 38.701)». De otra parte, por lo que respecta a la intervención del Juez en la aplicación del Derecho extranjero, «... el Consejo insiste en que, además de corresponder al juzgador constatar las conexiones y aplicar de oficio la ley conflictual, se le debe autorizar, aunque no imponer, la búsqueda del contenido de la ley extranjera declarada aplicable. Aun cuando por supuesto que el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes por cualquiera de los sistemas reconocidos en el Derecho vigente (arts. 578 de la L. E. C. y 1.215 del C. c), la interpretación doctrinal de la prueba como intento de conseguir el convencimiento psicológico del Juez y la aceptación jurisprudencial de la libre apreciación de la prueba, a través de la figura de su «apreciación conjunta», serviría de base para obtener una solución satisfactoria en el sentido apuntado. El instrumento idóneo para ello serían las diligencias para mejor proveer, perfectamente encajadas dentro de las tesis tradicionales del T. S.».

(35) B. O. E. de 20 julio 1974.

(36) Vid. A. Flessner, «Fakultatives Kollisionsrecht», en *Rabels Z.*, vol. 34, 1970, páginas 547–584; F. Sturm, «Facultatives Kollisionrecht: Notwendigkeit und Grenzen», en *Festschrift für K. Zweigert*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1981, págs. 329–351; K. Zweigert. «Zur Armut des Internationalen Privatrecht an Sozialen Werten», en *Rabels Z.*, vol. 37, 1973, págs. 434–452.

(37) El asunto «Bisbal», resuelto por el Tribunal de Casación francés, es un ejemplo ya clásico de esta última alternativa: su sentencia de 12 mayo 1959, rechazó un recurso contra una decisión por la cual una separación entre cónyuges de nacionalidad española se convertía en un divorcio conforme a la ley francesa. La esposa alegaba la indebida aplicación de oficio de la ley extranjera (ley española), aplicable a tenor de la norma de conflicto francesa por entonces vigente. La ley española prohibía a la sazón el divorcio vincular. El Tribunal francés afirmó que «las normas de conflicto francesas, al menos en cuanto determinen la aplicación de la ley extranjera, no tienen carácter de orden público, en el sentido de que compete a las partes reclamar su aplicación, no pudiendo reprocharse a los jueces de fondo el hecho de no haber aplicado de oficio la ley extranjera, efectuando, en tal caso, una llamada a la ley interna francesa que tiene vocación para regir todas las relaciones de Derecho privado» (Rev. crit. dr. int. pr., 1960, págs. 62 y ss., y nota de H. Batiffol; Journ. dr. int., 1960, págs. 810 y ss., y nota de Sialelli; B. Ancel e Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2ª ed., París, Sirey, 1992, págs. 262 y ss.).

(38) Cfr. J. D. González Campos, en el colectivo *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, U. N. E. D., 1988, págs. 102–107.

(39) Cfr. J. de Yanguas Messía, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Reus, 1971, págs. 391–393.

(40) Es de señalar que la propia jurisprudencia francesa ha modulado en los últimos años la doctrina sentada en el caso «Bisbal». Precisamente, el divorcio de dos españoles dio lugar a la sentencia de la Cour de Cassation de 25 mayo 1987 («Mme. B. M. c. M.»). Se trataba, en este supuesto, de la demanda de divorcio de una española domiciliada en Francia y de un español domiciliado en España, desestimada por la Cour d'appel en aplicación de la legislación francesa. La Cour de Cassation procede a casar dicha decisión, afirmando que el Juez competente «no podía abstenerse de aplicar la ley española, incluso aunque ésta no hubiese sido alegada por la demandante y sólo hubiese sido invocada por el demandado con el fin de evitar una demanda fundada por el demandado con el fin de evitar una demanda fundada en el Derecho francés». La revisión de la jurisprudencia «Bisbal» implícita en esta decisión ha sido continuada por otras de la Cour de Cassation (sentencias de 11 y 18 octubre 1988), como se ha encargado de poner de manifiesto Y. Lequette, («L'abandon de la jurisprudence Bisbal...», loc. cit., págs. 277–339).

(41) Esta interpretación es asimismo clara en su aplicación jurisprudencial. En la sentencia del T. S. de 6 junio 1969 («V. I. Rutanen c. L. Bayer de Rutanen»), se resolvió un caso referente a la separación matrimonial instada ante nuestros Tribunales por dos cónyuges finlandeses, residentes en España, que pretendían acogerse a la ley española, sin invocar su ley nacional común, a la sazón la ley finlandesa, aplicable conforme al artículo 9 del Código civil vigente en la fecha. El T. S. consideró «que siendo los litigantes extranjeros y tratándose en el pleito de la separación de unos cónyuges que dicen contrajeron matrimo-

nio en su país, en armonía con lo dispuesto en los artículos 9 y 14 del Código civil, para resolver el problema planteado ha de aplicarse el estatuto personal de los litigantes, ley del país de los mismos con arreglo a la cual se hubo de contraer matrimonio y han de regularse todos sus efectos, sin que tal estatuto sea renunciante, puesto que, según los principios del Derecho internacional privado, el artículo 9 del Código civil y la jurisprudencia, en los pleitos en que se ventilen cuestiones familiares o que afecten al estado de las personas, ha de aplicarse la legislación del país de los litigantes y lo que es preceptivo u obligatorio está fuera de la voluntad de renunciarlo; por ella los litigantes no pueden acogerse a la legislación española para la separación intestada».

(42) Cfr. F. J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflicto...*, op. cit., págs. 53–58.

(43) Así, en un supuesto de contrato de opción de compra de maquinaria contemplado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 31 julio 1991, el demandante eludió la aplicación del Derecho francés al que remitía el artículo 10, 5.º, del Código civil, basando sus pretensiones en el Derecho español. Esta ausencia de alegación y, posteriormente de prueba, condujo a la Audiencia Provincial a desestimar la demanda, con el consiguiente desprecio a la imperatividad de la norma de conflicto predicada en el artículo 12, 6.º, I, del Código civil. Vid. las certeras críticas a esta solución de J. Carrascosa González en R. E. D. I., 1992–83–Pr., págs. 668–669.

(44) Cfr. A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, Atlas, 1972, pág. 415. En relación con el Derecho internacional privado alemán, vid. A. Flessner, «Fakultatives Kollisionsrecht», loc. cit., págs. 547–584 (con sumario en inglés).

(45) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, «¿Alegación del Derecho extranjero por las partes...?», loc. cit., pág. 598.

(46) Cfr. M. Serra Domínguez, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1969, pág. 359.

(47) Vid., inter alia, M. Giuliano, «Le traitement du droit étranger...», loc. cit., págs. 5–32; I. Zajtay, «Le traitement de droit étranger...», loc. cit., págs. 233–301; S. L. Sass, «Foreign Law in Civil Litigation...», loc. cit., págs. 332–371; en relación con la doctrina española, vid. E. Pecourt García, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado...», loc. cit., págs. 900 y ss. Igualmente, a título introductorio, resulta necesaria la consulta del trabajo de P. Kalensky, «Quelques remarques a l'essence de l'application du droit étranger», en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna*, Madrid, C. S. I. C., 1968, págs. 552–568.

(48) Cfr. W. Goldschmidt, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1935, págs. 67–72.

(49) Vid. J. Beale, *A Treatise on the Conflict of Law*, Nueva York, Baker, Voorhis & Co., 1935, págs. 1663 y ss., y sobre el debate doctrinal: P. Wigny, *Essai sur le droit international privé américain*, Lieja, G. Thone, 1931, págs. 163 y ss.; B. Hanotiau, *Le droit international privé américain*, París, L. G. D. J., 1979, págs. 7 y ss.; H. Muir-Watt, «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, págs. 425–455.

(50) Cfr. H. Battifol y P. Lagarde, *Droit international privé*, 8ª ed., vol. I, París, L. G. D. J., 1993, pág. 529.

(51) R. Ago, «Regles générales des conflits de lois», en *R. des C.*, t. 58 (1936–IV), páginas 302 y ss.

(52) Así, la sentencia del Tribunal de Casación de Italia de 16 febrero 1966, considera «nacionalizado» al Derecho extranjero a través de su incorporación al Derecho reclamante (*Dir. int.*, 1966, pág. 408).

(53) Baste retener lo dispuesto en el artículo 293 de la Ordenanza procesal civil alemana. Vid. H. Dolle, «Bemerkung zu par. 293 Z. P. O.», en *Festschrift Nikisch*, Tubinga, 1958, págs. 186 y ss.

(54) Aunque por vía indirecta, como en los artículos 3 y 4 de la Ley federal austriaca sobre Derecho internacional privado, de 15 junio 1978; estos últimos preceptos distinguen entre «aplicación» y «determinación» del Derecho extranjero. Este último se aplica «de oficio y de igual manera que en su ámbito originario de validez» y se determina también de oficio, admitiéndose «una serie de medios de colaboración de los interesados». Asimismo, el artículo 16 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, de 18 diciembre 1987 establece que el contenido del Derecho extranjero debe establecerse de oficio, pudiéndose requerir la colaboración de las partes.

(55) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 257 y ss. Vid., desde una perspectiva más general al margen del sistema español, el trabajo de H. Dolle, «De l'application du droit étranger...», loc. cit., págs. 233–249.

(56) M. de Ángulo, loc. cit., y *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*. Granada, Gráficas del Sur, 1974, págs. 56–57.

(57) *C. L. J. C.*, 1966, núm. 261, y nota de J. D. González Campos, en *R. E. D. I.* vol. XX, 1967, págs. 307 y ss.

(58) *Col. Leg.*, t. 59, 1886, pág. 59; *Col. Leg.*, t. 212, 1934, págs. 459 y ss.; *C. L. J. C.* junio 1969, págs. 105 y ss.; *C. L. J. C.*, nov–dic. 1971, págs. 37 y ss.

(59) M. de Ángulo, loc. cit., y op. cit.

(60) *R. D. P.*, 1941, págs. 39 y ss., con nota de F. Bonet Ramón; *R. C. D. I.* núm. 152, 1941, págs. 20–24.

(61) Cfr. M. de la Plaza, *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 181. «*R. A. J.*, 1962, núm. 3322.

(63) *R. A. J.*, 1964, núm. 3496.

(64) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 251 y ss.

(65) Como ha puesto de relieve F. J. Garcimartín, «no encaja en el artículo 24 de la C. E., que, declarada la competencia judicial de nuestros Tribunales para resolver el litigio, por un lado sea preceptivo resolver el fondo del litigio conforme a un Derecho extranjero (art. 12.6, párrafo 1) y, por otro, se puede rechazar esa solución sobre el fondo del litigio porque se ignore la norma jurídica relevante para resolverlo» (cfr. Sobre la norma de conflicto..., op. cit., pág. 68).

(66) I. C. L. Q., vol. 1, 1952, pág. 247.

(67) Cfr. Ph. C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956. págs. 27 y ss.

(68) Cfr. G. van Hecke. *Annuaire de VI. D. I.*, vol. 63, I, 1989, pág. 257.

(69) Cfr. S. Szászy, «Private International Law in Socialist Countries», en *R. des C.*, t. 111 (1964-1), págs. 235 y ss.

(70) *R. E. D. I.*, 1990-90-Pr y nota de N. Bouza Vidal.

(71) Cfr. J. M. Bischoff, *La compétence du droit française dans le règlement des conflits de lois*, París, 1959, y H. Batiffol y P. Lagarde, op. cit., págs. 436 y ss.

(72) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, págs. 62 y ss., con nota de H. Batiffol.

(73) Cfr. Ehrenzweiz, *Private International Law*, I, 2ª ed., Leyden, Sijthoff-Oceana, 1972, págs. 103-104.

(74) Un ejemplo de ello es la sentencia del T. S. de 29 septiembre 1961 («R. Eschua Melamed c. S. Carmona Licketenstein»), en *C. L. J. C.*, septiembre 1961, págs. 330 y ss., y nota de E. Pecourt García, en *R. E. D. I.*, vol. XVI, 1963, págs. 611-615.

(75) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 253-254.

(76) Artículo 23, 2.º, del Código civil portugués de 1966; artículo 7 de la Ley sobre Derecho internacional privado de Polonia; artículo 16, 2.º, de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado de 1987, etc.

(77) Cfr. P. Gannagé, «L'égalité de traitement...», loc. cit., pág. 232.

(78) *R. A. J.*, 1994, núm. 2167.

(79) Cfr. H. Batiffol, *Annuaire de l'I. D. I.*, vol. 63, I, 1989, pág. 244.

(80) Concretamente, F. Vischer entiende que la aplicación con carácter subsidiario de la *lex fori* no es factible en los supuestos de estado civil si no existe un vínculo suficiente de dicha ley con la persona o con la situación (*ibid.*, pág. 274).

(81) Cfr. F. J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflicto...*, op. cit., págs. 71-74.

(82) Por ejemplo, la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 13 marzo 1973 afirmó tajantemente que la prueba de la ley extranjera no puede ser sustituida «por el certificado de una supuesta Legación Real de Rumanía en España, que carece de toda legalización» (C. L. J. C, marzo, núm. 124, y notas de E. Pecourt, en A. D. I., vol. II, 1975, páginas 591 y ss.; de J. C. Fernández Rozas, en R. E. D. I., vol. XXIX, 1976, págs. 188 y ss.)

(83) Cfr. E. Bartín, *Principes de Droit International privé selon la loi et la jurisprudence française*, I, París, Ed. Domat Montchrestien, 1930, núm. 32. Esta tesis –muy en boga en los años veinte y de la que es máximo representante B. Tranchtenberg (vid. la prolífica producción de este autor en la materia en sus múltiples notas en la *Rev. crit. dr. int. pr.* publicadas a finales de los años veinte y principios de los treinta y en sus trabajos en el *Répertoire Lapradelle–Niboyet*)– fue desechada en Francia a partir de 1933, en virtud de la aplicación del principio de efectividad en materia de reconocimiento de Gobiernos. Una buena muestra sería la sentencia del Tribunal de Gran Instancia del Sena de 12 enero 1966 («Stroganoff–Scherbatoff c. Bensimon»), que afirmó expresamente que «... le défaut de reconnaissance d'un gouvernement étranger ne peut entraîner a méconnaissance par les tribunaux français des lois de droit privé, édictées par ce gouvernement antérieurement á sa reconnaissance, pour le territoire sur lequel il exerçait en fait incontestablement sa souveraineté» (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, págs. 120 y ss., y nota de Y. Loussouarn; *Semaine Juridique J.C.P.*, 1967, II, 15266, y nota de J. M. Bischoff).

(84) Los Tribunales británicos siguen una actitud ligada a la actuación del ejecutivo (vid. J. C. Fernández Rozas, nota a la sentencia del T. S. de 12 marzo 1973, en R. E. D. J., vol. XXIX, 1976, págs. 191 y ss.), siendo ilustrativo de la práctica por ellos seguida el asunto «Arantzazu Mendi», donde el Juez de Primera Instancia estableció que debía requerirse al Foreign Office un certificado en el que se determinase quién contaba con el control efectivo en España durante la guerra civil, antes de resolver el asunto de Derecho privado (B. I. L. C, vol. 2, págs. 179–187).

(85) Vid. J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M<sup>º</sup>P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho internacional público*, 5<sup>a</sup> ed., Madrid, S. P. F. D. U. C. M., 1992, págs. 420 y ss.

(86) Según el Juez el documento presentado en los autos por el que se acreditaba el Derecho checoslovaco en orden a la sucesión *ab intestato*, y expedido por la Legación de la República Checoslovaca en Madrid, en 1936, no era válido ya que en él se certificaba «... una vigencia de leyes de Derecho privado relativas a un tiempo en que Checoslovaquia estaba incorporada a una Comunidad internacional (sic) que se podría calificar de orden normal, y falta precisamente la prueba –exigible aquí por ser norma extranjera– de la vigencia de aquel ordenamiento jurídico privado que el testimonio acredita, vigencia muy dudosa en el régimen que hoy vive dicha nación y, en general, los países satélites del régimen soviético». En consecuencia, el Juez procedió a aplicar el Derecho español –Derecho del domicilio del causante–, por ofrecer «una mayor seguridad de investigación, de aplicación –por el principio *iura novit curia*– y de proximidad a la solución...» (vid. el texto del referido auto en J. C. R., «El estatuto personal de los "apátrida" de hecho», en R. D. Proc, vol. VII, 1951, págs. 293–298. Vid. A. Gallardo Rueda, «La aplicación del Derecho extranjero por el Juez nacional», en B. I. M. J., núm. 333, 25 marzo 1956, pág. 5).

(87) Cfr. J. D. González Campos, nota a la sentencia del T. S. (Sala 3.a) de 30 junio 1965», en R. E. D. I., vol. XX, 1967, págs. 489 y ss.

(88) C. L. J. C, t. 85, 1960, pág. 397, y nota de E. Pecourt García en R. E. D. I., volumen XVI, 1963, págs. 609–611.

(89) Vid. C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, París, Dalloz, 1964, páginas 255 y ss.; R. M. G. de Moura Ramos, *Dereito internacional privado e Constituicao. Introducao a urna analise das suas relacoes*, Coimbra, 1980, págs. 242 y ss.

(90) Cfr. K. Siehr, «Diritto internazionale privato e diritto costituzionale», en *II Foro italiano*, vol. XCVIII, 1975, pág. 7–16.

(91) Cfr. G. Morelli, «Controllo di costituzionalità di norme straniere», en *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milán, 1957, págs. 171–183, especialmente págs. 171–174. En la misma dirección, H. Motulsky sostiene que si la ley extranjera ha perdido su jurisdicción carece de fuerza imperativa en el Estado de origen, y, por tanto, no puede ser aplicada por el Juez del foro (cfr. «L'office du juge et la loi étrangère», en *Mélanges offerts á Jacques Maury*, vol. I, París, Dalloz & Sirey, 1960, página 362).

(92) Así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal de Grand Instance de Dunckerke de 29 noviembre 1989, donde se planteaba una reclamación alimenticia consecuencia de una separación matrimonial. El Tribunal admitió de oficio su vinculación a una decisión del Tribunal Constitucional italiano que declaró inconstitucional el artículo 18 del Código civil, que establece la ley nacional del marido para las relaciones personales entre cónyuges de diferente nacionalidad (*Journ. dr. int.* 1990, págs. 393 y ss., y nota de H. Gaudemet-Tallon).

(93) Dicha sumisión sí es operativa en el orden interno. Por ejemplo, el artículo 38, 1, de la L. O. T. C. establece que «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales...».

(94) Lo que no ocurre en el sistema constitucional español, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la L. O. T. C., a excepción de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto en el artículo 161, 2, de la C. E.

(95) Cfr. H. Batiffol y P. Lagarde, *op. cit.*, págs. 547–548.

(96) F. Mosconi, «Norme Straniere e controllo di costituzionalità e di legittimità e di legittimità internazionale», en *Dir. int.*, vol. XIV, 1960, págs. 426–439; R. Quadri, «Controllo sulla legittimità costituzionale delle norme straniere», en *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, págs. 31–35; T. Ballarino, *Costituzione e Diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1974; S. M. Carbone, «Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata», en *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. I, 1965, págs. 685–696.

(97) Vid. M. Ferid, «Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen», en *Festschrift Dölle* (versión italiana en *Dir. int.* vol. XVII, 1963, págs. 143–

152); F. K. Juenger, «The Germán Constitutional Court and the Conflicts of Laws», en A. J. C. L., vol. XX, 1972, pág. 290 y ss.; E. Jayme, «La costituzione tedesca e il diritto internazionale privato», en Riv. dir. int. pr. pr., vol. VIII, 1972, págs. 76 y ss.; C. Labrusse, «Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale», en Rev. crit. dr. int. pr., 1974, págs. 1-46; K. Siehr, loc. cit.

(98) Cfr. Lipstein, «Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity», en B. Y. B. I. L., vol. 1967, págs. 265-270.

(99) La giurisprudenza italiana di diritto internazionale e processuale (Repertorio 1942-1966), Bari, 1967, págs. 490-491; // Foro italiano, 1955, I, pág. 256 y Nota de A. L.; Giurisprudencia italiana, 1955, I, 2, págs. 19 y ss. y nota de L. I.; Riv. dir. int. 1955, páginas 97 y ss. y nota de J. A. Clarence Smith; Rev. crit. pr., 1958, págs. 519 y ss. y nota de R. de Nova.

(100) *Ibíd.*

(101) Cfr. S. M. Carbone, «Sul controllo di costituzionalità...», loc. cit., págs. 690-691.

(102) R. A. J., 1989, núm. 3758; R. E. D. I., vol. XIII, 1990, págs. 271 y ss. y nota de M. Amores Conradi.

(103) F. A. Mann «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», en R. des C. t. 111 (1964-1), págs. 9 y ss.

(104) Vid. J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M.a P. Andrés Sáenz de Santa María, op. cit., págs. 229 y ss.

(105) En concreto, la sentencia del T. S. (Sala 6.a) de 6 marzo 1982 (R. A. J., 1982, núm. 1365).

(106) C. P. J. I., serie A, núm. 20-21, págs. 123-125.

(107) De ahí que sea totalmente insatisfactorio el fallo alcanzado por la sentencia del T. S. (Sala 1ª) de 12 julio 1904, al afirmar que hubiese sido preciso justificar «debidamente lo que la jurisprudencia belga tenga establecido para casos como el actual pleito, siendo insuficiente para obtener su aplicación la cita aislada de artículos del Código vigente en aquella nación, cuya interpretación no incumbe a los Tribunales españoles, como si se tratara de la propia legislación de éstos» (Col. Leg. vol. 98, núm. 148).

(108) Vid. sobre el particular, B. Sanso, «La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable», en Libro homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, págs. 725 y ss.

(109) Existen otros ejemplos como el artículo 4 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Sobre el particular vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, Curso..., op. cit., págs. 521-522.

(110) *Ibíd.*, pág. 534.

(111) C. L. J. C., nov.–dic, 1971, núm. 520. Una afirmación similar se contiene en el artículo 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979: «Los Jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los Jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable...».

(112) Cfr. W. Goldchmidt, *La consecuencia jurídica...*, op. cit., págs. 73 y ss.

(113) Vid. J. C. Fernández Rozas, «Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida», en *Bol Informativo del Departamento de Derecho Político (U. N. E. D.)*, núm. 3, 1979, págs. 49–72; A. Ortiz–Arce de la Fuente, «El Derecho internacional privado y sus problemas de validez temporal», en M. Aguilar Navarro, op. cit., vol. I, t. II, primera parte, págs. 135–165; B. Goldman, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, París, I. H. E. I., curso 1970–71 (policopiado); P. Graulich, v.º, «Conflit de lois dans le temps», en *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. I, París, 1968, págs. 504–516. La cuestión se ha suscitado con claridad ante los Tribunales españoles, en relación con la determinación de la ley aplicable al régimen económico de un matrimonio entre nacionales rumanos. Conforme al artículo 9, 3.º, del Código civil, la ley aplicable resulta ser la rumana. Una vez determinado el Derecho material extranjero aplicable, deben apreciarse dos momentos: en 1936, la regla existente en Rumania establecía como régimen legal del matrimonio, en defecto de capitulaciones, el de separación de bienes. Pero con posterioridad, el Código de familia de 1956 estableció con carácter retroactivo el régimen de sociedad de gananciales. El conflicto internacional transitorio hace referencia, pues, a la solución de este problema de sucesión en el tiempo de las normas materiales del Derecho extranjero aplicable.

(114) Esta última es una excepción que ha tenido ocasión de tener en cuenta la doctrina registral de la D. G. R. N. en un supuesto de semejantes características al mencionado en el inicio de este epígrafe. El caso resuelto por la Resolución de la D. G. R. N. de 10 marzo 1978 hacía referencia a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial de una pareja de apátridas de origen rumano. Ambos cónyuges poseían la nacionalidad rumana al tiempo de contraer matrimonio bajo el régimen legal de separación de bienes. Sin embargo, habían adquirido la condición de apátridas con anterioridad a la promulgación del Código de Familia rumano de 1954, que instauró el régimen legal de comunidad de bienes con carácter retroactivo. Como se desprende del supuesto, la situación de hecho presentaba una desvinculación (ausencia del nexo de nacionalidad) con la norma material posterior aplicable conforme a la *lex causae* (ley rumana por resultar ser la última ley nacional común de los cónyuges, amén de ser la ley nacional del marido al tiempo de la celebración). La D. G. R. N. sopesó este motivo de excepción al considerar «que de la documentación aportada resulta que el matrimonio se contrajo en Rumania en 1936, bajo el sistema legal vigente en aquella fecha, que era el de separación de bienes; que la posterior modificación del Código de Familia de aquel país en 1954, que establece el sistema de comunidad, incluso con carácter retroactivo, no afecta a dicho matrimonio, dada su condición de apátridas, que ostentaban con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición legal, apatridia reconocida por el funcionario calificador, y que supone una ruptura de su vínculo; que según el artículo 9, 2.º, y 9, 3.º, del Código civil, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, que tanto en un caso

como en otro es la rumana; y, en fin, que dicho régimen inicial de separación de bienes es, en nuestro sistema de Derecho internacional privado, inalterable, salvo por voluntad de los cónyuges cuando su ley personal lo permita y sin que le afecte el cambio de nacionalidad de los esposos y mucho menos, claro es, que a éstos les sobrevenga la condición de apátridas, a cual sólo para situaciones jurídicas no consolidadas determinará la aplicación de la ley del lugar de la residencia habitual (arts. 9 y 10 del Código civil)».

(115) En 1961, el Tribunal de Apelación de París conoció del asunto «Boucher c. Cié. d'Assurances la Preservatrice». Se trataba de un contrato de trabajo concluido en Francia, que quedaba regido, por elección expresa de las partes, por el Derecho indochino, a la sazón lugar donde debía realizarse el trabajo. Las partes incorporaron por referencia el Derecho francés para establecer el régimen de los accidentes laborales; la ley francesa de 1898 era la normativa vigente en dicha materia al momento de concluirse el contrato; sin embargo, había sido derogada cuando suscitó ante los Tribunales franceses una demanda relativa a un accidente laboral; dicho Tribunal consideró aplicables las normas de la regulación francesa en la materia ya derogadas, «no como prescripción legal, sino como obligación nacida del intercambio de sus consentimientos».

(116) Un análisis del Derecho comparado en la materia se encuentra en el trabajo clásico de I. Zajtay, «Le traitement du droit étranger...», loc. cit., págs. 233 y ss., y con referencia a la moderna codificación de Derecho internacional privado, en el de P. Gannagé, «L'égalité du traitement...», loc. cit., págs. 225 y ss.

(117) Por lo general, en este país los Jueces suelen solicitar un dictamen a uno de los Institutos de Derecho Comparado que allí existen. Una recopilación de los dictámenes más importante se recoge en la obra periódica de Ferid, Kegel y Zweigert, *Gutachten zum ausländischen und internationalen Privatrecht*.

(118) La reciente doctrina francesa cuenta con tres importantes aportaciones en la materia: B. Ancel, «La connaissance de la loi étrangère applicable», loc. cit., págs. 95-97, y D. Bureau, «L'application o'office de la loi étrangère...», loc. cit., págs. 317-364; Y. Lequette, «L'abandon de la jurisprudence Bisbal...», loc. cit., págs. 277 y ss.

(119) Cfr. P. Gannagé, «L'égalité de traitement...», loc. cit., pág. 230.

(120) Col. Leg., t. 140, 1936, págs. 151 y ss.

(121) R. A. J., 1960, núm. 4097. No cabe duda que esta línea jurisprudencial impone la alegación y prueba del Derecho extranjero a la parte interesada (cfr. E. Pecourt García, «Naturaleza y condición», loc. cit., pág. 902).

(122) C. L. J. C., junio 1969, núm. 377.

(123) C. L. J. C., noviembre-diciembre 1971, núm. 520.

(124) R. A. J., 1982, núm. 5537 y nota de A. L. Calvo Caravaca en R. E. D. I., volumen XXV, 1983, págs. 529-535.

(125) R. E. D. I., 1989–75–Pr y nota de M. Moya Escudero, *ibíd.*, vol. XLI, 1989, página 319.

(126) R. E. D. I., 1989–81–Pr y 1989–82–Pr y nota de P. Rodríguez Mateos. R. E. D. I., vol. XLI, 1989, pág. 329.

(127) R. A. J., 1989, núm. 3758; A. C., núm. 37, 1989, 847; R. E. D. I., 1990–50–Pr y nota de M. Amores Conradi.

(128) R. E. D. I., 1992–40–Pr.

(129) R. A. J., 1990, núm. 6855.

(130) R. E. D. I., 1992–41–Pr.

(131) R. A. J., 1991, núm. 9717. R. E. D. I., 1992–39–Pr y nota de F. J. Garcimartín Alférez.

(132) R. A. J., 1992, núm. 8280; R. E. D. I., 1993–86–Pr y nota de J. Maseda Rodríguez.

(133) Cfr. F. J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflicto...*, *op. cit.*, págs. 29–58.

(134) De acuerdo con esta decisión, «No viola el principio de congruencia... aplicar una legislación no citada expresamente en la demanda... ya que es la base de los hechos y el suplico, y no la fundamentación jurídica, la que determina la congruencia de la resolución (recurrida), según principio jurídico de la teoría de la sustanciación de la demanda y de la libre búsqueda y aplicación de la norma por los Tribunales. El hecho de que la legislación aplicable sea la nacional común de los cónyuges y no la española, nada dice en contra de la anterior doctrina cuando su aportación al proceso llega por iniciativa de las partes o de oficio por el propio Juez, lo que es perfectamente posible en una interpretación más técnica y progresiva del artículo 12 y más conforme con la naturaleza jurídica del Derecho extranjero» (R. E. D. I., 1991–11–Pr. y nota de P. Rodríguez Mateos).

(135) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, «¿Alegación...», *loc. cit.*, pág. 597. La jurisprudencia tradicional del T. S. es clara en señalar que la casación no es momento procesal oportuno para proceder a la alegación y prueba del Derecho extranjero no efectuada en instancias inferiores (SS T. S. de 16 diciembre 1960, 10 diciembre 1966, 9 mayo 1988, etc.). En principio, ello no empece la posibilidad de articular recurso de casación motivado en la aplicación o inaplicación judicial del Derecho extranjero, como se verá más adelante.

(136) Cfr. M. de Ángulo, «El Derecho extranjero...», *loc. cit.*, pág. 977.

(137) Cfr. J. M.a Espinar Vicente, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pág. 132.

(138) Cfr. E. Pecourt García, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero...», *loc. cit.*, págs. 901 y ss.

(139) Vid., por todos, F. Ramos Méndez, «La prueba del Derecho...», loc. cit., páginas 659–675.

(140) Más que de sistemas en presencia, cabe hablar de distintas soluciones aportadas por la jurisprudencia comparada. En algunas de ellas, en consideración a la igualdad entre la *lex fori* y el Derecho extranjero, se atribuye la carga de la prueba a aquel que sostiene que existe una diferencia sustancial entre ambos y, en caso de que dicha diferencia no se pruebe por completo, se está a la aplicación del Derecho del foro (cfr. C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond. Etude comparative*, París, Dalloz, 1964, págs. 147–148); en otros casos la carga de la prueba incumbe a aquel que invoca un derecho nacido en el extranjero. Un ejemplo paradigmático de esta solución se encuentra en la sentencia de la Court of Appeals de los Estados Unidos de 1956 en el asunto «Walton c. Arabian American Oil Co.» (W. L. M. Reese y M. Rosenberg, *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 6ª ed., Nueva York, The Foundation Press, 1971, págs. 426–429). El Sr. Walton, con nacionalidad y domicilio en los Estados Unidos, tuvo un accidente en Arabia Saudita con un camión perteneciente a una sociedad norteamericana; interpuesta una acción ante el Juez del Estado de Nueva York, ninguna de las partes invocó la ley de Arabia Saudita; sin embargo, éste decidió de oficio que debía aplicarse la ley árabe, invitando al demandante a probarla. Mas como quiera que el Sr. Walton no realizó la prueba, la demanda fue rechazada, siendo confirmado el fallo ante el Tribunal de apelación. Las críticas a esta decisión fueron unánimes (vid., por todos, B. Currie, «On the Displacement of the Law of the Forwn», en *Columbia L. Rev.*, vol. 58, 1958, págs. 964 y ss.).

(141) Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo «La prueba del Derecho extranjero», loc. cit., páginas 6265–6268. Si bien existen posiciones tendentes a la distribución de la carga de la prueba, como se refleja en la sentencia de la Cour d'Appel de Lyon de 19 abril 1977, agudamente comentada por B. Ancel (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, págs. 788–795).

(142) Sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 29 septiembre 1956: «... Si bien la parte demandante ha de justificar los hechos de su demanda, el demandado viene obligado a hacerlo, respecto de los constitutivos de su oposición, y en este sentido pudo alegar la ley extranjera como medio de prueba, debiendo acreditar su existencia y sentido» (C. L. J. C, volumen 51, 1956, núm. 552). Esta doctrina encuentra respaldo en las sentencias del T. S. (Sala 1.a) de 5 noviembre 1971 (ibíd., noviembre 1971, núm. 520); 13 febrero 1974 (ibíd., febrero 1974, núm. 66); 12 noviembre 1976 (ibíd., noviembre 1976, núm. 332), etc.... Vid. un examen volorativo de todos estos fallos en M. Aguilar Benítez de Lugo, «La prueba del Derecho extranjero», loc. cit., págs. 6271–6276.

(143) R. A. L., 1992, núm. 3101; R. E. D. I. 1992–86–Pr.

(144) R. G. L. J., *furisp. Civ.*, t. 221, págs. 588 y ss.

(145) Un supuesto de esta doctrina jurisprudencial calificado como extremo por E. Peccourt García, viene dado por la sentencia del T. S. de 30 junio 1962, que exigió la prueba de la existencia, alcance e interpretación de la legislación italiana sobre el régimen económico matrimonial, incluyendo la jurisprudencia al respecto de los Tribunales italianos, de forma que el Tribunal español fuese capaz de observar el Derecho sustancial extranjero, «como si fuera Juez en el Estado extranjero». Dicha jurisprudencia, confirmada palmariamente por otras decisiones, como las sentencias del T. S. de 5 noviembre 1971 y de 3

febrero 1975, revela que lo que interesa es la prueba del Derecho extranjero «vivo» o, como sugiere M. K. Yasseen, no tanto de las normas jurídicas extranjeras que regulan una determinada relación jurídica, como de las sanciones que en dicho sistema jurídico se dan a las relaciones jurídicas, al aplicar sus Tribunales sus propias normas. Es preciso convenir, sin embargo, en que el criterio resulta desorbitado, si la cuestión jurídica se formula con cierta sencillez. Así, no parece necesario un gran aparato probatorio para demostrar si en Irlanda se admite el divorcio vincular.

(146) Cfr. J. A. Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado*, op. cit., páginas 298–299.

(147) Cfr. M. de Ángulo, *Lecciones...*, op. cit., págs. 61–62.

(148) Así, la sentencia del T. S. de 28 octubre 1968, que admitió como prueba la certificación del Consulado de Cuba con una aclaración complementaria de dos juristas cubanos (R. A. J., 1968, núm. 4850). La prueba documental ha sido, asimismo, admitida en la sentencia del T. S. de 6 diciembre 1961, que aceptó, a efectos de demostrar la reciprocidad prescrita en el artículo 7 de la L. A. U., «una certificación expedida por la Embajada de Austria en Madrid con el Visto Bueno del Ministro de Asuntos Exteriores para legalizar la firma del encargado que los suscribe» (R. A. J., 1961, núm. 4150). Cabe indicar, en esta dirección, que la sentencia del T. S. de 12 marzo 1973 se negó acertadamente a admitir como medio de prueba «un certificado de una supuesta Legación Real de Rumania en España» (R. A. J., 1973, núm. 978, y E. Pecourt García, en A. D. I., vol. II, 1975, páginas 591 y ss.). Sin embargo, con posterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código civil, la posibilidad de acreditar el Derecho extranjero simplemente con la prueba documental, fue rechazada categóricamente por la sentencia del T. S. de 3 febrero 1975, estimando que no son válidas ante nuestros Tribunales por considerar que esa acreditación «no es función consular» (C. L. f. C, enero–febrero 1975, núm. 39) y nota de M. Aguilar Benítez de Lugo en R. E. D. L., vol. XXX, 1977, págs. 443–446.

(149) C. L. J. C, noviembre–diciembre 1976, núm. 332 y nota de J. M.ª Espinar Vicente en R. E. D. I., vol. XXXII, 1980, págs. 245–246. Un amplio comentario a esta decisión se encuentra en J. Puente Egido, «Un punto de inflexión...», loc. cit., págs. 899–919.

(150) Sentencia del T. S. de 19 diciembre 1935 (R. G. L. J., *Jurisp. Civ.*, t. 221, 1935, páginas 588 y ss.).

(151) Vid. *inter alia*, sentencias del T. S. (Sala I.a) de 25 febrero 1926, 30 marzo 1928, 12 diciembre 1935, 30 junio 1962, 5 noviembre 1971, 12 marzo 1973, 12 noviembre 1976, 23 octubre 1992, etc....), no admitiendo, sin embargo, la misma prueba efectuada por jurisconsultos españoles (a excepción de la sentencia del T. S. de 27 abril 1978). Vid. A. Marín López, nota a la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada (Sala de lo civil) de 7 noviembre 1970, en R. E. D. I., vol. XXVI–XXVII, 1973–74, págs. 223–224 y L. I. Sánchez Rodríguez, nota a la sentencia del T. C. T. de 3 febrero 1973, en R. E. D. I., vol. XXIX, págs. 217–223.

(152) Cfr. F. Ramos Méndez, «La prueba del Derecho...», loc. cit., págs. 659 y ss.

(153) C. L. J. C, enero–febrero 1975, núm. 39 y nota de M. Aguilar Benítez de Lugo, R. E. D. I, vol. XXX, 1977, págs. 443–446. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 enero 1990, se consideró suficiente una certificación del Ministerio de Justicia extranjero sobre la legislación belga en materia de divorcio, en tanto que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 enero 1990 se contentó, por su parte, con la mera cita aislada, en la vista, del Derecho francés, a los solos efectos de entender cumplida la ejecutividad conforme a la ley de origen de una letra de cambio, cuya ejecución se pretendía (R. G. D., núm. 548, 1990, págs. 3530–3532, y R. E. D. I., 1991–48 y nota de S. Sánchez Lorenzo).

(154) Cfr. sentencia del T. S. de 30 junio 1962 (C. L. J. C, junio 1962, pág. 864). Vid. J. A. Carrillo Salcedo, Derecho internacional privado, op. cit., págs. 261 y ss.

(155) Cfr. J. Garde Castillo, loc. cit., pág. 876. En esta dirección, J. A. Carrillo Salcedo, partiendo de una interpretación estricta de la L. E. C, admite, en ciertos supuestos, la posibilidad de la hipótesis» (cfr. «¿Alegación...», loc. cit., pág. 589).

(156) Cfr. E. Gómez Orbaneja y V. Herce Quemada, op. cit., pág. 293.

(157) Cfr. M. de Ángulo, «El Derecho extranjero...», loc. cit., pág. 980.

(158) Así, la sentencia del T. S. de 9 julio 1895 estimó que la sentencia recurrida no había incurrido en infracción, «porque fue aceptado por las partes y no la contradice el hecho de estar vigente en Italia...», concluyendo que la aceptación por las partes del Derecho extranjero releva de probarlo (C. L. J. C, t. 87, 1909, pág. 557). En el mismo sentido, la sentencia de 9 enero 1936 afirmó que «si bien el estatuto personal sigue a las personas en tanto en cuanto éstas lo invoquen...», debe admitirse como aplicable la legislación alemana que, alegada por una parte y no rechazada por la otra, es directamente aplicable por el Juez.

(159) Según el Tribunal Supremo, «... el acuerdo de los litigantes, de ser vinculante para la Autoridad judicial española, supondría tanto como eliminar el primer y fundamental elemento de la prueba requerida, puesto que aquello sobre lo que éstas están conformes es insuficiente por sí solo a estos fines, al tratarse, como se ha dicho, de una simple copia mecanografiada en cuartillas de papel común, sin firmar, ni sellar, tomada de un Repertorio Legal...» (C. L. J. C, nov.–dic, 1971, pág. 37; M. de Ángulo, Lecciones..., op. cit., págs. 62–63).

(160) Sentencias del T. S. de 27 abril 1978 (C. L. J. C, marzo–abril 1978, núm. 152 y nota de J. A. Tomás Ortiz de la Torre en R. E. D. I., vol. XXXII, 1980, págs. 234–237) y 4 octubre 1982 (R. A. J., 1982, núm. 5537 y nota de A. L. Calvo Caravaca en R. E. D. I., vol. XXXV, 1983, págs. 529–535).

(161) R. G. D., 1982, págs. 1137–1139.

(162) Vid. M. Fernández Fernández, «Perspectiva convencional de la ejecución cambiaria originada por títulos extranjeros», en R. C. E. A., vol. I, 1984, págs. 899–8; F. Ramos Méndez, «Eficacia ejecutiva en España de letras de cambio extranjeras», en Justicia, 1983, págs. 340–348; F. J. Tirado Suárez, «Ejecución de la letra de cambio italiana. Omi-

sión de la cláusula valor. Prueba del Derecho extranjero», en R. D. B. B., 1983, páginas 421–429.

(163) R. A. J., 1992, núm. 2195; R. E. D. I., 1992–84–Pr. Esta orientación, curiosamente, no es seguida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 septiembre 1992 (R. G. D., núm. 568–569, 1992, págs. 513–515), pues reconocido un conocimiento por el Tribunal del Derecho extranjero, en concreto la validez formal de una letra de cambio suscrita en Suiza, entendió que no podía ponerse en práctica en virtud del tenor literal del artículo 12, 6.º, II, del Código civil; en concreto, que la acreditación del Derecho extranjero no debía suscitar para su aplicación «la menor duda razonable a los Tribunales españoles». Esta interpretación es desafortunada, tanto más porque en el fallo se señala el cauce de las diligencias para mejor proveer, que luego no es utilizado (cfr. la nota de ). J. Alvarez Rubio en R. E. D. I., 1992–87–Pr.).

(164) Vid. M. de la Plaza, Derecho procesal civil español, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1945, págs. 480–481; E. Gómez Orbaneja y V. Herce Quemada, Derecho procesal civil, vol. I, 7ª ed., Madrid, 1975, pág. 293.

(165) Cfr. C. Miguel y Alonso, «La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso», en Estudios de Derecho internacional en homenaje al Profesor Barcia Trelles, Santiago de Compostela, 1958, págs. 513–514.

(166) Cfr. F. Ramos Méndez, «La prueba del Derecho...», loc. cit., pág. 667.

(167) Cfr. J. Guasp, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, I, 2ª ed., Madrid, 1948, pág. 881.

(168) Cfr. A. Miaja de la Muela, op. cit., pág. 496; E. Pecourt García, «Naturaleza y condición...», loc. cit., pág. 902; J. A. Carrillo, «¿Alegación...», loc. cit., pág. 559, M. de Ángulo, «El Derecho extranjero...», loc. cit., pág. 979.

(169) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, Derecho internacional privado, op. cit., 1ª ed., páginas 256–257. En la misma dirección, el Juzgado de Primera Instancia de Marbella, en un supuesto de aplicación del Derecho irlandés a una testamentaria dictó providencia para mejor proveer con el fin de que fuesen traducidos los documentos aportados por la parte demandada y escritos en idioma inglés (vid. sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 12 febrero 1974, en R. G. D., núms. 382–383, págs. 699–701).

(170) Vid. sentencia del T. S. de 12 marzo 1973, cit.

(171) Vid. el comentario a esta decisión de J. Puente Egido, «¿Un punto de inflexión...», loc. cit., págs. 899–919. Como afirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 22 diciembre 1988, «esta Sala, consecuente con el último inciso del artículo 12 del Código civil, se ha cuidado de conocer por la vía del artículo 340 de la L. E. C, la normativa vigente en el Estado de Maryland, a la que en principio remite el artículo 9 del Código civil..., según la información facilitada por la Embajada de los Estados Unidos de América a través de la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia...» (R. E. D. I., 1990–49–Pr. y nota de M. Moya Escudero).

(172) En un supuesto de prueba del Derecho alemán alegado por el demandante hasta el trámite del resumen de pruebas regulado por el artículo 701 de la L. E. C. de lo dispuesto en los artículos 690 y 693, 2.º, esta sentencia entendió que si bien estas normas «no permiten tratar al Derecho extranjero como un mero hecho de controversia, ni siquiera puestas en relación con el artículo 12, II, del Código civil, sí deben ser tomadas en el sentido de que imponen al demandado la carga de poner en tela de juicio el principio de probabilidad del contenido y vigencia de tal Derecho» (R. E. D. I., 1992–38–Pr. y nota de M. Moya Escudero).

(173) Vid. *supra*, nota 134.

(174) Así lo hace ver, con argumentos irreprochables, F. I. Garcimartín, en relación con los procedimientos civiles en que rige el principio inquisitivo, las normas de conflicto materialmente orientadas, y el Derecho extranjero de intervención (cfr. Sobre la norma de conflicto..., *op. cit.*, pág. 58). Ahora bien, frente a esta postura, la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 23 octubre 1992 ha insistido recientemente en la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero.

(175) Cfr. F. J. Garcimartín, nota en R. E. D. I., 1992–39–Pr. pág. 241.

(176) Vid. el examen de este régimen convencional en J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, págs. 686–687.

(177) Vid., sobre el particular, J. D. González Campos y R. Redondo Porrúa, *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1981, pág. 185. Aunque estos autores mantienen que el examen de la ordenación procesal extranjera que determina los requisitos de autenticidad de la ejecutoria no puede realizarse *ex officio* por el Juez de *exequátur*, sino a instancia de parte.

(178) De conformidad con este precepto: «No podrá denegarse e reconocimiento por el solo motivo de que el Tribunal de origen haya aplicado una Ley distinta a la que correspondía según las reglas de Derecho internacional privado del Estado requerido, excepto en lo que se refiere al estado o capacidad de las personas. Aún en estos casos, no se denegará el reconocimiento cuando la aplicación de la ley que corresponda, según dichas reglas, hubiese producido el mismo resultado».

(179) El examen de este régimen convencional se encuentra en J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, págs. 683–686. Debe tenerse en cuenta que el artículo 27, 4.º, del Convenio de Bruselas de 1968, debido a su ámbito de aplicación material restringido a cuestiones patrimoniales, la cautela se refiere exclusivamente a las cuestiones previas o prejudiciales en las materias citadas, en las que la aplicación de una norma de Derecho internacional privado distinta a la del Estado requerido hubiese dado lugar a un resultado distinto en la decisión final.

(180) *La Ley*, núm. 607, 1983, págs. 1–2 y notas de J. A. Tomás Ortiz de la Torre y A. L. Calvo Caravaca. Vid., asimismo, la nota de M. Virgos Soriano en R. E. D. I., vol. XXXV, 1983, págs. 508–511.

(181) Vid., sobre este período, A. L. Calvo Caravaca y J.M<sup>a</sup> Espinar Vicente, «El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen de la sentencia», en *La Ley*, núm. 788, 1983, págs. 1–5; A. L. Calvo Caravaca, *La sentencia extranjera en España y la competencia del Juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 162–164; M. Virgos Suriano, «Control de la competencia legislativa», en J. D. González y otros, *Derecho internacional privado...*, Parte especial, vol. 1, Oviedo, 1984, págs. 429–433.

(182) Vid. P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1986.

(183) Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., págs. 119–120.

(184) Desde una perspectiva teórica y en relación a la prueba del Derecho extranjero, vid. el trabajo clásico de P. Louis-Lucas, «L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits de lois», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1947, págs. 13 y ss., esp. págs. 40–43.

(185) Vid. el ámbito de la eliminación de esta figura por los textos internacionales en J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., págs. 366–367.

(186) Sentencia del T. J. C. E. de 1 julio 1993, Asunto C–20/92: «Hubbard/Hamburger»).

(187) Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 septiembre 1962 (R. D. I., núm. 12, 1962, pág. 112 y nota de J. A. Yáñez en R. E. D. I., vol. XVII, 1964, págs. 424–427), y sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 15 febrero 1983 (R. G. D., 1984, págs. 1735–1737 y nota de A. Ferri López-Bonilla en R. E. D. I., volumen XXXVII, 1985, págs. 196–199).

(188) Sentencia del T. S. de 31 octubre 1989 (R. A. J., 1989, núm. 7037; *La Ley*, número 2407, 1990, 10.436, y nota de M. Aguilar Benítez de Lugo en R. E. D. I., 1990–13–Pr.).

(189) Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 febrero 1978 (vid. nota de J. D. González Campos en R. E. D. I., vol. XXXIII, 1981, pág. 657); sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 11 noviembre 1981 (R. G. D., núm. 450, 1982, páginas 266–267 y nota de P. P. Miralles Sangro en R. E. D. I., vol. XXXV, 1983, págs. 495–499; vid. A. Ferri López-Bonilla, «La condición procesal de extranjero y la excepción de arraigo en juicio», en *La Ley*, núm. 848, págs. 1–3); la referida sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 15 febrero 1983 (vid. supra, nota 187; sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 marzo 1989 (R. E. D. I., 1990–7–Pr. y nota de A. Marín López); la también referida sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 31 octubre 1989 (vid. supra, nota 188), etc....

(190) Vid., a título de ejemplo: A. de Cossío, «Problemas de Derecho internacional privado que suscita la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946», en R. E. D. I., vol. I, 1948, págs. 399–410; C. M. Entrena Klett, «Sobre los derechos de los extranjeros inquilinos en España», en B. I. M. J., núm. 425, 1958, págs. 8–10; A. Gallardo Rueda «Arrendadores y arrendatarios extranjeros», en B. I. M. J., núm. 46, 1948, págs. 3 y ss.; J. Millaruelo, «Los extranjeros ante el arrendamiento urbano», en A. D. C., t. VII, 1954, págs. 477 y ss.; J.

Molla López, «Los extranjeros y la L. A. U.», en R. D. Proc, 1957, págs. 988–991; F. Pan Mantojo, «Los extranjeros y la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos», en R. D. I., 1958, págs. 616–634; J. Peré Raluy, «El derecho de los extranjeros a gozar de los beneficios de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Pretor, 1957, págs. 524 y ss.

(191) Ley 29/1994, de 24 noviembre, de Arrendamientos Urbanos (B. O. E. de 25 noviembre 1994).

(192) Decreto 4.104/1964, de 24 diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (B. O. E. de 28 diciembre 1964).

(193) Vid. la relación en J. Aznar Sánchez, «La reciprocidad internacional en materia de arrendamientos urbanos», en Inf. Jur., núm. 316, 1973, págs. 14–21; J. L. Iriarte Ángel, Los derechos civiles de los extranjeros en España, Madrid, La Ley, 1988, págs. 136–137.

(194) Vid. J. C. Fernández Rozas, en J. D. González Campos y otros, Derecho internacional privado. Parte especial, vol. I, op. cit., págs. 241–243. Un pormenorizado y rico estudio de esta jurisprudencia ha sido realizado por M. Aguilar Benítez de Lugo en R. E. D. I., vol. XXXIV, 1982, págs. 488–490.

(195) Cfr. E. Pérez Vera, Derecho internacional privado, op. cit., pág. 98, y A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, vol. II, Parte especial, 9ª ed., rev., Madrid, 1982, pág. 103.

(196) Vid. J. Dérrupé, «La nationalité étrangère devant le juge franjáis», en Rev. crit. dr. int. pr., 1959, págs. 203 y 204; J. C. Fernández Rozas, Derecho español de la nacionalidad, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 117–119.

(197) En particular, sobre la cooperación internacional en la información del Derecho extranjero: G. Bruillard, «Convention européenne relative a l'information sur les droits étrangers», en Rev. int. dr. comp., vol. 25, 1973, págs. 389–396; A. Leoncini Bartoli, «Considerazioni sulla posizione del giudice rispetto al problema della conoscenza del diritto straniero a seguito della Convenzione di Londra del 7 giugno 1968», en Riv. dir. int. pr. proc, 1983, y en Studi in memoria de Gian Carlo Venturini, Milán, Giuffré, 1984, págs. 259–265; A. Pérez Voiturez, Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho español, La Laguna, Servicio Publicaciones Universidad, 1975, págs. 9–69; id., «La información sobre el Derecho extranjero», en B. I. M. J., núm. 1382, 1985, págs. 3–8; id., La información de la ley extranjera en el Derecho internacional privado, Madrid, Tecnos, 1988; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, «El conocimiento del Derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres de 7 junio 1968», en R. G. L. J., t. LXIV, núm. 232, 1972, páginas 721–738.

(198) B. O. E. de 7 octubre 1974.

(199) Vid. D. P. Fernández Arroyo, La codificación del Derecho internacional privado en América latina, Madrid, Eurolex, 1994, págs. 224 y ss.

(200) Cfr. A. Pérez Voiturez, «Técnicas actuales de información...», loc. cit., páginas 408–410.

(201) B. O. E. de 13 enero 1988. Vid. D. Operti Badán, «Prueba del Derecho extranjero», en Cuarto Curso del Comité Jurídico ínter americano, 1977, págs. 445–455; E. Tellechea Bergman, El tratamiento e información del Derecho extranjero y su regulación en las Convenciones de Montevideo de 1979, Montevideo, 1979.

(202) W. Goldschmidt, op. cit., págs. 75 y ss.

(203) Col. Leg., t. 39, 1978.

(204) Col. Leg., t. 136, 1911, págs. 75 y ss.

(205) R. A. J., 1962, núm. 3322. Vid. la nota de E. Pecourt García en R. E. D. I., volumen XVII, 1964, págs. 106–110.

(206) Cfr. R. Monzón, «¿Procede el recurso de casación...», loc. cit., págs. 271–274.

(207) Cfr. Garde Castillo, loc. cit., pág. 920.

(208) Cfr. C. Miguel Alonso, «La problemática de la aplicación del Derecho extranjero», loc. cit., pág. 519.

(209) C. L. J. C. t. 81, 1987, pág. 861 y ss.

(210) R. A. J., 1964, núm. 3496.

(211) Aunque tuvo la virtud de cambiar, en palabras de E. Pecourt García, «revolucionariamente tanto el planteamiento dado al problema como la solución al mismo aportada, y ello, de modo inequívoco, al afirmar que el recurso de casación basado en la inadecuada aplicación del Derecho extranjero, al ser la Ley aplicada en la sentencia recurrida, sólo se puede impugnar por la vía del núm. 1 del artículo 1.962 de la L. E. C. en las mismas condiciones que si se trata de Derecho nacional...» (cfr. nota de E. Pecourt García en R. E. D. I., vol. XIX, 1966, pág. 85).

(212) C. L. J. C. noviembre–diciembre 1976, núm. 332 y nota de P. M.a Espinar Vicente en R. E. D. I., vol. XXXII, 1980, págs. 245–246. Vid. J. Puente Egido, «¿Un punto de inflexión...», loc. cit., págs. 899–919.

(213) Cfr. J. M.a Espinar Vicente, Derecho procesal..., op. cit., pág. 142.

(214) Vid., en aplicación de la normativa anterior, la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 19 noviembre 1992, en R. E. D. I., 1993–84–Pr. y nota de M. Moya Escudero.

(215) R. A. J., 1983, núm. 4228.

(216) Cfr. M<sup>a</sup> L. Trinidad García, «Reflexiones en torno a la aplicación...», loc. cit., páginas 218–219.

(217) Cfr. F. J. Garcimartín, Sobre la norma de conflicto..., op. cit., págs. 91–92.

(218) R. A. J., 1989, núm. 3757; A. C, núm. 37, 1989, 847.

(219) Cfr. M. Amores Conradi, nota en R. E. D. I., 1990–50–Pr., págs. 273–274. No obstante, F. J. Garcimartín observa con preocupación que este «primer paso» hacia la revisibilidad del Derecho extranjero «suponga un gran paso hacia la aplicación de la *lex fori*» (Sobre la norma de conflicto..., op. cit., pág. 89).

(220) Vid. L. Martínez Calcerrada, «La nueva casación civil (la Ley 10/1992, de 30 abril)», en *La Ley*, 1992–4, págs. 1145–1158, esp. págs. 1150–1152; Ll. Muñoz Sabaté, «La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil», en *La Ley*, 1993–3, págs. 1010–1018.

(221) Cfr. V. Fairén Guillen, «Casación, hechos, Derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/1992, de 30 abril, de medidas urgentes de reforma procesal», en *R. D. Proc.*, 1993, pág. 561.

(222) Dicho apartado establece como motivo de casación el «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión por la parte».

(223) Cfr. F. J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflicto...*, op. cit., págs. 86 y ss.

(224) Cfr. en tal sentido, J. de Castro García, en J. L. Albácar López, *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, Madrid, Trivium, 1994, pág. 481.

(225) Cfr. V. Fairén Guillen, «Casación, hechos, Derecho extranjero...», loc. cit., páginas 561–562.

(226) Cfr. W. Goldschmidt, *La consecuencia jurídica...*, op. cit., págs. 125–127.

(227) Cfr. A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, vol. 1, op. cit., pág. 479.

(228) Sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 3 octubre 1991, en *La Ley*, 1992–1, pág. 694.

(229) En general, sobre la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero: J. M.a Chico Ortiz y C. Ramírez Ramírez, *Temas de Derecho notarial y calificación registral del instrumento público*, Madrid, Montecorvo, 1972; E. Giménez Arnau, *Derecho notarial*, Pamplona, Eunsa, 1976; A. A. Carvajal Cortés, *El fues y el Derecho extranjero*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1966, págs. 62–69; V. Herce de la Prada, «El sistema conflictual español en la Ley Hipotecaria, el Código de Comercio, la Ley Orgánica del Poder Judicial y normas concordantes, Ley de Enjuiciamiento civil y Ley de Enjuiciamiento criminal», en *El Derecho internacional privado español anterior al Código civil de 1889*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Seminario de Estudios internacionales «Jordán de Asso», C. S. I. C, 1968, págs. 229–258; A. Rodríguez Adrados, «Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho internacional privado», en *R. D. N.*, t. XCVII–

XCVIII, 1977, págs. 109–308; V. L. Simó Santonja, «Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros», en R. C. D. I., 1975–11, págs. 1089–1109; J. Madridejos Sarasola, «Medios de acreditar la identidad y capacidad de los extranjeros», en Noticias C. E. £., número 15, 1986, págs. 103–106; T. Varady, «Application of Foreign Law non-judicial Authorities», en Hague Zagreb Essays 2: Productibility. Road Transpon. Foreign Law, T. M. C. Asser Institute, La Haya, Sijthoff, 1978, págs. 205–215; M. L. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, 3ª ed., París, Répertoire du Notariat Defrénois, 1993.

(230) Se trataría de una labor judicial acompañada de un claro componente administrativo. En este sentido, el artículo 2, 2, de la L. O. P. J. señala: «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las del Registro Civil y las demás que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier Derecho». Igualmente, el artículo 9 de la L. R. C. preceptúa: «el Registro Civil depende del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a él referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado». Se deduce del artículo 10 de dicha Ley el carácter mixto de la estructura del Registro Civil, entre la organización judicial y la administrativa, puesto que comprende a las oficinas consulares de España en el extranjero: 1.º) por los Registros municipales a cargo del Juez municipal o comarcal, asistido del Secretario, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente; 2.º) por los Registros consulares a cargo de los Cónsules de España en el extranjero; 3.º) por el Registro Central a cargo de un funcionario de la D. G. R. N.». (Vid. E. Suñé Llinás, «Reflexiones sobre la potestad jurisdiccional», en B. I. M. J., núm. 1562, 1990, págs. 2127–2128; I. Coello de Portugal, «La impugnación judicial de las Resoluciones de la D. G. R. N.», en Revista jurídica del Notariado, octubre–diciembre 1992, págs. 161–169.)

(231) «La atribución de los negocios de jurisdicción voluntaria al Juez se funda, sobre todo, en razones contingentes, derivadas de una interpretación defectuosa del principio de la división del trabajo (...), lo mismo que el Juez, cualquier otro sujeto, el Notario, el Registrador, o un elemento subjetivo especial, podrían desempeñar esta clase de funciones» (cfr. J. Guasp, «La organización del Derecho privado», en R. C. D. I. (núm. extraordinario conmemorativo del Primer Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861), Madrid, 1961, pág. 160. De otra parte, debe retenerse que la irrevocabilidad consiste en la imperatividad mutable, esto es, en el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión (cosa juzgada formal) y en la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos como acto de concreción imperativa del Derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto de manera firme (cosa juzgada material) (cfr. I. de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 20; J. L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 89–107.

(232) Entre ellos destaca la utilización de comisiones rogatorias (Res. D. G. R. N. de 13 julio 1956), comunicaciones telefónicas (Res. D. G. R. N. de 13 octubre 1976), dictámenes del Consejo de Estado (Orden de 1 febrero 1979) o de las Cámaras de Comercio (Res. D. G. R. N. de 1 agosto 1971), e incluso, por analogía, la adopción de diligencias para mejor proveer (Res. D. G. R. N. de 2 septiembre 1976), sin olvidar la posibilidad de recurrir a resoluciones anteriores que contengan el Derecho extranjero aplicable.

(233) En concreto, el artículo 5 del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos (B. O. E. de 19 diciembre 1989), prevé que: «Si el Encargado del Registro Civil se encontrare, al extender un acta, en la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable para determinar los nombres y apellidos de la persona interesada, aplicará su ley interna e informará al respecto a la autoridad de la que depende.»

(234) Entre otras materias, la práctica es particularmente abundante en el sector relativo al nombre y apellidos de las personas físicas, cuya inscripción obliga al Encargado a aplicar la norma de conflicto del artículo 1 del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980, según la cual, «el nombre y apellidos de una persona se determinarán por la Ley del Estado del cual dicha persona sea nacional», solución idéntica, en términos generales, a la del artículo 219 del R. R. C. Cfr. J. C. Fernández Rozas, en J. D. González Campos y otros, Derecho internacional privado. Parte especial, 5ª ed. rev., Madrid, C. E. S. S. J. «Ramón Carande», 1993, págs. 70–71. Vid. A. V. M. Struycken, «La convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prenom», en R. E. D. I., vol. XLII, 1990, págs. 155 y 156; L. G. Gil, «La regulación del nombre en el Derecho español y el Convenio de Munich de 1980», en B. I. M. J., núm. 1611, 1991, págs. 4434–4457; J. A. Caballero Gea, Ley, Reglamento, Expedientes del Registro Civil, Madrid, Dykinson. 1994, págs. 335–336.

(235) Dichas anotaciones en ningún caso implican la prueba que proporciona, respecto del hecho inscrito, el asiento de inscripción (Resoluciones D. G. R. N. de 3 junio 1985 y 2 enero 1987).

(236) Modificado por Real Decreto 1.209/1984, de 8 junio (B. O. E. de 24 junio 1984).

(237) Sobre este anexo, vid. A. Diez Gómez, «El ejercicio de la fe pública por diplomáticos», en R. D. N., núms. 141–142, 1988, págs. 45–93; E. Gutiérrez del Solar, La fe pública extranotarial, Madrid, Edersa, 1982, págs. 234–235.

(238) Vid. E. Giménez Arnau, op. cit., págs. 546 y 547; F. Trías de Bes, «Eficacia del documento notarial en las relaciones internacionales», en R. D. N., núms. 21–22, 1958, páginas 293–302.

(239) Debe tenerse en cuenta el estrecho margen de aplicación del artículo 10, 8.º, del Código civil tras la entrada en vigor para España del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 (B. O. E. de 19 julio 1993 y 9 agosto 1993), en función de que su artículo 2 le otorga eficacia erga omnes y que su artículo establece que «En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la Ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra Ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte» (vid., supra, el comentario al art. 10, 8.º, del Código civil y A. L. Calvo Caravaca, «La técnica normativa de la doctrina del interés nacional», en R. E. D. I., vol. XXXI, 1979, págs. 111–137; id., «La doctrina del interés nacional y su ámbito de aplicación», en A. D. C, t. XXXIV, 1991, págs. 85–107).

(240) Vid. C. N. Gattari, El Juez, el Notario y la ley extranjera, Buenos Aires, 1974, pág. 93; A. Pérez Voituriez, Naturaleza y valoración de la ley extranjera, Universidad de

La Laguna. Secretariado de Publicaciones, 1975, págs. 42–54; J. Picard, *Le notariat et la C. E. E. Introduction au droit communautaire*, París, Litec, 1992, págs. 64–66.

(241) Vid. V. Font Boix, «Las variedades del instrumento público. Distinción entre escritura y acta», en *R. D. N.*, núm. 16, 1957, págs. 287–352.

(242) Por lógica, debería ser prioritaria la aseveración de un Cónsul extranjero sobre la de cualquier Notario. Realmente, el Cónsul extranjero es el que está en contacto con la ley extranjera y con súbditos de ese Estado, resolviendo, normalmente, supuestos de españoles que se relacionen con nacionales de ese país extranjero al que representa la misión diplomática. Asimismo, ha de tenerse en cuenta la diferencia que existe en el artículo 91 del R. R. C, 36 del R. H. y 9 y 74 del R. R. M. En el artículo 91 del R. R. C, tanto puede ser un Cónsul como un Notario el que conozca el Derecho extranjero, sin tener que hacer valer la referencia primera que se hace del Cónsul sobre el Notario.

(243) Esta situación se extiende, a juicio de V. L. Simó Santonja, pese al silencio del artículo 168, 4.º (redacción anterior a 1984), al actuar de dos Notarios, pudiendo prestar estos servicios no sólo a funcionarios pertenecientes a distinto cuerpo, sino también a sus propios compañeros de profesión (cfr. V. L. Simó Santonja, «Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros», en *R. C. D. I.*, 1975–11, págs. 1089–1109, especialmente 1101). Ante este requerimiento, la respuesta del Notario consultado habrá de materializarse en alguna de las formas que la legislación correspondiente atribuye a los documentos notariales (escrituras, actas, testimonios, etc.).

(244) El «informe» presupone una simple «noticia o instrucción que se da de un negocio o suceso, o bien acerca de una persona», de conformidad con la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española. Vid. W. Kralik, «El deber de informar del Notario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXII, págs. 10–30.

(245) Indudablemente, el Notario, en el desarrollo de su función asegura, por todos los medios a su alcance, que la información por él servida sea veraz, incluso en mayor medida que si se tratase del Derecho español, respecto al cual puede intervenir un exceso de confianza. Esto es, lo que en principio no suponga sino una facultad, conocimiento y comunicación a otros órganos de leyes extranjeras, genera por razón de su ejercicio una obligación, la de informar verazmente que ha de regir toda actuación notarial. Por consiguiente, no parece correcto distinguir entre documentos que incorporan uno y otro tipo de leyes en base a la exactitud de su contenido (vid. T. R. Fernández y F. Sainz Monero, *El Notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Madrid, Civitas, 1989, págs. 87 y 88; T. Colín, *Le notariat français et le notariale suisse face a l'Europe*, París, L. G. D. J., 1993, págs. 60 y ss.

(246) Vid. P. Avila Alvarez, *Derecho notarial*, Barcelona, Bosch, 1986, págs. 331–332; A. Matos, *Temas de Direito notariale*, t. 1, Coimbra, Almedina, 1992, págs. 437–447; D. M. Lopes de Figueiredo, *Código do notariado*, Coimbra, Almedina, 1991, pág. 573; M. di Fabio, *Manuale di notariato*, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 170–179. Frente a una posición de la Unión Internacional del Notariado Latino que considere que todos los países miembros deben aceptar que los Notarios tengan, con valor extraterritorial, facultades certificadoras y acreditativas de las normas de Derecho sustantivo de sus correspondientes países, parece más sensato, para evitar el carácter sumamente subjetivo centrado en la persona de

los Notarios, que cada uno de los países miembros redacte con carácter elemental y esquemático, una exposición de las normas vigentes en sus respectivas naciones (vid. J. Vallat de Goytisolo, «Normas de Derecho internacional privado aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia». Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos internacionales del Notariado latino, t. III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1975, págs. 1089–1090).

(247) Para E. Giménez Arnau existen «dos clases de certificaciones de finalidad diferente. Las que tienen por objeto justificar la vigencia de leyes españolas (para que surtan efecto en el extranjero) y las que justifican el estatuto personal que tanto pueden servir para surtir efecto en el extranjero a favor de un requirente español, como para surtir efecto en España si el requirente es extranjero» (cfr. E. Giménez Arnau, op. cit., pág. 818; vid. C. N. Gattari, op. cit., págs. 116–117).

(248) Redactado conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2.310/1967, de 22 julio (B. O. E. de 25 septiembre 1967).

(249) Existen, sin embargo, sólidas opiniones doctrinales contrarias que defienden el acceso de los testimonios de leyes al libro indicador, basadas en una visión global del asunto: vid. J. M. Chico Ortiz y C. Ramírez Ramírez, op. cit., pág. 167; V. F. Navarro Azpeitia, «Organización de un sistema corporativo notarial internacional, respecto a: 1) Legalizaciones. 2) Capacidad civil. 3) Vigencia y contenido de las leyes. 4) Regímenes matrimoniales. 5) Justificación o prueba del título sucesorio testado o intestado: su existencia y contenido», en Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, t. II, Madrid, 1975, págs. 359–433, especialmente pág. 393.

(250) En concreto, el artículo 283, 1.º, del R. N. no contempla la totalidad de los tipos de testimonios reconocidos en los artículos 251 y ss., sino solamente los de exhibición, certificados de existencia o de legitimación y los de legitimidad de firmas, por lo que no hay ninguna razón que obligue a incluir dentro de su mandato aquellos que no están expresamente recogidos, como ocurre con los de vigencia de leyes. Además, no pueden considerarse integrados estos últimos dentro de los testimonios por exhibición ni de los certificados de existencia recogidos en el artículo 283, porque de los primeros aparecen claramente separados en la rúbrica de la sección a) del capítulo III del R. N.: «Testimonio por exhibición en relación y de vigencia de leyes»; y respecto a los segundos, el desglose aparece en el propio artículo 251, que recoge por separado en sus dos párrafos iniciales ambos tipos de documentos. A mayor abundamiento, el distinto carácter existente entre testimonios de vigencia de leyes y testimonios por exhibición se encuentra reflejado en la escasa elaboración doctrinal. Así lo pone de manifiesto la clasificación de testimonios basados en una percepción directa del Notario, dentro de los que se incluyen estos últimos, y aquellos que requieren una deducción por parte del funcionario que los expide, encuadrando en su seno los primeros (cfr. J. M. Chico Ortiz y C. Ramírez Ramírez, op. cit., pág. 168).

(251) La facultad que ostentan los Notarios de expedir documentos tendentes a acreditar leyes españolas en otros países, aparece por vez primera en el R. N. de 9 abril 1917, que en su artículo 256, 2.º, contempla la posibilidad de «expedir certificados cuyo objeto sea acreditar en el extranjero la legislación vigente en España», siendo recogida literalmente en el artículo 327 del Reglamento de 7 noviembre 1921 (únicamente se diferencia en que el último utiliza el singular). No obstante, la redacción dada a este cuerpo legal en

virtud del Decreto de 8 agosto 1935 y, a partir de ese momento, en las posteriores (art. 251), incorpora una triple innovación: Regulación en párrafo separado de los testimonios de vigencia de leyes, inclusión junto a ellos de los destinados a acreditar el estatuto personal del requirente, y, por último, sustitución del término «certificado», empleado en las primeras versiones, por el de «testimonios».

(252) Y ello, aunque se apoye en la expresión legal con el fin de no diseminar en nuevas terminologías el quehacer del Notario y encasillar toda su actividad en los tres grupos clásicos (escrituras, actas y testimonios). (Cfr. P. Avila Alvarez, *op. cit.*, pág. 286. En análogo sentido, vid. A. de Velasco, *Derecho notarial*, Madrid, Reus, 1941, pág. 425; A. Gómez-Martinho Faerna y A. Rodríguez Adrados, «Repercusiones prácticas de la integración de España en la Comunidad Europea en el ámbito del Derecho notarial», en *R. D. N.*, núm. 127, 1985, pág. 235.) Por su parte, E. Giménez Arnau considera estas certificaciones, por su objeto, muy semejantes a las actas de notoriedad, aunque no lo sean por su forma, pero reconociendo que carecen «del imperium necesario para imponerse no solamente allende fronteras..., sino en el interior del país...» (cfr. E. Giménez Arnau, *op. cit.*, págs. 817-818. Del mismo modo se expresa J. M. Sanahuja Soler, *Tratado de Derecho notarial*, t. II, Barcelona, Bosch, 1945, págs. 116-131). Una postura más flexible es la defendida por V. F. Navarro Azpeitia que, con referencia a los testimonios evacuados sobre el «estatuto personal», considera que al no especificarse el procedimiento que a tales efectos debe seguir el Notario, cabe utilizar desde el acta de notoriedad protocolada, pasando por el acta de simple exhibición de documentos o recepción de declaraciones a la directa libranza del testimonio (cfr. V. F. Navarro Azpeitia, *loc. cit.*, pág. 393).

(253) Vid. las Resoluciones de la D. G. R. N. de 11 febrero 1931, 25 marzo 1950, 17 enero 1951, 23 junio 1964, 21 enero 1970, 18 septiembre 1971, 28 marzo 1974, 2 enero 1976, 6 y 29 abril y 13 octubre del mismo año, 10 marzo y 28 noviembre 1978, 11 septiembre 1979 y 14 diciembre 1981.

(254) Vid. las Resoluciones de la D. G. R. N. de 28 marzo 1974, 6 abril 1976 y 4 marzo y 14 diciembre 1981.

(255) Vid. Resolución de la D. G. R. N. de 30 septiembre 1976 y 10 marzo 1978.

(256) Desde una perspectiva del Derecho comparado, resulta interesante hacer mención de la práctica de la antigua Yugoslavia por estar en aparente contradicción con lo que ocurre en el sistema español; allí, en efecto, existían mayores argumentos en pro de la aplicación de oficio del Derecho extranjero por parte de Jueces y Tribunales que por autoridades no pertenecientes a esa organización. En concreto, T. Varady centró un interesante estudio, en torno a la figura del maticar (*marriage registrar*), equivalente a nuestro Encargado del Registro Civil, circunscrita su actuación al sector matrimonial. Se cuestiona el contenido de los certificados presentados por los contrayentes extranjeros, que acreditan la ausencia de impedimentos para contraer matrimonio en aquel Estado. Pues bien, tales documentos más que contener información sobre la ley nacional extranjera de los contrayentes, recogen una decisión, la de que no hay impedimentos en el caso dado que obsten un específico matrimonio. En definitiva, siguiendo a T. Varady, el sistema yugoslavo de aplicación del Derecho extranjero por el Novi Sad Maticar se caracterizan por: «(a) The ascertainment of foreign law is left to the parties. (b) What the parties present is more a decision than information. Foreign embassies and registrars do not merely state what the

content of their law to the given individual case.» No obstante, se ponen de relieve excepciones a esta regla, referidas a los documentos presentados por algunas embajadas sudamericanas (Venezuela y Uruguay) que, o bien contiene únicamente una información sobre sus propias leyes, o bien incluyen separadamente esa información y el juicio de la autoridad diplomática acerca del supuesto singularmente considerado (vid. T. Varady, loc. cit., págs. 205–215; G. Parra Aranguren, «Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero en Venezuela», en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 1, 1965–1966, págs. 118–165). Acontece algo similar con los denominados certificados de capacidad matrimonial (Ehefähigkeitszeugnis) exigidos en Alemania a los extranjeros que pretendan contraer matrimonio en su territorio, así como otros documentos que, con diferentes denominaciones, cumplen idéntico servicio en otros países, entre los que se encuentran Dinamarca, Noruega, Reino Unido, Austria, Italia, Portugal, Francia, Luxemburgo, Bélgica, Países Bajos, Suecia, Noruega, Suiza, etc. (vid., en materia de Derecho comparado, L. Palsson, *Marriage in Comparative Conflict of Law: Substantive Conditions*, La Haya, Nijhoff, 1981, págs. 365–373; J. de Burlet, *Traite de l'état civil*, t. II, Bruselas, F. Larcier, 1987, pág. 109; I. Palandri, «La disciplina internacional privatística dei rapporti di famiglia, nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca», en *Archivio Giuridico*, vol. CCX, fase. 2/3, 1990, pág. 307; K. H. Marquardt, *Le certificat de capacité matrimoniale en droit comparé*, París, Cujas, 1965; «Certificat de capacité matrimoniale plurilingüe», en *Revue de l'état civil*, 1990, pág. 186; Ch. Zilioli, «La convenzione di Monaco relativa al rilascio di un certificato di capacità matrimoniale», en *Riv. dr. int. pr. proc.*, 1985, págs. 789–798). Sin embargo, advertimos que no pueden incluirse en este grupo los llamados «certificados de costumbre» (certificat de coutume) del Derecho francés por cuanto estos últimos se diferencian de aquéllos no sólo por la autoridad de la que emanan, sino también porque se limitan a reproducir las previsiones adecuadas de la ley extranjera, dejando su interpretación y aplicación al caso concreto en manos de la autoridad local (ibíd., pág. 366); C. David, «V.º Certificat de Coutume», en *Encyclopedie Da-Hoz dr. int.*, t. I, pág. 281–283; M. L. Revillard, op. cit., pág. 17. Desde el punto de vista del Derecho español cabe afirmar que España es un país de expedición de certificados, pero no de exigencia de los mismos. En este sentido, el artículo 252 del R. R. C, resultado de la reforma operada por el R. D. 1.917/1986, de 29 agosto, de modificación de determinados artículos del R. R. C. (B. O. E. de 19 noviembre 1986) señala: «Si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado. La validez de éste, estará limitada a los seis meses de su fecha» (vid. J. D. González Campos y otros, op. cit., págs. 409–410). Por su parte, el artículo 1 del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial hecho en Munich el 5 septiembre 1980 (B. O. E. de 16 mayo 1988) recoge la obligación de cada Estado contratante de expedir un certificado de capacidad matrimonial según el modelo contemplado en el Convenio cuando uno de sus nacionales lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, con respecto a la Ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio.

(257) En relación con los preceptos que estudiamos, S. Aguilar Canosa se inclina por entender que cuando los Notarios desconocen las leyes extranjeras aplicables, circunstancia lógicamente frecuente, «los Consulados o representaciones diplomáticas se limitan a extender unos Certificados de carácter general, indicando los textos de la legislación, pero

no pronunciándose expresamente en cuanto a la capacidad para aquel acto en concreto» (cfr. S. Aguilar Canosa, *Las adquisiciones por extranjeros de bienes inmuebles en España*, 2ª ed., Barcelona, Servicio de Estudios de la Banca Mas Sarda, 1978, págs. 27–28).

(258) Parece no ser otro el motivo que lleva a E. Giménez Arnau a incluir entre los elementos que integran las certificaciones de vigencia de leyes «el juicio del Notario» (cfr. E. Giménez Arnau, op. cit., pág. 818), y a integrar tales testimonios dentro de los que requieren una deducción del Notariado (cfr. J. M. Chico Ortiz y C. Ramírez Ramírez, op. cit., pág. 168).

(259) Vid. Resoluciones de la D. G. R. N. de 14 julio 1965, 13 septiembre 1971. 2 enero, 30 septiembre y 13 octubre 1976, 10 marzo 1978.

(260) Vid., en este sentido, la R. O. de 24 mayo 1928 y la Resolución de la D. G. R. N. de 11 febrero 1931, 25 marzo 1950, 17 enero 1951, 18 enero y 23 junio 1964, 6 abril y 2 septiembre 1976. No obstante, debe tenerse presente la Resolución de 28 marzo 1974, pues contrariamente a lo alegado por el Registrador Mercantil que rechazó la escritura con base en las deficiencias probatorias de la capacidad del otorgante al no hacerse «referencia especial y concreta al acto otorgado», la D. G. R. N. revocó la nota del Registrador, considerando aquella capacidad suficientemente acreditada, pese a haberse presentado únicamente una certificación en la que se declara que «el ciudadano italiano mayor de edad tiene plena capacidad legal para actuar en toda clase de actos y contratos» (Anuario de la D. G. R. N. 1974, págs. 101–104). Esta resolución, empero, no parece definitiva, por cuanto si bien es cierto que el Centro decisor no exigió el juicio del funcionario acerca de la capacidad del extranjero, no fue porque lo considerase superfluo, sino porque ya le constaba dicho extremo al existir en el mismo Registro otros asientos referidos a la persona del otorgante.

(261) Vid. J. J. Pretel Serrano, «Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, t. XXXI, págs. 310–319.

(262) Cfr. T. Varady, loc. cit., pág. 211.

(263) Interpretando este precepto, la Resolución de la D. G. R. N. de 11 febrero 1931, afirmó que «no es posible imponer a los Registradores de la Propiedad el conocimiento detallado de las legislaciones extranjeras y la apreciación de matices (...), ni puede este Centro directivo asegurar la veracidad y exactitud de sus razonamientos sin temor a incurrir en errores (pero) la frase "podrán acreditarse" no niega la posibilidad de otros medios probatorios que el Registrador estime suficientes» (vid. A. Rodríguez Adrados, «Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho internacional privado», en *R. D. N.*, núms. 97–98, 1977, pág. 304).

(264) Vid. J. M. a Chico Ortiz, «Comentarios a la reforma parcial del Reglamento Hipotecario (R. D. de 27 agosto 1977)», en *R. D. N.*, núm. 100, 1978, págs. 7 y ss., especialmente págs. 19–20.

(265) *R. A. J.*, 1992, núm. 4847.

(266) Vid. J. López Medel, «Naturaleza de la función registral», en Ponencias y comunicaciones presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, 1981, pág. 213; J. M<sup>a</sup> Chico Ortiz, «La función calificadora: Sus analogías y diferencias con otros», *ibíd.*, pág. 243; *id.*, Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales, Madrid, Pons, 1987, págs. 38–43; J. L. Lacruz Berdejo, «La naturaleza de la función registral y la figura del registrador», *ibíd.*, pág. 63; E. Garrido Cerda, «La calificación registral mercantil», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, t. XXXI, págs. 310–319; J. Díez del Corral Rivas, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1993, págs. 37–41.

(267) Vid. Resolución de la D. G. R. N. de 1 octubre 1891, 18 marzo 1972, 24 enero 1983.

(268) Vid., por todos, V. Cortés Domínguez, «Artículo 1.215», en *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 324–327.

(269) Esta inscripción se da, por ejemplo, respecto a las capitulaciones matrimoniales que además de ser inscritas en el Registro Civil, también han de serlo, en determinadas circunstancias, en el de la Propiedad (cuando afecten a inmuebles) y en el Mercantil (según el art. 81 del R. R. M., la mujer casada inscrita como comerciante en este Registro, puede solicitar la inscripción de sus capitulaciones). Respecto a la emancipación, vid. sentencia del T. S. de 1 octubre 1910, *Col. Leg.*, t. 119, octubre–diciembre 1910; Resolución de la D. G. R. N. de 23 abril 1917, *Col. Leg.*, t. 140, vol. II, abril–junio 1917; Resolución de la D. G. R. N. de 21 febrero 1923, *Col. Leg.*, t. 185, vol. I, enero–marzo, 1923; Resolución de la D. G. R. N. de 14 mayo 1984, *B. I. M. /.*, núm. 1360, 1984, págs. 88–96.

(270) Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., págs. 615–620; P. Fedotti, «De l'efficacité extraterritoriale des actes de droit public», en *R. des C.*, t. 27 (1929–11), págs. 141–242; Y. Loussouarn y P. Bourel, *Droit international privé*, 4<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 1993, pág. 212; J. D. González Campos y A. Ortiz–Arce de la Fuente, «Artículo 11», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit. f t. I, págs. 386–427; E. Pérez Vera, «Comentario al artículo 11 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, op. cit., vol. I, págs. 290–324; J. de Yanguas Messía, «La regla locus regit actum», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XV, 1967, págs. 479–497; T. Ballarino, *Forma degli atti e diritto Internazionale privato*, Padua, Cedam, 1970.

(271) Cabe resaltar que la posibilidad de que el Registrador utilice su propio conocimiento para proceder a aplicar el Derecho extranjero, predicable con carácter general para todo tipo de Registros, no implica en modo alguno una obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero, sino una simple facultad. Así lo ha puesto de relieve la doctrina registral con afirmaciones como las siguientes: «por no regir respecto de las leyes extranjeras la máxima iura novit curia, no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal Derecho» (Res. D. G. R. N. de 17 enero 1951 y 22 marzo 1974); «al no regir para este recurso la máxima iura novit curia y tener, en consecuencia, que acreditarse la ley nacional, para que pueda calificar acerca de la capacidad» (Res. D. G. R. N. de 14 julio 1965). En otro orden de cosas, la jurisprudencia registral es asimismo constante a la hora

de determinar la libre apreciación por el Registrador de las pruebas documentales presentadas. La Resolución de la D. G. R. N. de 17 enero 1951 señaló que las manifestaciones del fedatario acerca del contenido de la ley extranjera no obligan al Registrador a idéntica apreciación, por lo que puede éste exigir «la justificación del contenido y vigencia de las normas reguladoras de la capacidad civil de los extranjeros, incluso tratándose de escrituras autorizadas por los Cónsules españoles en el ejercicio de funciones notariales, sometidas a la calificación en igual forma que las otorgadas ante notario»; en esta idea insiste la Resolución de la D. G. R. N. de 14 julio 1965, con el fin de permitir que el Registrador utilice cuantos otros instrumentos de información estime necesarios, de forma que «al no estar vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura, se ha declarado reiteradamente por este Centro que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios». Abunda en esta última idea la Resolución de la D. G. R. N. de 14 diciembre 1981, al estimar que «no se pretende señalar que la conducta del Registrador en esta materia sea puramente pasiva, pues... c) en el caso de discrepancia con el juicio de capacidad emitido por los funcionarios indicados (Notarios y Cónsules) (puede) manifestar el punto concreto de su desistimiento al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno español». Por último, la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito del Registro Mercantil ha quedado reducida a la nada en la nueva redacción del R. R. M. contenida en el Real Decreto 1.597/1989, de 29 diciembre, toda vez que, tanto para la inscripción de empresarios o sociedades extranjeras (artículo 273), como de sus sucursales (arts. 264 y 265), no se exige, stricto sensu, la prueba de su constitución conforme a la ley extranjera, ni la capacidad del empresario individual extranjero (antiguos arts. 9, 74 y 88 del R. R. M.), sino el reconocimiento del documento en el que conste su existencia, estatutos y administradores, así como la certificación literal de la hoja o expediente del Registro extranjero.

(272) Fue el R. H. de 14 febrero 1947 el que recogiendo esas medidas en el artículo 36 hizo posible por vez primera la actuación indicada. En la actualidad, la aplicación del Derecho extranjero por propio conocimiento del Registrador de la Propiedad recibe sanción expresa en el artículo 36 del R. H., reformado por el Real Decreto 2.556/1977, de 27 agosto, al que antes se hizo referencia. Partiendo, pues, de esta regulación, pueden formularse algunas observaciones centradas en la aplicación de oficio de las leyes extranjeras. En efecto, la intervención del Registrador en este punto aparece conformada como una facultad y no como un deber. «El Registrador podrá...», afirma el texto normativo en lógica concordancia con uno de los principios rectores de su actuación. En opinión de J. M. Chico Ortiz, «Queda también en pie la problemática de la aceptación que el Registrador calificador del documento haga con base en el conocimiento suficiente de la legislación extranjera, y la posible aceptación que el accidental pueda hacer bajo su responsabilidad, de esa afirmación que puede retrasar el despacho de un documento ante una posible discrepancia».

(273) El principio de legalidad se traduce en tres tipos de garantías: de exactitud registral, de legalidad en sentido estricto y, por último, de efectividad. La primera de dichas garantías se refiere a establecer una serie de puntos que permitan mantener la certeza registral (v. gr.: arts. 42, 44, 82 y 85 de la L. R. C). La segunda tiene relación directa con el artículo 27 de la L. R. C, en cuanto a la calificación se refiere, de manera que sólo acceden al Registro actos que reúnan unas adecuadas condiciones de validez y eficacia y, finalmente, la tercera engloba los cauces de control: inspección, infracción y sanción. Vid. I. Peré

Raluy, Derecho del Registro Civil, t. I, Madrid, Águila, S. A., 1962, págs. 108 y 109; F. Luces Gil, Derecho Registral Civil, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, págs. 25-27.

(274) La extensión de la calificación registral a los documentos en que interviene un elemento extranjero efectuada por el artículo 47 del R. H. de 1915, junto al silencio que este mismo precepto guardaba acerca de la «propia ciencia» del Encargado del Registro de la Propiedad, motivó la inclusión de instrumentos probatorios aptos para proporcionar a ese funcionario los datos legales por él legítimamente desconocidos. Esta situación se mantuvo en el R. H. de 14 febrero 1947, si bien, localizada en el artículo 36. Finalmente, recibe un trato, en parte diferenciado, con la reforma de la última disposición a través del Real Decreto 2.556/1977, de 27 agosto.

(275) Vid. Resolución de la D. G. R. N. de 2 septiembre 1976.

(276) La jurisprudencia de la D. G. R. N. se inclina unánimemente por la solución apuntada, como lo demuestran las Resoluciones de 17 enero 1951 («... sin que las manifestaciones del fedatario le obliguen a idéntica apreciación... por lo que... puede exigir... la justificación del contenido y vigencia de las normas reguladoras de la capacidad civil de los extranjeros, incluso tratándose de escrituras autorizadas por los Cónsules españoles en el ejercicio de funciones notariales, sometidas a la calificación .en igual forma que las otorgadas ante Notario»), de 14 julio 1965 («al no estar vinculado (el Registrador) a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura, y por ello se ha declarado reiteradamente por este Centro que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios...») y la de 14 diciembre 1981 («Consideraciones que con lo indicado anteriormente no se pretende señalar que la conducta del Registrador en esta materia sea puramente pasiva, pues ... c) en caso de discrepancia con el juicio de capacidad emitido por los funcionarios indicados (Notarios y Cónsules) (puede) manifestar el punto concreto de su desistimiento al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno español»). Aunque más matizadamente, en igual dirección se expresa la doctrina autorizada, sobre todo tratándose de aplicación del Derecho extranjero conocido por el Notario. En concreto, parece ser esta opinión la defendida por J. M. Chico Ortiz y C. Ramírez Ramírez al hacerse eco de la tesis de P. Avila, quien faculta al Registrador «para exigir como complementarios» los certificados consulares o diplomáticos pertinentes», pese a existir el juicio previo del fedatario. El propio autor citado, en sus Estudios de Derecho Notarial, afirma el carácter particular o extraoficial del referido conocimiento, por lo que no debe reconocérsele la misma fuerza que cuando se apoya en el conocimiento oficial (de la ley española). Contraria parece, en principio, la posición de J. M<sup>º</sup> Mengual y Mengual, al estimar que, presentados los informes oportunos y dando fe el Notario de la realidad legal, «el Registrador tendrá que aceptar lo consignado en el documento notarial. Y al ocurrir todo ello así, resultará que la autonomía de la voluntad del Registrador estará limitada por la calificación que de aquella capacidad y de aquel estado legislativo haya hecho, previamente, el Notario autorizante». Pero si ello es cierto, no hay razón para sostener una postura opuesta cuando la ciencia del Notario verse sobre lengua y no sobre leyes extranjeras. Resultando, por consiguiente, inoportuna la cita posterior a la Resolución de la D. G. R. N. de 20 febrero 1879, que «facultó a los Registradores para obtener de los documentos otorgados en el extranjero una traducción más auténtica que la hecha por el Notario cuando éste los haya traducido por conocer el idioma con que están redactados». No faltan, por último, soluciones manifiestamente contrarias, como la

de E. Giménez Arnau, para quien deberá bastar el juicio de capacidad que, apoyado en su propio conocimiento, efectúe el Notario (loc. cit., págs. 526–531).

(277) B. Camy Sánchez–Cañete afirma que la obligatoriedad de la calificación registral «no puede eludirse mediante consultas a la Dirección de cuestiones que deben ser objeto de aquella», y alega en apoyo de su tesis un número importante de Resoluciones dictadas en el siglo pasado (Res. D. G. R. N. de 12 septiembre 1863, de 23 julio y 20 septiembre 1870, 30 septiembre 1872, 6 diciembre 1873, 27 abril y 17 septiembre 1874, 23 marzo y 16 noviembre 1875, 27 noviembre 1877 y 7 noviembre 1879, y R. O. de 2 noviembre 1867). Se pretende evitar con esta negativa el riesgo de soslayar la responsabilidad inherente a la intervención registral por obrar «al dictado de la decisión de la Superioridad». En el mismo sentido se pronuncia J. L. Lacruz Berdejo al distinguir «entre conocimiento corporativo del funcionario de la Administración que puede consultar con organismos asesores superiores, y el Registrador, que en cuanto al fondo de la cuestión sobre la que ha de decidir, tiene prohibida la consulta a la Dirección General (evidentemente, a cualquier otro escalón de la jerarquía o centro del Ministerio en un plano distinto del meramente informativo)». A partir de esta opinión puede quedar un resquicio a la solicitud de ayuda cuando ésta se realice con la única finalidad de instruirse en determinados puntos, pero parece que tal posibilidad queda vedada por la dicción literal de los correspondientes textos legales.

(278) Una indicación similar se encuentra en el precepto que le sigue en tema paralelo al que examinamos, como es la traducción de documentos presentados en idioma no español. De acuerdo con el artículo 37, 3, del R. H.: «El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir del documento oficial de traducción cuando conociere el idioma, el dialecto o la letra antigua de que se trate.»

(279) Vid. B. Camy Sánchez–Cañete, op. cit., págs. 258–265; R. M.a Roca Sastre. Derecho hipotecario, t. II, 6ª ed., Barcelona, Bosch, 1968, págs. 595–605; F. Núñez Lagos, Aspectos notariales de la legislación de inversiones extranjeras en España, vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1982, págs. 125 y 136.