

ESTUDIOS

La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español

M.^a PILAR DIAGO DIAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional privado
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Determinación del régimen económico matrimonial en defecto de pacto y vías de oposición a terceros: a) Adquisición de bienes inmuebles sitos en España, según régimen económico matrimonial extranjero.–III. Doctrina actual de la DGRN relativa a las anotaciones preventivas de embargo.–IV. Posibilidad de celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales: oponibilidad a los terceros: a) Ley aplicable a la forma y a la publicidad de las capitulaciones. b) La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales: 1. La publicación de las capitulaciones matrimoniales en los Registros de la Propiedad y Mercantil. 2. La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil. 3. Inscripción de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero.–V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que se plantean con renovada actualidad en el ámbito de las relaciones económicas entre los cónyuges, es el relativo a la protección de los terceros que contratan con ellos. La ausencia de cauces de publicidad eficientes, el hecho de que con frecuencia el sistema registral español presenta errores y la deficiente regulación internacional privatista que afecta desde tiempos remotos a la perspectiva notarial-registral, son algunos de los factores que contribuyen a generar una inseguridad jurídica intolerable en este ámbito.

El sistema de Derecho Internacional Privado español, otorga a los cónyuges un interesante poder discrecional a la hora de regular sus relaciones económicas. Tal poder se extiende a la posibilidad de mutación, sustitución e incluso extinción del régimen que pueden pactar a través de capitulaciones matrimoniales (art. 9.3 Cc). En ocasiones la concreción real de esa libertad, puede ser perjudicial para lo terceros que contratan con ellos.

Debe tenerse en cuenta además, que la variedad de circunstancias que pueden concurrir en las relaciones privadas internacionales y en su desarrollo futuro, hace que pese a que los cónyuges no hayan pactado capitulaciones, sea difícil conocer para el tercero cual es el régimen rector de las relaciones económico- matrimoniales, de aquel con el que establece o puede establecer relaciones negociales. Y ello pese a que el artículo 9.2 Cc se dirige a determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio en los supuestos que nos ocupan.

La persona merecedora de protección y que denominamos «tercero», es aquella que con base en la relación o negocio jurídico entablado con el o los cónyuges, tiene una pretensión real o personal contra aquél o aquellos. Por tanto, no sólo será «tercero» el adquirente según el Derecho inmobiliario registral¹, esta es sólo una posible tipificación de las que pueden configurar la posición de «tercero».

Nos situamos, ante la perspectiva de aquel que contrata con persona casada y que puede verse afectado por el régimen económico de aquella. Imaginemos la apariencia de solvencia económica que puede generar determinados matrimonios y que no se corresponde con la realidad, porque existe un desconocido régimen de separación de bienes por ejemplo. Es evidente que el tercero esta interesado legítimamente en conocer sí y en qué medida, una deuda contraída por uno de los esposos obliga al otro.

La mutación del régimen económico matrimonial de comunidad a separación, una vez que uno de los cónyuges ha contraído deudas con el acreedor, también puede generar problemas para estos, cuando de aquella forma se trata de escapar de sus legítimas pretensiones. Piénsese igualmente en los problemas que ocasiona el que la consignación del régimen económico matrimonial de los compradores no se haga correctamente y los problemas que esto generará en el supuesto de una futura enajenación, incluso en el caso de un posible embargo de la propiedad.

A éstas y otras cuestiones que la práctica plantea y que tienen su correspondiente expresión en el considerable aumento de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre este particular, hay que añadir los problemas estructurales que derivan del mismo sistema de publicidad, y de las consecuencias de que esta se lleve a cabo a través de Registros extranjeros y aún, la imposibilidad de que se lleve a cabo en Registros españoles.

Alguna de las cuestiones que se plantean y que se van a abordar en este trabajo son las siguientes: ¿El convenio relativo al régimen económico matrimonial de unos extranjeros, inscrito en el Registro de su país, podrá llegar a afectar al tercero español? ¿qué sistema de publicidad seguirá las capitulaciones otorgadas por españoles en el extranjero? ¿serán aptas para producir efectos en España? De ser así ¿se les debe exigir la penetración en el sistema de publicidad español? ¿podrá acceder a éste las capitulaciones celebradas por extranjeros en el extranjero?

Como se puede observar, se trata de un tema eminentemente práctico y actual, que cuenta con un elevado grado de complejidad. La preocupación por estas cuestiones llega incluso a la Unión Europea, y en el libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de com-

¹ LACRUZ J. L., «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral» en *RCDI*, 1963, pp. 593 a 608 en especial, pp. 606 a 608 y MORA MATEO, J. E., «Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones» en *RGD sep.* 1997, pp. 10317 a 13051, en concreto, p. 10338.

petencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo², se introduce una pregunta sobre el registro y publicidad de los regímenes matrimoniales, lo que pone de relieve la importancia que en este contexto, se otorga este tema.

II. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN DEFECTO DE PACTO Y VÍAS DE OPOSICIÓN A TERCEROS

La premisa general de la que se debe partir es que el régimen económico matrimonial no es algo que interese sólo a los cónyuges, sino que interesa de manera muy especial a los terceros que contratan con ellos, pues de aquel va a depender el ámbito de responsabilidad y gestión que sobre los bienes patrimoniales tenga cada cónyuge. De ahí, que el tercero tenga un interés legítimo en conocer cual es ese concreto régimen.

El conocimiento del régimen económico matrimonial de la persona casada, y para ello, la estructuración de un sistema que lo facilite, es uno de los objetivos a los que se debe orientar un eficiente mecanismo de protección de terceros. Este apartado se dedica a abordar los supuestos en los que no existen capitulaciones matrimoniales y la determinación del régimen resulta difícil, hasta el punto en que su concreta consignación termina por no hacerse, produciéndose una peligrosa dilación de los problemas a un futuro. Téngase presente que el principio fundamental que debe presidir un adecuado sistema de protección de terceros, es sin lugar a dudas, el de la seguridad jurídica.

En el supuesto en que los esposos no hayan pactado capitulaciones matrimoniales, debería ser sencillo determinar cual es el régimen económico matrimonial de los cónyuges. El artículo 9.2 del Código Civil nos da las pautas para ello, simplemente se debe hacer jugar las conexiones al calor de las circunstancias del caso concreto, para determinar así la ley rectora.

Esta será la de la nacionalidad común de aquellos al tiempo de contraer matrimonio, en defecto de esta, la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio (la práctica demuestra que no es habitual esta elección, con lo que habrá que pasar a la siguiente conexión) la de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio.

Una vez determinada la ley rectora, se puede afirmar que el régimen económico matrimonial será el que aquella designe como régimen legal, habida cuenta de la ausencia de pactos entre las partes. Cuestión aparte será el conocimiento concreto de la normativa de la que se trate. Téngase en cuenta que las diferencias entre los regímenes establecidos en los diferentes ordenamientos jurídicos son muy notables³, basta pensar en las diferencias que existen dentro de nuestro propio sistema plurilegislativo español o en las peculiaridades de sistemas de inspiración islámica, que

² Bruselas 17-07-2006 COM (2006) 400 final.

³ AAVV, *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Genève 2006.

llegan incluso a carecer de un concepto similar al nuestro de ordenación económica en el seno del matrimonio⁴. Pero además, los diferentes sistemas pueden establecer limitaciones que deberán ser tenidas en cuenta. Piénsese por ejemplo en las relativas a la disposición de la vivienda familiar⁵.

Debe tenerse presente por otro lado, que en ocasiones se producen distorsiones en la consignación del régimen matrimonial, ocasionadas unas veces por la manifestación errónea del o los cónyuges y otras veces por los errores cometidos por los propios Notarios que no aciertan a hacer una consignación correcta. Una de las consecuencias más nocivas que estas imprecisiones generan, son los efectos-cadena que son susceptibles de provocar, en cuanto que pueden llegar a transmitirse al Registro de la Propiedad. Esto es precisamente lo que ocurre en los supuestos que se abordan a continuación.

A) Adquisición de bienes inmuebles sitos en España, según régimen económico matrimonial extranjero

Frente a todas estas deficiencias, se encuentra la realidad actual marcada por el proceso de la globalización y que en lo que aquí interesa tiene su manifestación directa, en el creciente aumento de la presencia de elementos extranjeros en el ámbito de la contratación. Hace ya varios decenios que las razones turísticas motivaron la adquisición de bienes inmuebles por parte de extranjeros en España, ahora a aquellas motivaciones se une la fuerte inmigración que de manera constante recibimos⁶. Este es otro de los elementos que explican el auge de ese fenómeno, hasta el punto de que hay notarios que declaran que más del 50% de las comparecencias que realizan, se refieren a extranjeros, sean o no comunitarios⁷.

Pues bien, es en el momento de la adquisición de un bien inmueble y muy en especial en el momento de su venta, cuando se hace necesaria la comprobación y correspondiente inscripción del régimen económico matrimonial⁸. El artículo 92 del Reglamento Hipotecario (en adelante RH) nos da las pautas para proceder a la inscripción correspondiente:

Quando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquellos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste si constare.

Lo primero que debe tenerse en cuenta para lograr una correcta aplicación de este precepto, es que no va dirigido a las compras efectuadas por extranjeros según

⁴ Contando con instituciones además, para nosotros desconocidas como es el caso de la dote islámica DIAGO DIAGO, M.^a P., «La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du Droit international privé espagnol» en *Annales de droit de Louvain* 2001, pp. 407 a 442.

⁵ En el caso en que el régimen se rigiera por Derecho Común español artículo 1320 Cc.

⁶ BLANCO-MORALES LIMONES, P. y CABALLUD HERNANDO, A. M.^a, «Inmigración y Registro Civil» en *BIMJ*, núm. 2059 2008, pp. 1271 a 1299.

⁷ VENTOSO ESCRIBANO, A., «Régimen económico matrimonial de extranjeros: perspectiva notarial-registral» en *AAVV Libro-homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola* vol.I 2006, pp. 1825 a 1885.

⁸ MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., hace referencia a alguno de los problemas que se pueden plantear en «Inscripción registral de actos de disposición sobre bienes de una sociedad conyugal internacional» en *AAVV Derecho Registral internacional: homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero* Madrid 2003, pp. 237 a 245.

régimen económico matrimonial extranjero. Aunque es cierto que en muchas ocasiones es esa situación la que se producirá, el precepto se refiere a los supuestos en que sea una legislación extranjera, la rectora del régimen económico matrimonial del adquirente, con independencia de su nacionalidad⁹.

Valga como ejemplo el caso de un matrimonio mixto, él de nacionalidad italiana y ella española que establecen su primera residencia habitual en Roma. No hacen capítulos matrimoniales y al cabo de un tiempo el marido viene a España y adquiere un bonito chalet en Marbella, lugar donde el matrimonio espera poder pasar sus vacaciones estivales.

Tal y como establece el artículo 9.2 Cc, el régimen económico matrimonial de la pareja se registrará por el Derecho italiano (en defecto de nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio) y la inscripción correspondiente deberá practicarse, haciéndose constar esta circunstancia, aún cuando el comprador sea nacional español.

La siguiente cuestión a dilucidar es ¿cómo se realiza en la práctica la inscripción? Porque se ha de practicar tal y como reza el precepto, *haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste si constare*.

Debe tenerse en cuenta además, las disposiciones contenidas en el artículo 51 del RH que obliga a una mayor concreción, en cuanto que dispone que:

9ª Las personas a cuyo favor se practique la inscripción y aquellas de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas:

a) si se trata de personas físicas, se expresarán..., si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado, y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; ...

La casuística que la practica presenta es muy grande y ha dado lugar a una doctrina, que la DGRN sienta en sus Resoluciones y conforme a la cual se solucionan los problemas que de manera reincidente se plantean sobre este particular.

El primer supuesto que puede plantearse, es aquel en el que conste el régimen matrimonial del o los adquirentes, en este caso se hará la correspondiente inscripción, con la indicación de tal régimen y no se plantearán más problemas. En este punto debe recordarse que el RH habilita al Registrador para hacer valer si fuera el caso, su conocimiento privado¹⁰, lo que puede ser útil para la verificación (RDGRN 6 de abril de 2005 y SAP de Alicante 15 de diciembre de 2005) e incluso para la determinación del régimen en los supuestos en que los cónyuges no lo acrediten, quizás porque no lo sepan (RDGRN 19 de diciembre de 2003, 10 de enero y 4 de febrero de 2004).

⁹ No es de extrañar que haya Resoluciones de la DGRN que sigan esta errónea tendencia, si tenemos en cuenta que el RD 3215/1982 de 12 de noviembre que dio lugar a este precepto ya partía de este error. No obstante llama la atención el que todavía hoy se consignen estos limitados supuestos de hecho en relación al artículo 92 RH ver, como ejemplo ROBLES PEREA, M. A., «Las compras de cónyuges extranjeros, adquisición según el régimen económico matrimonial extranjero» en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 110 de 2004, pp. 3669 a 3672.

¹⁰ Así cabe deducirse del artículo 36 que establece que «El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así costar en el asiento correspondiente» ver, Una de las primeras Resoluciones sobre el tema 14 de diciembre de 1981.

Puede ocurrir no obstante, que la consignación que el adquirente haga de su régimen no sea la correcta o incluso que desconozcan este extremo. El notario o el Registrador a su vez, puede que no tengan un conocimiento seguro de cual es el régimen extranjero rector de la economía conyugal. Cuando esto ocurra deberán como primer paso, intentar la determinación del régimen económico matrimonial conforme al artículo 9.2 Cc ya analizado. Recordemos que a ello se verá obligado tanto el notario como el registrador, a la luz del artículo 12.6 del Cc, que ordena la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español a los Tribunales y autoridades.

En un caso concreto, puede ocurrir que ambos cónyuges tengan la misma nacionalidad, entonces determinar cual es el régimen económico será sencillo: el correspondiente a la nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, pudiéndose consignar en ese caso, que su régimen será el legal de ese país y que compran conforme a tal régimen económico.

Ahora bien, si las partes no acreditan su régimen económico o no revelan los datos necesarios para la concreción de aquel, según la doctrina seguida hasta ahora por la DGRN, no es exigible su determinación y ésta se deferirá al momento de la enajenación. De lo que se deduce que no existe una obligación de acreditar el régimen económico matrimonial en este momento

La Resolución de 7 de marzo de 2007 de la DGRN que sigue las pautas de otras anteriores: 10 de marzo de 1978, 29 de octubre de 2002, 3, 27 y 28 de enero y 21 y 24 de febrero y 19 de diciembre de 2003, 10 de enero de 2004 y 7 de julio de 2006, nos sitúa ante esta curiosa solución.

En el caso concreto, se conoce de un recurso interpuesto por el Notario de Alcalá de Henares contra la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una escritura de compra-venta, en la que consta que dos esposos de nacionalidad polaca adquieren para su sociedad conyugal una finca. El Registrador suspende la inscripción por estimar que no se precisa el régimen matrimonial de los adquirentes.

Como señala el fundamento de Derecho segundo de esta Resolución, haciendo referencia únicamente a las adquisiciones realizadas por cónyuges extranjeros (no se insistirá en lo desacertado de la limitación del supuesto), no es exigible la determinación del régimen matrimonial, pues resulta más eficaz diferir tal determinación para el momento de la enajenación. Así, tomando como base el tenor literal del artículo 92 RH, se procederá a la inscripción a favor de los adquirentes «con sujeción a su régimen matrimonial», sin necesidad de expresar el régimen en el Registro, si como es el caso, no constare.

Esta práctica no parece que ayude a la determinación de los derechos del titular o titulares, y a su conocimiento por parte de un tercero. La adquisición quedará inscrita a favor del o de los cónyuges, con sujeción a un régimen matrimonial no conocido, lo que puede generar problemas durante el tiempo en que el bien sea de su propiedad, amen de la falta de seguridad jurídica a la que esa imprecisión puede dar lugar y que puede afectar al tercero y su relación negocial con la persona casada.

El hecho de que la enajenación o el gravamen, se haga con posterioridad y contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria) o mediante demanda contra los dos (enajenación forzosa), sólo viene a resolver los problemas respecto de

los actos traslativos últimos¹¹, dejando al descubierto todos los demás que pueden acontecer hasta ese momento y lo que es más grave, dando lugar a una inseguridad jurídica difícilmente justificable en este contexto.

Mención aparte merece la indicación en su caso, de las cuotas o participación de compra de cada cónyuge, en el supuesto en que el régimen económico matrimonial de que se trate, sea de separación o similar. Recordemos que el artículo 54 RH da indicaciones al respecto:

1. las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada codueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente

2. Esta regla cuando las partes de un mismo bien, aún perteneciendo a un solo titular, tengan distinto carácter o distinto régimen

3. No se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga.

Pues bien, este tema no ha pasado desapercibido y existen numerosas Resoluciones que vienen a dar soluciones diferenciadas, según sea el régimen económico que rija el matrimonio. El dato fundamental sobre el que descansan dichas soluciones, es si el régimen en cuestión es de comunidad o de separación.

La Resolución del 7 de julio de 2006, sirve de ejemplo del primer supuesto. Se trata de un recurso interpuesto por la Notaria de Benalmádena contra la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de la cual dos nacionales colombianos, casados en régimen de comunidad de su nacionalidad, adquieren una finca para su sociedad conyugal con sujeción a su régimen.

Tal y como señala el Fundamento Segundo de la Resolución, la doctrina de la DGRN consiste en que no es exigible la determinación de las cuotas, cuando se adquiere bajo un régimen matrimonial de comunidad y la inscripción se puede practicar a su favor «con sujeción a su régimen matrimonial» con indicación de éste, si consta en el título, como es el caso.

La solución resulta satisfactoria, pero hay una circunstancia fundamental que contribuye a ello y es que consta cual es el régimen matrimonial y se conoce que es de comunidad. Las dificultades se plantean cuando aquel no conste y recordemos que según doctrina de la DGRN con respecto a la demostración del régimen económico existente, tal y como se ha visto, se limita a exigir que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere «con sujeción a su régimen matrimonial».

Es lo que ocurre precisamente en la Resolución de 13 de marzo de 2003 en la que se estima el recurso interpuesto por el Notario de Pilar de la Horadada contra la negativa del Registrador de la Propiedad, a inscribir una escritura de compraventa de dos cónyuges de nacionalidad islandesa, que adquieren una finca con sujeción a su régimen matrimonial islandés. El Registrador alega que no queda determinado el tipo de régimen rector de la economía de los cónyuges, si es de tipo romano, germánico, mixto, de participación...

Es evidente que esta indefinición provoca incertidumbre, de cara a determinar si en el caso concreto, ha de manifestarse la proporción en la que adquieren los com-

¹¹ Ver, Entre otras RDGRN de 14 de marzo de 2003, en especial, Fundamento de Derecho segundo.

pradores. La DGRN estimó el recurso, señalando que el Registrador debe inscribir a nombre de los adquirentes expresando solamente que la inscripción se realiza «con sujeción a su régimen matrimonial». Con ello se favorece la celeridad de las escrituras, pero a un coste elevado que puede no justificar suficientemente esa finalidad.

El segundo supuesto que puede plantearse es aquel en que el régimen económico de los cónyuges sea de separación, en este caso deberá fijarse las cuotas tal y como ordena el artículo 54 del RH antes mencionado. Si consta cual es aquel, no habrá más problemas, pero igual que ocurría en el supuesto primero, las dificultades surgen de la falta de concreción.

En estos casos, resulta vital el conocimiento que el Registrador tenga del régimen extranjero, de manera que si sabe que es de separación, su obligación es imponer el que se fijen las cuotas indivisas correspondientes a cada uno de los adquirentes. Así lo ha declarado la DGRN en un buen número de Resoluciones (29 de octubre de 2002, 3, 10, 27 y 28 de enero de y 21 y 24 de febrero de 2003 y 10 de enero, 4 y 12 de febrero de 2004 entre otras)

Valga como ejemplo la de 10 de enero de 2004. En este caso se trata de cónyuges de nacionalidad pakistaní, casados bajo el régimen pakistaní, que compran y adquieren en pleno dominio determinadas fincas, con sujeción a su régimen matrimonial. Afirmado por el Registrador que el Derecho pakistaní establece el sistema de separación, el artículo 54 impone la fijación de cuotas, lo que provoca la negativa del Registrador a inscribir, por la ausencia de indicación al respecto.

Pese a que la solución a este segundo supuesto puede ser satisfactoria, no esta exenta de ciertos riesgos. Obsérvese que el Registrador da por bueno lo consignado por el Notario y que en el caso que nos ocupa resulta significativo que se apuntara que la adquisición se hizo «con sujeción a su régimen matrimonial» pues como declara el Notario, ni los mismos comparecientes supieron precisar aquel, en el momento del otorgamiento¹². Pero además, este sistema puede tener fallos cuando el Registrador o el mismo Notario no tengan suficientes conocimientos del Derecho extranjero, o no tengan un conocimiento exacto de éste¹³. Es lo que significativamente ha ocurrido en otras ocasiones, respecto del Derecho británico e incluso respecto del Derecho alemán¹⁴. Cabe señalar todavía una dificultad más y es que aún cuando se haga la consignación de las cuotas correspondientes, puede llegar a plantearse problemas si se desconoce totalmente el Derecho extranjero rector de la economía matrimonial. (cuestión sobre la que se volverá en apartado siguiente)

Volvamos ahora, a los últimos casos que pueden plantearse cuando el régimen económico matrimonial de los compradores, se rige por Derecho extranjero y no se acredita éste. Ya se ha visto los casos en los que los cónyuges tengan la misma nacionalidad, pero bien puede ocurrir que los cónyuges no tuvieran la misma nacionalidad en el momento de la celebración del matrimonio. Este hecho vendrá a complicar la

¹² Ver, hechos de la RDGRN III.

¹³ En el caso de la Resolución se dice que en Pakistán rige el Derecho musulmán clásico y por tanto la absoluta separación de bienes, un estudio más detallado de aquel ordenamiento exigiría mayor exactitud en la concreción.

¹⁴ Ver, sobre el Derecho británico SÁNCHEZ LORENZO, S., «Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a los ciudadanos británicos» en *RCDI*, núm. 697 sept-octub 2006, pp. 1999 a 2025 sobre el Derecho alemán ver, CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Efectos del matrimonio» en *AAVV Derecho Internacional Privado* vol. II, Granada 2007, pp. 19-120.

determinación del régimen económico, pues habrá que hacer jugar el resto de conexiones del 9.2 Cc, tal y como se ha señalado más arriba.

Parece que en estos casos la DGRN viene a exigir que los cónyuges manifiesten cual es la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. De no hacerlo se opta por denegar la inscripción. Obsérvese el trato diferente que recibe la misma cuestión, con la única variante de que exista o no nacionalidad común de los cónyuges en los supuestos planteados.

La Resolución de 5 de marzo de 2007 constituye un buen ejemplo de la solución apuntada. La Notaria de Ciudad Real interpone recurso contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, a inscribir una escritura de compraventa por la que un nacional español y una nacional peruana, que declaran que están casados «bajo el régimen de su nacionalidad», adquieren por compra una finca «para el régimen de su nacionalidad».

El recurso es desestimado, porque según se señala en el Fundamento de Derecho Tercero, en este supuesto se necesita, la determinación por manifestación del adquirente o adquirentes de cual sea la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de acuerdo a los criterios del 9.2 Cc. De esta forma se conocerá si la ley aplicable será una ley extranjera, lo que posibilitará conforme al 92 RH que la finca se inscriba con sujeción al régimen matrimonial de esa ley nacional, sin necesidad de precisar cual sea aquel. En el caso en que la ley rectora sea la española conforme al artículo 51.9 del RH habría que manifestar y en su caso acreditar, el régimen económico matrimonial concreto, por afectar la adquisición a los derechos futuros de la sociedad conyugal.

Son muchos los interrogantes que genera esta diferenciada solución. En primer lugar se detecta una diferencia de trato no muy bien justificada. En estos supuestos el adquirente ha de manifestar la ley aplicable, en el caso de que tengan distinta nacionalidad. Parece que esto no es necesario cuando tengan la misma y entonces, se procede a hacer la inscripción «con sujeción a su régimen».

Con este planteamiento se trata simplemente, de poner de relieve que hay una ley extranjera rectora del régimen, sin más complicaciones. Desde esta perspectiva la diferenciación es correcta, porque es cierto que cuando ambos cónyuges tienen la misma nacionalidad y esta es extranjera, existe un elevado número de posibilidades de que una ley extranjera rija finalmente, su régimen.

Ahora bien, no tiene por qué ser la ley correspondiente a la nacionalidad común y aún cabría el planteamiento de casos en los que aquella ley podría ser la española. Pensemos en supuestos en que en el momento de la adquisición del bien (que es el único que parece ser tenido en cuenta), los contrayentes tienen una misma nacionalidad, pero no la tenían cuando contrajeron matrimonio. Si no se comprueba estos datos y se inscribe «con sujeción al régimen de su nacionalidad» o formula análoga, el resultado es que la inscripción es incorrecta.

Pero además, pensemos en que la realidad puede dar lugar a casos en los que pese a que los contrayentes sean extranjeros, pudiera su régimen regirse por Derecho español. Sería el supuesto de dos nacionales españoles que contraen matrimonio en España y que después de un tiempo emigran a otro país y adquieren la nacionalidad de éste, renunciando a la española. En el caso en que decidan adquirir un bien inmueble en España, y siguiendo las pautas que ha marcado hasta ahora la DGRN, es más que probable que, de plantearse un supuesto como el que se propone, se inscri-

quiera con sujeción al régimen extranjero. Nótese además, que en este caso podría intervenir para la delimitación del régimen, el Derecho interregional, basta con que los cónyuges tuvieran diferente vecindad civil en el momento de la celebración del matrimonio.

Otro de los problemas que se pueden plantear tiene que ver precisamente, con la dimensión interna del Derecho Internacional Privado. Imaginemos que en el caso del matrimonio español-peruano, manifiestan que su régimen matrimonial se rige por Ley española, entonces según señala la Resolución, tendrán que manifestar (que no acreditar porque no hay pacto capitular) el régimen económico matrimonial concreto. Si sólo se consigna la manifestación ¿esta tendrá en cuenta el posible juego de un determinado Derecho civil autonómico, correspondiente al lugar en el que establecieran su primera residencia habitual?

No parece que la diferencia de trato y el mismo proceder de la DGRN este suficientemente justificado, al menos con base en el argumento de que lo más práctico sea este proceder. Puede ser cierto y de hecho la práctica demuestra que lo es, que retrasar esta problemática al momento de realizar el correspondiente acto dispositivo, viene a resolverla, siempre que se produzca, posteriormente la disposición del bien por ambos cónyuges. Cuando esto es así, el que no hubiera sido consignado el régimen con exactitud, pasa a no tener relevancia y ello aún en supuestos de ruptura matrimonial y siempre, se ha de insistir en ello, que el acto ulterior cuente con el consentimiento correspondiente de ambos cónyuges o de los interesados, que pueden no ser cónyuges si uno de ellos ha fallecido por ejemplo ¹⁵.

Pero cabe preguntarse si esta «práctica manera de proceder» y sus consecuencias sustantivas inmediatas, que dan lugar a una importante indeterminación en la publicidad inmobiliaria, es en realidad necesaria. Si fuera así, podría ser aceptada como un mal menor que, en muchos casos, arrastraría un efecto contaminador de la misma publicidad operada por el Registro de la Propiedad. No obstante, la diferencia de trato analizada, da pistas sobre la posible y deseable instauración de soluciones más respetuosas con el espíritu del sistema y su tendencia a la consecución de la seguridad jurídica. Es este el valor imprescindible para alcanzar la protección de terceros que, aún cuando parece olvidarse, resulta vital en este contexto.

Cabe señalar al respecto que si en el caso de distinta nacionalidad de los cónyuges, se exige la manifestación del o de los adquirentes sobre la ley aplicable a su régimen matrimonial, lo mismo se puede exigir en el caso en que los cónyuges tengan nacionalidad común. Es más, se podría incluso tratar de consignar con eficacia qué régimen económico concreto rige la vida matrimonial, extremo fundamental de cara a la posible determinación de cuotas de participación y de cara al interés legítimo del tercero por conocer ese dato. Saber que el régimen económico se rige por un Derecho extranjero y desconocer cual es el concreto régimen legal, y en especial si es de comunidad o separación, no parece que sea de suficiente utilidad para el tercero.

La función del Notario es fundamental en este tema ¹⁶ y no se entiende por qué en casos como el comentado, se llega a alegar la imposibilidad de determinar con

¹⁵ Ver, entre otras (Resoluciones de 27 de noviembre de 2003 y 4 de mayo de 2004).

¹⁶ Ver, por todos SIMÓ SANTONJA, «problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros» en *RCDI*, núm. 510 1975, p. 1103.

certeza el régimen económico matrimonial¹⁷. Hubiera bastado con hacer las preguntas pertinentes, para indagar cual es aquel¹⁸, sin mayores dificultades: ¿tenían la misma nacionalidad en el momento de contraer matrimonio? En su defecto ¿cuál fue su primera residencia habitual? Si no la establecieron ¿en que lugar celebraron su matrimonio? Cuestión diferente y más problemática puede ser el segundo paso, conocer cual es el concreto régimen legal¹⁹. El diligente cumplimiento de la función general de los Notarios, puede así, evitar el planteamiento de distorsiones y contribuir de manera positiva, a reforzar nuestro sistema general de publicidad.

III. DOCTRINA ACTUAL DE LA DGRN RELATIVA A LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO

La práctica doctrinal seguida en la adquisición de bienes inmuebles sitios en España, según régimen económico matrimonial extranjero y que como se ha visto, consiste en una particular flexibilización de las normas registrales en este contexto (arts. 51.6 y 92 RH), pronto iba a traer consecuencias que irremediablemente, requerirían la atención de nuevo de la DGRN y la configuración por ésta, de otras respuestas acordes a su actual doctrina.

Me estoy refiriendo a supuestos en los que es necesario realizar una anotación preventiva de embargo. En ocasiones uno de los cónyuges contrae deudas y debe procederse a realizar una anotación de embargo a favor del acreedor. Pues bien, en ese momento resulta de vital importancia conocer el concreto régimen matrimonial del cónyuge deudor y en el caso en que aquel sea de separación, las cuotas por las que pertenece a uno y/u otro cónyuge²⁰.

En el caso en que en el Registro de la Propiedad se haya hecho correcta consignación de estos datos, no se plantearán más problemas. Pero llegado a esta parte del estudio, sabemos que esto no será así en demasiadas ocasiones. La práctica de la

¹⁷ Ver, tal declaración en Hechos III. Recordemos además, el mandato del artículo 12.6 Cc al que ya se ha hecho referencia.

¹⁸ En esta línea es interesante la propuesta de VENTOSO ESCRIBANO, *op. cit.*, p. 1879 que contiene varias consideraciones «La primera de ellas es el examen personal y personalizado por el notario para averiguar el régimen económico matrimonial.

En segundo término, que si de ese examen no resulta una conclusión indubitada debe trasladarse a los interesados para que procedan a una averiguación más profunda, sin perjuicio de poder otorgar unas capitulaciones y poder así conformar a su medida el régimen económico».

¹⁹ Resultan muy reveladoras las afirmaciones de A. BORRAS relativas a la actividad notarial en las relaciones internacionales «... al igual que un juez, deberá aplicar las normas de conflicto del foro, en España con el mandato del artículo 12 apartado 6, del Código Civil, y su conocimiento no sólo se referirá a éstas, sino también al de las normas de conflicto extranjeras, algo habitual en el ámbito sucesorio, con el fenómeno de reenvío en materia sucesoria, pero, además, en su función de asesoramiento también deberá conocer el Derecho material extranjero y, no pudiéndose aquí aplicar el principio *iura novit curia*, no cabe duda que en muchos casos necesitará de un asesoramiento de expertos» BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales» en Anales de la Academia Matritense del Notariado t. XLII, pp. 33 a 53 en especial, pp. 35-36

²⁰ Una de las posibles soluciones que se apuntan en el supuesto en que no se acredite el régimen es el de «comprar por mitad y proindiviso conforme al régimen económico» ver, Propuesta en VENTOSO ESCRIBANO, *op. cit.*, p. 1867, pero no debe olvidarse en ambas mitades estarían sujetas al régimen matrimonial legal, por lo que para «embargarse, venderse o hipotecar la mitad de uno de los cónyuges nos plantearíamos también los derechos matrimoniales que cada uno tiene sobre la mitad indivisa del otro» ver, ROBLES PERA, *op. cit.*, p. 3669.

DGRN, permite que en el Registro de la Propiedad pueda estar inscrito un bien a nombre de cónyuges cuyo régimen económico no se ha precisado, como tampoco las cuotas que en su caso pertenecen a uno u otro, ni por supuesto el contenido de aquel. El único requisito para que esto pueda ocurrir en la práctica, es que tal régimen estuviera sometido a legislación extranjera. Lo que en muchas ocasiones se deduce directamente de la circunstancia de que los cónyuges tengan nacionalidad extranjera, pero como se ha visto, también puede ocurrir cuando uno de ellos sea español.

Estas circunstancias son generadoras de dudas y problemas que llevan en muchas ocasiones a los Registradores, a suspender la inscripción de la correspondiente anotación preventiva de embargo, ante tales incertidumbres. Pues bien, la DGRN desarrolla una doctrina coherente con la situación que ella misma ha generado. Tal doctrina presenta la ventaja de admitir las anotaciones y dar solución futura para los casos en que la anotación concluyera con la venta forzosa del bien inmueble.

Las Resoluciones son muy numerosas y suelen reproducir una misma situación. La Resolución de 26 de junio de 2007 es ejemplificadora de la doctrina que en la actualidad sigue la DGRN y que se refleja en muchas otras. En el caso concreto se trata de dar solución a un recurso interpuesto por letrada del Ayuntamiento de Javea, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de aquella localidad, a practicar una anotación preventiva de embargo relativa a un finca inscrita a favor de cónyuges de nacionalidad francesa. La correspondiente inscripción se hizo con «sujeción a su régimen económico matrimonial» sin determinación de cuotas.

El problema se genera cuando se presenta en el Registro, mandamiento expedido por el Recaudador municipal, ordenando el embargo de la mitad indivisa de la finca perteneciente al marido. Entonces el Registrador deniega la anotación al entender que el procedimiento debe entablarse contra el marido y también contra la esposa. Con lo que considera que no es suficiente con la mera notificación que se realizó a aquella. Frente a esta negativa el Ayuntamiento recurre, entendiendo que la finca esta inscrita pro indiviso por partes iguales entre los cónyuges, por lo que considera que debe procederse a la anotación.

Idéntica problemática se plantea en otras recientes Resoluciones²¹: RDGRN de 15 de marzo de 2007 la finca aparecía inscrita a favor de cónyuges de nacionalidad holandesa con sujeción a su régimen matrimonial y sin determinación de cuotas, RDGRN de 10 de abril de 2007 inscripción a nombre de persona de nacionalidad rusa, casado en régimen legal de su país, RDGRN de 30 de abril de 2007 finca inscrita a nombre de señora de nacionalidad brasileña que compra con arreglo a su régimen matrimonial, RDGRN de 26 de mayo de 2007 finca inscrita a favor de cónyuges de nacionalidad francesa sin determinación de cuotas y con sujeción a su régimen matrimonial, RDGRN de 7 de junio de 2007 finca inscrita a favor de cónyuges de nacionalidad belga, sin determinación de cuotas y con sujeción a su régimen matrimonial, RDGRN de 25 de junio de 2007 la finca aparece inscrita: la nuda propiedad a favor de una señora y el usufructo, conjunto y sucesivo, a favor de unos cónyuges de nacionalidad francesa con sujeción a su régimen económico matrimonial.

En todas estas Resoluciones la DGRN, con acierto, señala que de tales inscripciones no puede entenderse que el cónyuge deudor es titular de una mitad indivisa de la finca, por la sencilla razón de que, como se ha visto, la inscripción se hace sin

²¹ Otras Resoluciones 3 de julio de 1998, 29 de octubre y 23 de noviembre de 2002, 10 de julio y 24 de noviembre de 2006

determinación de cuotas o partes indivisas. Para llegar a conocer con exactitud que tipo de participación tiene el marido o la mujer, necesariamente habrá que recurrir a los preceptos que el Derecho Internacional Privado español dedica a esta cuestión. En la medida en que no existen pactos o en la medida en que no hay datos sobre su existencia, el precepto de interés será el artículo 9.2 Cc.

En todos los casos se presupone que el juego de este precepto lleva necesariamente a la aplicación de un Derecho extranjero (argumento sobre el cual se apoya la flexibilización que se hace en estos supuestos) pues bien, el problema que a continuación se genera, es el de la acreditación a posteriori del Derecho extranjero, ya que la DGRN insiste en que *lege lata* la legitimación registral no se extiende a cual es el régimen matrimonial aplicable²². Es evidente que si en estos supuestos, se hubiera hecho una consignación correcta de aquel y se hubiera conseguido la correspondiente acreditación (bien de las partes o con base en el conocimiento privado de la autoridad interviniente), no se plantearía en este momento esta cuestión, porque se conocería cual era el régimen y los terceros estarían debidamente informados.

De esta manera surge un problema muy delicado, como es el de la alegación y prueba del Derecho extranjero. A lo que parece, corresponde al solicitante del embargo alegar y probar el Derecho, lo que no ocurre en ninguna de las Resoluciones comentadas. Dejemos a un lado el tema vidrioso de la alegación, pues esta puede ser innecesaria si se parte del principio de la aplicación de oficio de las normas de conflicto, por parte de la autoridad interviniente (art. 12.6 Cc)²³. Respecto de la prueba, debe tenerse en cuenta que una interpretación extensiva del artículo 281.2 de la LEC (en relación al artículo 36.2 y 36.3 RH), puede conducir a entender que el Notario²⁴ y el Registrador pueden intervenir en el proceso de prueba de Derecho extranjero. En estos casos, sí conocen cual es aquel, sabrán el contenido material del ordenamiento extranjero aplicable y la pertenencia del bien a cada cónyuge, poniendo fin al problema.

Si, como es el caso de las Resoluciones, no se entra en esta cuestión y el solicitante no acredita el Derecho extranjero (lo que no es lo mismo que no acreditar las normas aplicables, porque con base en lo ya señalado, no tiene sentido tal acreditación), no por ello se produce la consecuencia de rechazar la anotación preventiva. La solución que arbitra la DGRN es la de dirigir la demanda contra ambos cónyuges. Es evidente que así se resuelve el tema, pues si la anotación concluyera con la venta forzosa de la finca, el funcionario correspondiente podría actuar en representación de ambos cónyuges en caso de rebeldía y además, la entidad embargante se vería beneficiada, pues se podrá extender el embargo a la totalidad de la finca.

Se trata de una solución elaborada que evita el problema que generaría el no proceder a la anotación preventiva de embargo, lo que quizás constituye su mayor virtualidad. Pero son muchos los claro-oscuros que proyecta. Estas decisiones son

²² Ver, RDGRN de 10 de abril de 2007 Fundamento de Derecho tercero: «Lo cierto es que de *lege lata* la legitimación registral no se extiende a cual sea el régimen matrimonial aplicable. Esto obliga a una acreditación a posteriori del Derecho extranjero, y en particular de la capacidad de los cónyuges de nacionalidad extranjera para realizar los datos dispositivos sobre los bienes o derechos inscritos...»

²³ Ver, sobre este tema el interesante desarrollo que se hace en CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC 1/2000, La Ley 2005, núm. 6178 de 28 de enero de 2005.

²⁴ Ver, en general sobre la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Aplicación del Derecho extranjero por los Notarios» en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* t. XXXV Madrid 1996, pp. 171 a 209

susceptibles de provocar situaciones incómodas incluso injustas, pues habrá ocasiones en las que se dirija la demanda contra un cónyuge, cuya propiedad es en realidad, inmune al embargo; posibilidad que se conoce y se acepta. Pero además, no debe olvidarse el origen de todo este esfuerzo argumentativo, que deviene del hecho sencillo de no haberse inscrito la finca con sujeción al régimen económico real que rige la economía del matrimonio y con indicación de las cuotas e incluso del contenido esencial del régimen cuando así fuera necesario²⁵.

IV. POSIBILIDAD DE CELEBRACIÓN DE PACTOS O CAPITULACIONES MATRIMONIALES: Oponibilidad a los terceros

Una de las características más notables que presenta el sistema internacional privatista español en materia de efectos del matrimonio, es el protagonismo que aquel concede a los cónyuges a la hora de organizar sus relaciones económicas. El artículo 9.3 Cc es paradigmático de la penetración de la autonomía de la voluntad, en la determinación de la ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales en este ámbito²⁶.

Tal y como señala éste precepto, *los pactos o capitulaciones matrimoniales por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad, o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*.

Como puede observarse el mosaico de posibilidades que se abren a los cónyuges para regular su régimen, es importante, aunque no absoluto pues la autonomía de la voluntad es limitada. De los esposos y de sus concretas circunstancias, depende el que puedan activar la autonomía conflictual: eligiendo la ley aplicable a su economía matrimonial y la autonomía material: estipulando pactos matrimoniales que encajen en alguna de las leyes que resultan designadas como aplicables por el artículo 9.3.

Esta libertad que se concede a los cónyuges, tiene otra manifestación directa en la versión dinámica²⁷ que los pactos pueden ofrecer y que se origina a través de las mutaciones que son susceptibles de experimentar, a lo largo de la vida conyugal de los otorgantes. Me estoy refiriendo a la mutabilidad conflictual a la que dará lugar el

²⁵ Existen casos en los que la finca esta inscrita con una mayor precisión y en concreto en régimen de comunidad, si esto ocurre, es suficiente con conocer cual es el contenido material de la norma extranjera rectora del régimen y que al menos en esta variedad, no será muy diferente en sus estipulaciones al sistema español. RDGRN de 23 de enero de 2007 la finca aparece inscrita a nombre de los cónyuges de nacionalidad francesa casados en régimen de comunidad de bienes. Situación diferente se produce cuando la consignación del régimen puede ser errónea, lo que ya se ha puesto de relieve RDGRN de 16 de marzo de 2007 finca inscrita a favor de cónyuges de nacionalidad marroquí, casados en régimen de comunidad, si en efecto el Derecho marroquí rige el régimen económico y a la luz del sistema legal que establece, es harto difícil que la compra se realizará con sujeción a ese régimen.

²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr*. Granada 2000 y del mismo autor *Globalización y Derecho Internacional Privado* 2002, pp. 54-55, pp. 214 a 216.

²⁷ DROZ se refería a una dimensión dinámica DROZ, G., «Les régimes matrimoniaux de droit international privé» en *R. des C.* 1978 III, pp. 1 a 137.

cambio de elección de ley aplicable y a la mutabilidad material a la que dará lugar los cambios materiales que los cónyuges pueden introducir en la capitulación²⁸.

Pues bien, dada la trascendencia que como se ha visto, tiene para los terceros el conocimiento del régimen económico matrimonial, resulta de vital importancia que la libertad de la que gozan los cónyuges, tenga como contrapeso la existencia de un sistema de publicidad adecuado. Máxime cuando esa libertad puede tener su manifestación en eventuales supuestos de mutabilidad.

El hecho de que existan capitulaciones, puede llevar a la creencia de que será fácil para los terceros acceder a ellas, desgraciadamente no es lo que ocurre en España. En general puede afirmarse que el sistema es deficiente²⁹ y que lo es, especialmente cuando entran a jugar elementos de heterogeneidad y que la situación se agrava por la ausencia de cláusula de protección de terceros.

De nuevo y de manera errónea podría pensarse que existe un precepto idóneo para generar la protección que se reclama, en especial en supuestos de modificación de capítulos. Se trataría del artículo 1317 Cc *la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*. Si bien es cierto, que se trata de un precepto protector, también lo es, el que se trata de una consecuencia del sistema de oponibilidad que el legislador establece y que operará sólo cuando resulte aplicable el Derecho español y en especial el Cc³⁰.

La injustificada ausencia de cláusulas de protección, obliga a recurrir al contenido material de la ley aplicable al régimen, que es la que determinará las condiciones de protección de terceros³¹. Así pues, deberá de estarse al caso concreto para averiguar, la protección material dispensada a los terceros por aquella norma. Este recurso no es satisfactorio, porque podrían producirse situaciones en los que la ley material aplicable, no dispusiese de cláusulas de protección, con lo que los terceros correrían el riesgo de verse desprotegidos.

No cabe duda de que una reforma del sistema, impone la inclusión de formulas de protección a terceros que deberían ser programadas para la consecución de dos objetivos base, a saber, dejar a salvo a los terceros de buena fe de las modificaciones de las capitulaciones y establecer las condiciones en que estas podrán ser oponibles

²⁸ Dentro de cada una de estas situaciones se pueden plantear casos diferentes según que los cambios a los que da lugar una y otra dependan en exclusiva de la voluntad de los cónyuges o no. En este último caso se encuentran los supuestos de mutabilidad conflictual automática o conflicto móvil y mutabilidad material legal o Derecho transitorio ver, DIAGO DIAGO, M.ª, P. *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado*, Zaragoza 1999, pp. 330 y s.s.

²⁹ Como señala PRETEL SERRANO, J., y con él otros muchos autores ...existe unanimidad en afirmar que el sistema introducido es muy deficiente ya que no proporciona la conveniente seguridad, porque no proporciona con facilidad información suficiente sobre cual es el régimen económico por el que se rige determinado matrimonio» «La publicidad de las capitulaciones matrimoniales: Registro Civil y Registro de la Propiedad» en *Anales IV 2003-2004*, pp. 53 a 70 en especial, p. 56.

³⁰ Cuando la ley rectora de los pactos o capitulaciones sea la extranjera o la de alguno de los derechos civiles autonómicos, de ninguna forma aquel precepto tendrá aplicación ver, BORRAS, A., «No discriminación por razón de sexo: en *op. cit.* p 241.

³¹ AMORES CONRADI, M. A., «artículo 9 apartados 2 y 3» en *Comentarios... EDERSA op.cit.*, p. 194, en el mismo sentido AMORES CONRADI, M., «Efectos del matrimonio» en *VVAA Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid 1995, p. 342.

a terceros³². El artículo 54 del código de Derecho Internacional Privado belga dedicado a la protección de terceros, es un buen ejemplo.

Si a este panorama, unimos los problemas que se generan en la determinación del régimen económico matrimonial y que tienen una versión práctica en los supuestos ya analizados, de adquisición de bienes inmuebles en España, según régimen económico matrimonial extranjero y en la enajenación voluntaria o forzosa de aquellos, la conclusión a la que se llega es que no se alcanza ni de lejos, la seguridad jurídica sobre la que se debe asentar la obligada protección de terceros.

A) Ley aplicable a la forma y a la publicidad de las capitulaciones

Es habitual que los pactos relativos al régimen económico matrimonial, reúnan determinados requisitos formales que son exigidos por los diferentes ordenamientos jurídicos. En Derecho español se exige que consten en escritura pública (art. 1327 Cc). La trascendencia³³ que les es reconocida en las diferentes legislaciones y el legítimo interés que los terceros pueden tener en el conocimiento de tales pactos, son razones poderosas que vienen a justificar las exigencias formales, sobre las cuales se apoya la necesidad última de publicidad.

En efecto, los capítulos matrimoniales deben ser válidos en cuanto a la forma. Para ello se ha tenido que seguir las formalidades exigidas por la ley aplicable designada por el artículo 11 Cc, que de manera general regula esta cuestión. Con él, se trata de favorecer al máximo la validez formal de los actos: el llamado *favor negotii*.

Según aquel precepto³⁴ serán válidas en cuanto a la forma, las capitulaciones realizadas según la ley del país en que se otorguen así, como las que se celebren según la ley aplicable a su contenido o la ley personal común de los cónyuges. Además, se establece la validez de los actos y contratos relativos a bienes inmuebles, otorgados conforme a las formas y solemnidades del lugar en que se encuentren.

Bien entendido, que en la medida en que en Derecho comparado es frecuente la exigencia de una determinada forma, aquel artículo potencia la aplicación de la *lex causae*

11.2 Cc *si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.*

³² Ver, Respecto de las diferencias entre los requisitos de validez y oponibilidad en nuestro Derecho material el interesante estudio de BAYOD LOPEZ, M.ª C., «Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes en *Anuario de Derecho Civil* III 2007, pp. 41 a 94.

³³ GARCÍA CANTERO señala como «La gran trascendencia de los pactos matrimoniales hace que la generalidad de las legislaciones exijan para ellos la forma pública. No otro ha sido el criterio del Código mantenido en las reformas de 1975 y de 1981. Con gran precisión dice ahora el artículo 1327 que 'para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública'» GARCÍA CANTERO, G., «los sistemas económico-matrimoniales en general. Las capitulaciones matrimoniales» en CASTAN *Derecho civil español común y foral* t. 5 vol. I, pp. 291 a 390, en concreto, p. 348.

³⁴ Para un análisis de este artículo ver, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Comentario al artículo 11» en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* t.I vol. 2.º Edersa, Madrid 1995, pp. 796 a 842 y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «artículo 11» en *VVAA Comentario del Código Civil* t. I Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 136 a 138.

Así pues, si en el caso concreto, las partes pactan conforme al Derecho español sus capítulos matrimoniales, y dado que nuestro ordenamiento exige ciertas solemnidades, la consecuencia inmediata a la que lleva el 11.2, es a entender que la ley española es la aplicable a la forma.

Ahora bien, de poco serviría contar con unas capitulaciones formalmente válidas, si estas no son al final aptas para desplegar todos sus efectos potenciales, entre los que se sitúa la oponibilidad a terceros. Imaginemos que contamos con unos pactos que reúnen todos los requisitos formales, exigidos por la ley rectora del contenido del mismo, y que esta ley determina la exigencia de publicidad para la oposición a terceros (lo que ocurre tanto en el sistema español artículo 1333 Cc, como en el resto de sistemas de nuestra área cultural), pues bien, si no se cumplen los requisitos que la norma establece para la publicidad, contaremos con unos capítulos válidos, pero no oponibles a los terceros. Lo mismo cabe decir, respecto de las modificaciones que los otorgantes deciden introducir en tales pactos.

El hecho mismo de que la publicidad no condicione la validez de las capitulaciones, explica el que la ley aplicable a la publicidad de éstas, no dependa directamente de la ley rectora de la forma, aunque en la realidad es muy frecuente que se produzca tal coincidencia, como en el caso planteado. Lo cierto es que al igual que ocurría con la ausencia de cláusulas de protección de terceros, ocurre respecto de la ley rectora de la publicidad. Nuestro sistema no cuenta con un precepto que señale cual es la ley rectora³⁵. No obstante, se viene aceptando que la ley aplicable al contenido de las capitulaciones, es la que determinará la exigencia de la publicidad; en concreto, de la inscripción en el correspondiente registro³⁶. Será por otro lado, la ley del lugar del Registro la que establecerá las modalidades de la inscripción registral.

Conviene llamar la atención sobre la importancia que en todo caso, tendrá la ley del lugar del Registro. Si se quiere oponer las capitulaciones regidas por ley extranjera a terceros españoles, aquellas deberán de haber seguido las formalidades exigidas en la legislación española para su publicidad. Otra cuestión es que haya dificultades para su publicación en España, como se verá en apartado posterior. Lo mismo cabe decir para los supuestos en que se quieran hacer valer frente a terceros extranjeros, capítulos regidos por el Derecho español que reúnen todos los requisitos de forma y que han sido convenientemente inscritos en el Registro Civil español. La solución que en su caso, cabría arbitrar, debe tener siempre presente la eficacia territorial de la publicidad registral, que sólo alcanza por consiguiente, al territorio del Estado del que depende el Registro.

B) La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales

Lo primero que conviene retener es la ausencia de nuevo, de previsiones registrales de Derecho Internacional Privado y aún de Derecho material, que den cobertura

³⁵ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Los efectos del matrimonio» en AAVV *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid 2006, pp. 159-160.

³⁶ Obsérvese como esta puede no ser la ley rectora de la validez de los capítulos, pero se tratará de situaciones extrañas porque si la ley aplicable al contenido no establece requisitos de forma, es muy difícil que exija por otro lado publicidad, por la sencilla razón de que para que esta se realice se necesita por lo general, ciertos requisitos formales.

a los pactos y capitulaciones matrimoniales. Ante la inexistencia de un Registro especial de capitulaciones, no queda otro recurso que reutilizar los existentes. La consecuencia inmediata de esta solución, no es otra que la producción de desajustes y distorsiones inevitables, por la falta de adaptación del sistema a las necesidades que suscita la presencia de elementos de extranjería y/o heterogeneidad.

Esta situación es claramente nociva para los intereses legítimos de los terceros, que están interesados en la extensión de la responsabilidad, a la que pueda dar lugar sus relaciones jurídicas económicas con el o los dos cónyuges. Lo curioso de esta indeseada situación, es que no pasa desapercibida y es denunciada de manera sistemática por la doctrina y los prácticos del Derecho, sin que hasta ahora se haya hecho nada sobre el particular. Con el agravante que supone, el que las relaciones de tráfico externo se multiplican de manera exponencial y que ya no se trata de una problemática exótica, que en raras ocasiones tenía presencia práctica.

1. La publicación de las capitulaciones matrimoniales en los Registros de la Propiedad y Mercantil

Al igual que ocurre con el Registro Civil, el de la Propiedad y el Mercantil, no son instrumentos dedicados en exclusiva a la publicidad de los pactos, son Registros pre-existentes a través de los cuales se puede dar publicidad a los capítulos con efecto y alcance diferente. Es más, sólo el Registro Civil esta orientado a dar una publicidad genérica de los pactos. Los otros dos no son en realidad, instrumentos aptos para generar la publicidad debida a los terceros³⁷.

Por lo que respecta al Registro de la Propiedad y al margen de los supuestos en los que no existen capitulaciones, debe señalarse que la publicidad que en su caso genera es de carácter parcial y limitada a supuestos concretos. Téngase en cuenta que las capitulaciones no son actos inscribibles por sí mismas, sino que sólo se procederá a su inscripción cuando afecten a los derechos sobre bienes inmuebles, así lo dispone el artículo 75 RH.

De conformidad con el artículo 1333 del Código civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, algunos de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento.

A su vez el artículo 1333 del Código dispone que las capitulaciones matrimoniales, así como los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, siempre que *afecten a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y en los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*³⁸

³⁷ DE LA IGLESIA PRADOS, E., «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales» *RCDI* mayo-junio 2005, pp. 809 a 832 en especial, pp. 811 a 815.

³⁸ Se he debatido mucho sobre el carácter imperativo que parece entraña el artículo 1333. Se entiende que pese al mismo, el sistema establecido es de inscripción voluntario ver, por todos PRESA DE LA CUESTA, A., «Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad» en *RCDI*, 1984 II, pp. 1221

Como ya se ha tenido ocasión de analizar, el artículo 92 RH prevé en las condiciones apuntadas, la inscripción del régimen económico matrimonial sometido a legislación extranjera y con independencia de la nacionalidad de los cónyuges. Ello lleva en principio, a aceptar la inscripción de capitulaciones matrimoniales otorgadas por extranjeros en el extranjero, siempre que se acrediten convenientemente.

Las dificultades prácticas que estos supuestos se plantearán, derivan de la difícil coordinación de los Registros. El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC) establece que en *las inscripciones que en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico, se expresara el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho.*

Como veremos más adelante, las capitulaciones de las que se trata podrían no tener acceso al Registro Civil, con lo que, de ser así, sería imposible que se proceda a realizar la referencia exigida, porque sencillamente no existe. No obstante y pese a esta grave dificultad, la solución a este problema debería pasar por admitir esta inscripción, aún sin la referencia debida, y ello, en cumplimiento del objetivo de la publicidad registral: la producción de una cognoscibilidad general³⁹. Tales capitulaciones deberían pasar los controles diseñados para los supuestos idénticos, en que las capitulaciones se otorgan en el extranjero, con la única diferencia de que uno de los cónyuges es español (este tema se trata en epígrafe posterior)

Las dificultades en la coordinación de Registros que también aprehende al Registro Mercantil, pueden tener otras manifestaciones. Pensemos en supuestos en los que no se realiza la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad, pero sí hay inscripción de los pactos en el Registro Civil o casos en los que la publicidad de uno u otro no se corresponde con la realidad o es contradictoria entre sí. En todo caso, conviene tener presente que corresponde a los poderes públicos velar por la coordinación entre los distintos Registros⁴⁰.

La situación descrita es muy similar a la que se plantea en relación al Registro Mercantil. La publicidad requerirá ahora de un dato esencial: la condición de comerciante de al menos uno de los otorgantes, pero además, debe tenerse presente que la inscripción de todo comerciante individual es facultativa, a excepción del naviero [art. 81.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil en adelante RRM] . Lo que nos sitúa ante la vinculación de la publicidad no sólo a quien tenga la condición indicada, sino a quien haya optado por inscribirse (inscripción personal) e inscribir con posterioridad la capitulación.

De nuevo, como ocurría con la publicidad relativa al Registro de la Propiedad, se produce una vinculación procedimental con la publicidad que deviene del Registro Civil. En este caso es el artículo 22.1 del Código de Comercio el que dispone que, *en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán... las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y di-*

a 1232, en concreto, pp. 1223-1224 AMOROS GUARDIOLA, M., «De las capitulaciones matrimoniales... en *op. cit.*, p. 1561, MORA MATEO, J. E., «Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial... *op. cit.*, pp. 10339 a 10346, en especial, pp. 10339-10340

³⁹ Ver, concepto de publicidad registral inmobiliaria MARTÍNEZ SANTIAGO, J. M.ª, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria» en *RCDI*, 1998. 644, pp. 117 a 176, en concreto, p. 143 «La exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general ‘erga omnes’ con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada».

⁴⁰ PRETEL SERRANO, J. J., «La publicidad de las capitulaciones matrimoniales: Registro Civil y Registro de la Propiedad» en *Anales IV 2003-2004*, pp. 53 a 70 en especial, pp. 65 a 70.

vorcio. Asimismo, el artículo 92 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM) establece que, cuando se trate de personas casadas, *la inscripción primera expresará...3.^a El régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil*⁴¹.

En el caso que nos ocupa de capitulaciones otorgadas en el extranjero por cónyuges extranjeros, que podrían no tener acceso al Registro Civil, se hace imposible realizar la referencia a este. Pese a ello, y en aras a la consecución de los principios superiores ya muchas veces mencionados, la solución práctica debería de ser la misma que la apuntada respecto de la publicidad inmobiliaria. Deberá de admitirse la inscripción, pese a la ausencia de la referencia exigida al Registro Civil y siempre que pase los controles a los que se hará referencia más adelante.

2. La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil

La tercera vía de publicidad de las capitulaciones matrimoniales, es la que ofrece el Registro Civil. Si bien a través de este se puede lograr una publicidad más general que la que se puede alcanzar con los otros dos Registros, no debe olvidarse que se reutiliza para dar publicidad a datos que no afectan en realidad al estado civil⁴². Los asientos correspondientes están considerados como asientos de valor informativo⁴³ y la publicidad que se logra se refiere al hecho del otorgamiento de los pactos y a la denominación del régimen acordado, pero no da cuenta del contenido ni de los pactos particulares que pueden integrar los capítulos.

El artículo 1333 del Código civil, es el encargado de regular de forma general la publicidad. Este precepto establece que *en toda inscripción de matrimonio en Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio*. Por su parte el artículo 266 apartado cuarto RRC señala el contenido que ha de tener la indicación. Sólo *constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación*⁴⁴.

La efectividad de la publicidad así efectuada es muy dudosa, pues el tercero que quiera conocer el contenido de las capitulaciones, no lo va a lograr con la indicación del Registro Civil. Con ella, sólo sabrá que existe, a partir de ese conocimiento deberá iniciar una investigación en toda regla. Sin olvidar que el artículo 266 RRC, establece que sólo se podrá obtener copia de las estipulaciones del régimen económico matri-

⁴¹ Para un acercamiento a los antecedentes históricos ver, GARCIA VILLAVERDE, R., «El ejercicio del comercio por persona casada» en *RDM* 1982 165-166, pp. 497 a 534, en concreto, pp. 499 a 502.

⁴² Nótese el valor informativo de los asientos entre otros LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*, Barcelona 1991, p. 239

⁴³ Ver, Para un acercamiento general sobre el carácter obligatorio o no de la inscripción DE LA IGLESIA PRADOS, E., «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales» *RCDI* mayo-junio 2005, pp. 809 a 832.

⁴⁴ Ver, Consulta de 18 de marzo de 2004 sobre indicación del régimen económico matrimonial supl. al *BIMJ*, núm. 1986 de 1 de abril de 2005.

monial, en los supuestos permitidos por la legislación notarial⁴⁵. Para ello se deberá de acreditar la existencia de un interés legítimo en el documento.

Será labor del notario la apreciación de la existencia de ese interés y por tanto, el derecho a copia⁴⁶. El notario debe de tener en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto. No obstante, la apreciación del interés legítimo se ve facilitada, por la concreción que hace el artículo 266 en su último párrafo⁴⁷. Se considerará que existe un interés legítimo y por tanto, los notarios deberán de expedir copia de las estipulaciones acerca del régimen económico matrimonial, cuando *el solicitante presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges*.

El sistema no da lugar a una vía directa que hiciera accesible el conocimiento a los terceros con interés legítimo. Pero las dificultades todavía son mayores si el tercero es una extranjero que por necesidad o precaución quiere conocer el contenido del pacto.

Otra de las cuestiones fundamentales que revelaba hasta ahora, una la falta absoluta de adaptación de la legislación registral española, a las situaciones de tráfico externo⁴⁸, es la imposibilidad de inscripción de capitulaciones celebradas en el extranjero por cónyuges extranjeros. Se trata de una delicada cuestión que pone de manifiesto el que los principios registrales no se adecuaban a los criterios de utilidad que deben presidir la publicidad.

De acuerdo a las reglas generales de competencia que marca el artículo 15 LRC, deberán de considerarse inscribibles, las capitulaciones matrimoniales otorgadas por españoles en el extranjero y por extranjeros en España. Se requerirá en estos casos la previa inscripción del matrimonio en España que respecto de estos supuestos, no plantea ningún problema. Sin embargo, la competencia no se hace extensiva a las capitulaciones celebradas por extranjeros en el extranjero⁴⁹, en cuanto que, en principio, no podrán ser tampoco, inscribibles sus matrimonios.

Además de la confusión que esto generaba en los supuestos ya analizados de publicidad inmobiliaria y mercantil, que se veía directamente dificultada, esta vía, en principio, no podía ser utilizada por los cónyuges extranjeros, para hacer oponibles sus capitulaciones a terceros españoles. Aquellos deberían entonces, informar directamente a los terceros con constancia de que la información había sido correctamente recibida⁵⁰.

⁴⁵ El protocolo notarial goza de carácter secreto artículo 224 y 250 del Reglamento Notarial

⁴⁶ Ver, RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Personas con derecho a copia» en *RDN* julio-diciembre 1978, p. 223.

⁴⁷ Art. 266, p. 8 «Los Notarios expedirán copias de las estipulaciones que afectan al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera e los cónyuges.»

⁴⁸ RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Madrid 1995, p. 22

⁴⁹ Esto es así, a tenor del artículo 15 LRC «En el Registro constarán los hechos inscribibles que afecten a los españoles y los acaecidos en territorio español aunque afecten a extranjeros.» En el caso de capitulaciones matrimoniales celebras por extranjeros en el extranjero, no existe vinculación que haga que tales hechos deban constar en el Registro, a saber, no afecta a españoles y no tiene lugar en territorio español.

⁵⁰ No obstante existe la posibilidad de hacer una interpretación flexible conforme a la cual se subsanaría esta situación, aún de manera artificial, si bien el camino abierto por el párrafo segundo del artículo 15 es la vía mas directa para el fin perseguido. ver, DIAGO DIAGO, M.^a P., *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado*, Zaragoza 1999, pp. 451-452

Un horizonte de esperanza se ha abierto no obstante, con la Ley 3/2007 de 15 de marzo⁵¹ que incorpora un segundo párrafo al artículo 15: «En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español».

Esto es precisamente lo que ocurre en lo supuestos analizados, la inscripción de tales matrimonios en el Registro Civil español se hace necesaria, porque tal inscripción sirve de base a las correspondientes indicaciones registrales de las capitulaciones matrimoniales que, tal y como hemos visto, prevé el Derecho español. Se corrige así las distorsiones que hasta ahora se habían producido, lo que constituye un avance muy importante en este campo que, a los fines que aquí se han señalado, debe ser valorado de manera muy positiva.

En los casos en los que no haya constancia registral en los Registros españoles, podría ocurrir que, sin embargo los pactos estuvieran debidamente inscritos en el Registro extranjero correspondiente, pues bien, tales pactos no serán oponibles a terceros de buena fe en España, puesto que como ya se ha tenido ocasión de indicar, la publicidad registral presenta un alcance limitado al territorio del Estado del que depende el Registro. Sin contar la inseguridad que generaría admitir la eficacia de la publicidad realizada por Registros extranjeros⁵².

3. Inscripción de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero

El supuesto que se aborda a continuación, se refiere a aquellos casos en que uno de los cónyuges o incluso los dos son españoles. Estos esposos pueden tener su residencia en el extranjero y otorgar capitulaciones que puede que fueran inscritas en Registro extranjero, si esta posibilidad fuera aceptada por la Ley del Estado del Registro⁵³. Pero si su deseo es oponerlas a terceros españoles, deberán de entrar al juego de la publicidad previsto en la ley española, que será la ley del Registro.

Existen Resoluciones que ponen de relieve que lo que en otras épocas pudo ser una posibilidad no utilizada, ahora es una realidad que requiere de la atención de la DGRN. La RDGRN de 25 de septiembre de 2007 aborda precisamente un supuesto de estas características. Una nacional italiana solicita inscripción del acuerdo matrimonial de separación de bienes, pactado en Italia ante notario italiano, con su esposo de nacionalidad española. Ambos tienen residencia habitual en Italia.

El Magistrado Encargado del Registro Civil señala que no ha lugar a practicar la anotación, por cuanto que el título acompañado no es de los admitidos en nuestra legislación registral para el fin pretendido. Además según su argumentación los artículos 266 del RRC y 1325 Cc exigen para la constancia del RC español del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges, que se determine en capitulaciones formalizadas en escritura pública autorizada por un notario español, toda vez que

⁵¹ «BOE», núm. 65 de 16 de marzo.

⁵² Ver, sobre este tema GIMENO Y GÓMEZ DE LA FUENTE, J. L., «La publicidad de las capitulaciones en Derecho Internacional Privado» en *RCDI* julio-agosto 1979, pp. 769 a 786 en concreto, pp. 771-772 y AGUILERA ANEGÓN, G., «Derecho Internacional Privado y calificación registral de los negocios inter vivos otorgados por personas casadas en régimen económico matrimonial extranjero y de los títulos judiciales a ellos afectantes» en *Bol. Colegio Registradores*, núm. 121 2006, pp. 31 a 66 en especial, p. 48.

⁵³ Pensemos que si se trata de dos españoles, el acceso de sus capitulaciones a Registro extranjero, puede producir en aquel país, problemas paralelos a los que se producen en nuestro ordenamiento.

entiende que al ser español uno de los cónyuges, es la ley española la que debe regir el acto.

Al margen de la carga de profundidad claramente legeforista que subyace en esta argumentación, parece claro que la solución a la que tendrían que recurrir los cónyuges al serle denegada la indicación solicitada, es a la celebración de nuevos capítulos ante notario español, con el absurdo de la duplicidad y el trastorno y los costes que esto implica⁵⁴.

Un análisis correcto desde la perspectiva internacional privatista y la constancia de que el documento cumple con todos los requisitos legales y que la intervención del notario extranjero puede ser equivalente a la del notario español, llevará a determinar con exactitud si ha o no, lugar a la inscripción solicitada, habida cuenta de que LRC y su Reglamento, admiten la eficacia registral de los documentos auténticos extranjeros (arts. 27 LR y 81 RRC).

Son tres las cuestiones básicas en las que tiene que centrarse el análisis y que giran en torno a la pregunta de si son válidas las capitulaciones matrimoniales. Para saberlo, tendremos que dilucidar que ley rige la capacidad de los otorgantes y qué leyes rigen el contenido y la forma de los pactos

La capacidad se rige por la ley nacional (art. 9.1 Cc), esto es, por la española respecto del cónyuge español y por la italiana, respecto del cónyuge italiano. La escritura viene a ratificar la existencia de capacidad por ambos contrayentes, para la celebración de los capítulos. Deberá entonces de procederse a controlar el contenido y la forma.

Si como parece, el pacto se ajustó al Derecho italiano, esta es una de las normas referentes del 9.3 pues es la correspondiente a la residencia de los cónyuges y a la nacionalidad de la mujer. Pero además, el Derecho italiano va a regir la validez formal del acto, pues igual que ocurre con nuestro sistema, la ley italiana requiere una forma solemne para los pactos económicos entre cónyuges, lo que la convierte en norma aplicable, tal y como dispone el 11.2 *incluso en el caso de otorgarse aquellos en el extranjero*.

El control de la validez, debe acompañarse por último, del control de los requisitos que el documento debe cumplir para ser dotado de eficacia registral: legalización o apostilla del documento público extranjero y traducción del mismo a idioma oficial⁵⁵. En el caso de la Resolución de referencia, se cumplían todos estos extremos y aún se controló uno más de especial importancia, el que no existiera contrariedad con el orden público.

El control no dió los mismos resultados en el caso que se planteó en la RDGRN de 23 de noviembre de 2006. En esta ocasión, se trataba de lograr el acceso al Registro Civil de un documento calificado de acuerdo pre-nupcial firmado en Karachi (Pakistán) por unos contrayentes, él de nacionalidad pakistaní y ella de nacionalidad española, ambos con residencia habitual en Pakistán.

⁵⁴ Problema similar se plantea respecto de la eficacia registral de escrituras de compra-venta de inmuebles otorgadas ante notario extranjero ver, SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la DGRN» en *Diario La Ley*, núm. 6425 de 2006.

⁵⁵ Exigencias formales artículo 81 RRC ver, CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «efectos del matrimonio» en AAVV *Derecho de familia internacional*, Madrid 2008, pp. 173-174.

El documento que se aporta revela que la intervención del notario pakistaní, no puede ser considerada como equivalente a la del notario español, a los efectos de certificar de forma fehaciente el consentimiento prestado por los cónyuges al contenido de las capitulaciones y de probar la capacidad del mismo. Estos motivos son más que suficientes para rechazar la inscripción, como así hace la Resolución. Pero además, el documento no había sido legalizado ni apostillado con arreglo al Convenio de La Haya, con lo que tampoco cumple los requisitos necesarios para el acceso al Registro.

Estos mismos controles deberían ser efectuados, en el caso en que las capitulaciones otorgadas en el extranjero por cónyuges extranjeros pudieran acceder al Registro Civil, posibilidad que por ahora esta cerrada a aquellas. Cuando, pese a las dificultades existentes, se permitiera la publicidad a través de las otras dos vías registrales: Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, parece que con base en la analogía, debería de seguirse similares controles.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, el sistema de publicidad del régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado es muy deficiente. Lo es respecto de las situaciones internas y aún cuando existen capitulaciones matrimoniales y lo es más, por lo que se refiere a las situaciones heterogéneas e internacionales que la realidad plantea, máxime en supuestos de absoluta internacionalidad.

La inseguridad jurídica que esta situación genera, afecta de manera directa a los terceros y se ve agravada por la ausencia de cláusulas de protección de los mismos. Hay información a la que no podrán acceder, pero además, el proceso de acceso a la publicidad es demasiado complejo y enrevesado. Los mismos cónyuges no disponen de cauces eficaces de información, siendo peligrosamente frecuente el que desconozcan cual es su régimen económico matrimonial y la posibilidad de pactar capitulaciones o de modificar su régimen.

Este panorama desolador, exige una acción conjunta y decidida de mejora integral del sistema. Deberían aprobarse cláusulas de protección de terceros, como ya han hecho otras legislaciones y deberían crearse cauces eficientes de información a la que pudieran acceder las personas interesadas.

Esta preocupación muchas veces manifestada, baste recordar que una de las propuestas más antiguas de *establecimiento de un Registro General de capitulaciones matrimoniales*⁵⁶, se formuló en el Congreso nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en octubre de 1946, traspasa el ámbito meramente nacional, llegando a ser una preocupación de la UE. El Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de

⁵⁶ Conclusión sexta, párrafo segundo, del Congreso nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en octubre de 1946. A favor de la creación de un Registro especial de capitulaciones matrimoniales ver, KIPP T., WOLFF M., *Derecho de familia, vol. I El matrimonio* (traducción de la 20.ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas PÉREZ GONZÁLEZ, B., y CASTAN TOBEÑAS, J.), Barcelona 1947, en concreto, pp. 294-295.

régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, introduce una pregunta relativa a esta temática.

Pregunta 18: ¿Cómo mejorar el registro de los regímenes matrimoniales en la Unión? ¿Se debe prever, por ejemplo, la instauración de un sistema de registro en todos los Estados miembros?

¿Y cómo debería informarse a las personas interesadas a través de este sistema?

Las contestaciones⁵⁷ no dejan lugar a dudas sobre la necesidad de contar con Registros que proporcionarán una información completa y no meramente informativa. Cuestión diferente será el como abordar estos objetivos, porque a la luz de los problemas que la práctica genera, es evidente que un Registro de capitulaciones matrimoniales puede no ser suficiente para lograr un nivel de seguridad jurídica satisfactorio. Recuérdese los problemas que se plantean para la determinación del régimen económico matrimonial regido por ley extranjera.

Pero además, el tratamiento de este tema desde el ámbito de la Unión, quizás hiciera conveniente la creación de un Servicio europeo centralizado de información⁵⁸ que permitiera el acceso, con las garantías oportunas, de lo consignado en los Registros de cada país. Para ello sería fundamental contar con medios telemáticos, incluso instaurar un modelo de formulario, al modo de los ya utilizados en otros contextos como es el caso del establecido en el Reglamento, núm. 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil⁵⁹.

⁵⁷ Contributions on the Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition http://ec.europa.eu/justice_home

⁵⁸ Ver, propuesta contenida en las contestaciones presentadas por el Colegio de Registradores de España.

⁵⁹ DOCE, núm. L 174 de 27 de junio de 2001.