

¿Complejidad o perplejidad?

El Derecho civil en la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.
(Comentario a la STS de 6 de octubre de 2004)

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU
Universidad Autónoma de Madrid

La denegación de una solicitud de protección diplomática es el punto de partida de la sentencia de 6 de octubre de 2004 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo¹. Ahora bien, buena parte de las cuestiones relevantes que fundamentan la resolución del caso son de Derecho privado, y más en concreto, de Derecho internacional privado. Aunque no es infrecuente que los operadores jurídicos se acerquen con bastante desconfianza e inseguridad a las normas de conflicto, sorprende que esta circunstancia se verifique en el propio Tribunal Supremo. Ciertamente el caso presentaba dificultades, a las que se dedicará la primera parte de esta nota con una presentación de los hechos y de la solución adoptada por el Tribunal Supremo (I). Con estos elementos propondremos la solución que entendemos debería haber alcanzado el alto Tribunal (II). Por último se intentará explicar por qué algunas de las afirmaciones que vierte el Tribunal sobre la determinación del régimen económico de este matrimonio no resultan aceptables (III).

I. INTRODUCCIÓN

Para poder entender las cuestiones jurídicas que plantea el caso es preciso presentar someramente los hechos: Una ciudadana española solicita protección diplomática ante las autoridades españolas tras la actuación de las autoridades guineanas. En concreto su pretensión deriva del hecho de que el gobierno guineano había expropiado unos bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales que esta ciudadana española tenía con su marido, un nacional guineano, en aquel país. La actora consideraba que la expropiación no podía afectar a su parte en dicha comunidad y por lo tanto debía restituírsele aquella parte o, al menos, la indemnización compensatoria por equivalencia de dichos bienes. Las autoridades administrativas y judiciales dene-

¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4.^a) de 6 de octubre de 2004 (RJ 2004/7684).

garon la protección diplomática a la demandante invocando distintos argumentos, *v. gr.* la posible existencia de una doble nacionalidad hispano-guineana en la actora, la falta de agotamiento de los recursos internos en Guinea y la falta de acreditación de la naturaleza ganancial de los bienes expropiados. Frente a la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional, la actora interpone recurso de casación ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que confirma las decisiones anteriores, deteniendo su argumentación en los dos últimos puntos (fundamentos jurídicos quinto y sexto).

Dejando de lado las cuestiones relativas al agotamiento de los recursos en Guinea como presupuesto para la protección diplomática, el análisis se centrará en el fundamento quinto, donde se recogen los motivos de índole civil para rechazar esta protección. El hilo del razonamiento de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo en este punto puede resumirse como sigue: (i) la actora no ha «acreditado» el carácter ganancial de los bienes expropiados, sino que solamente ha «alegado» dicha condición; (ii) tampoco existe prueba registral de tal carácter, porque en el Registro de la propiedad de Boko (Guinea) los inmuebles sólo constan inscritos a nombre de su marido; (iii) la normativa aplicable para determinar cuál es el régimen económico matrimonial cuando el matrimonio presenta un elemento de internacionalidad se recoge en el artículo 9 CC que, en ausencia de nacionalidad común, elección, etc., remite a la ley del lugar de celebración de matrimonio; (iv) esta normativa no resulta aplicable pues al tiempo de contraer matrimonio estaba vigente otra redacción, *i. e.* la de 1974; (v) tampoco esta normativa podía ser aplicada tras haber sido declarada la norma inconstitucional por sentencia 39/2002 del Tribunal Constitucional; (vi) todo «ello no altera la necesaria acreditación del régimen económico matrimonial»; (vii) como la carga de la prueba incumbe a quien alega los hechos, y dado que la actora no pudo probar la ganancialidad de esos bienes, el motivo alegado decae.

II. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Para mejor entender el alcance de las críticas que pueden realizarse a la sentencia aquí analizada, expondremos cuál es el razonamiento correcto que debería haber seguido el Tribunal Supremo en su Sala tercera.

1. La norma de conflicto en vigor al tiempo de la demanda

La determinación del régimen económico matrimonial es una cuestión que, como indica el Tribunal, debe resolverse a la luz de las normas de conflicto del sistema, y en concreto, del artículo 9 CC. Más precisamente, en defecto de pacto alguno realizado por los esposos (supuesto del art. 9.3), la norma que gobierna esta cuestión es el artículo 9.2, conforme al cual, para determinar cuál es el régimen de un matrimonio habrá de consultarse en primer lugar la ley nacional común de los esposos al tiempo de la celebración del matrimonio; si no la hubiere, la que éstos hubieran elegido de entre cuatro posibles, *i. e.* las respectivas leyes nacionales o de la residencia habitual de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio en pacto o capitula-

ción recogida en documento notarial; en defecto de esta elección, la ley de la primera residencia común inmediatamente posterior al matrimonio y, por último, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Es, pues, elemento previo a la resolución del supuesto determinar qué nacionalidad tienen los cónyuges. Y para estas situaciones el propio Código civil propone una norma de conflicto (art. 9.9) con la que solucionar los supuestos dudosos, como podría ser el caso. Conforme a esta regla, que es de aplicación *a los efectos de este capítulo (i. e., el capítulo IV del Título preliminar, «Normas de Derecho internacional privado»)*, «respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada establecieren, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales [...]». Dado que España no tiene firmado ningún convenio internacional en materia de doble nacionalidad con Guinea, debemos acudir a la segunda regla prevista en el artículo 9.9, *i. e.* al tratarse de un supuesto no previsto por ley o tratado internacional, prevalece la nacionalidad española. En aplicación de estos preceptos, resultaría que los esposos no tenían nacionalidad común al tiempo del matrimonio y por tanto, la remisión sería, en defecto de pacto previo al matrimonio, a la ley del lugar de primera residencia común de los esposos (y no a la del lugar de celebración, como parece sugerir la Sala tercera del Tribunal Supremo), lo que probablemente conduciría al Derecho guineano.

2. La normativa en vigor al tiempo de la celebración del matrimonio

Ahora bien, tratándose de un matrimonio contraído en 1977, resulta imposible aplicar esta normativa siendo lo correcto, como apunta la decisión, que la ley aplicable se determine conforme a la versión del artículo 9 CC en su redacción de 1974. De acuerdo con esta norma, «las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». Si los esposos hubieran tenido en algún momento nacionalidad común guineana –como parece apuntar la sentencia en alguna ocasión–, entonces la ley aplicable a la determinación del régimen económico habría sido el Derecho guineano. Téngase en cuenta, sin embargo, que en aquel momento también existían reglas particulares en materia de adquisición de la nacionalidad por mujer casada, de modo que era relativamente frecuente que, por el mero hecho de contraer matrimonio, la mujer extranjera adquiriera la misma nacionalidad del marido (en atención a un principio de «unidad familiar»). Esta adquisición *ex lege* podía ser reconocida o no por el Estado de la nacionalidad de origen de la mujer, conllevando o no la pérdida de la nacionalidad de origen para el Estado de proveniencia. En el sistema español, tras la reforma introducida en 1975, sólo las adquisiciones *voluntarias* de nacionalidad extranjera suponían la pérdida de la nacionalidad española de origen². Por ello, suponiendo que la mujer hubiera adquirido la nacionalidad

² Con más detalles, puede verse el análisis del artículo 21 CC de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el tomo I (arts. 1 a 41) de los *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, M. Albaladejo (dir.), Edersa, Madrid, 1978, pp. 658 ss.

guineana sin haber perdido la española, conviene recordar lo dicho respecto de la aplicación del artículo 9.9 CC y de la opción que el legislador español hace a favor de la nacionalidad española. Paradójicamente, si el tribunal hubiera llegado a la convicción de que nunca disfrutaron de ley nacional común, la norma aplicable habría sido de nuevo el Derecho de Guinea Ecuatorial como resultado de aplicar la ley nacional del marido –presumiblemente– al tiempo de la celebración.

Cierto es que esta última conexión había suscitado dudas acerca de su compatibilidad constitucional tanto en la doctrina como ante los propios tribunales, y a nadie extrañó (aunque sucediera casi un cuarto de siglo después de la entrada en vigor de la Constitución) que el Tribunal Constitucional declarara su inconstitucionalidad en la sentencia 39/2002, de 14 de febrero³. La consecuencia de esta declaración es clara, pues impide recurrir a la conexión nacional del marido para identificar la ley aplicable al régimen. Pero el Tribunal Constitucional no ofreció un criterio de sustitución, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. En otros términos, es tarea del tribunal enfrentado a la aplicación de esta norma la integración de la laguna. Siguiendo lo que venía siendo la práctica jurisprudencial⁴ y luego resultó sancionado por la reforma legislativa del Código en 1990, el Tribunal Supremo podría haberse planteado entonces la aplicación de la ley de la (primera) residencia habitual del matrimonio, lo que nos conduciría de nuevo al Derecho guineano⁵.

III. LOS PROBLEMAS DE LA SENTENCIA DEL SUPREMO

Tras haber expuesto cuál debería haber sido el recorrido correcto de la argumentación, y dejando de lado el llamativo silencio del alto Tribunal respecto de cómo integrar la «laguna» que había dejado la STC 39/2002 al declarar inconstitucional la norma aplicable al supuesto, podemos pasar a analizar los problemas que plantea la decisión del Tribunal Supremo.

³ Vid. comentarios a esta sentencia en E. RODRÍGUEZ PINEAU, «La inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)», *R.E.D.I.*, 2002-1, pp. 243-254; I. HEREDIA CERVANTES, «El artículo 9.2 CC (1974) era inconstitucional (evidentemente); comentario a la STC 39/2002 de 14 de febrero de 2002», *D. P. y const.*, 2002, pp. 203-221; A. LAMARCA I MARQUÉS, «Règim econòmic del matrimoni catalans celebrats entre el 29 de diciembre de 1978 i el 6 de noviembre de 1990: inconstitucionalitat del artículo 9.2 CC en la redacció anterior a la llei 11/1990, de 15 d'octubre. (Comentari a la STC 39/2002 de 14.2.2002)», *Rev. Jur. Cat.*, 2002, pp. 737-769; más reciente, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 9.2 CC en su redacción anterior a la ley 11/1990, de 15 octubre», *AEDIPR*, 2004, pp. 1036 ss.

⁴ Práctica relativamente asentada, aunque con manifestaciones en sentido contrario, *i. e.* de mantenimiento de la conexión discriminatoria a favor del marido, en aras de garantizar el principio (también constitucional) de seguridad jurídica. En esta última línea pueden verse las sentencias de la AP de Barcelona de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/8952), AP de Tarragona de 17 de febrero de 2000 (JUR 2000/305876) y Barcelona de 20 de noviembre de 2001 (JUR 2002/21531).

⁵ Acerca de los problemas de interpretación y solución de la laguna generada por la expulsión del ordenamiento de esta regla, puede verse E. RODRÍGUEZ PINEAU, «La inconstitucionalidad...», *op. cit.* p. 252.

1. El criterio para determinar la existencia de doble nacionalidad

Claramente el primer problema que tenía que afrontar el Tribunal Supremo para resolver el caso era la determinación de la nacionalidad de la esposa demandante de protección. En este sentido es importante tener presente que la cuestión se plantea en dos niveles distintos: por una parte la nacionalidad es presupuesto de la protección diplomática, pues el Estado español sólo protege a los nacionales españoles (con la salvaguarda introducida a favor de otros ciudadanos comunitarios en el art. 20 TCE, *ex art.* 8C) que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado frente al que se solicita la protección diplomática. Por otra, la nacionalidad es el primer punto de conexión de las normas de conflicto aplicables al caso, lo que exige determinar si en algún momento hubo nacionalidad común o no de los cónyuges.

Como se ha manifestado anteriormente, esta última cuestión sólo puede ser contestada con el artículo 9.9 CC en la mano, ya que es la norma que determina a los efectos de aplicar las normas de conflicto del título preliminar del Código civil cuál es la nacionalidad que debe ser tenida en cuenta. El alcance del artículo 9.9 CC no debería proyectarse más allá de su propio ámbito de aplicación. Conforme a lo que se deduce del caso, parece que deberíamos concluir que la mujer pudo tener ambas nacionalidades (probablemente por atribución *ex lege* por causa de matrimonio), pero a los efectos de aplicar el artículo 9.2 CC, para el sistema español la nacionalidad que prevalecería sería la española. En lo que respecta a la protección diplomática, los criterios de determinación de cuál sea la nacionalidad que debe tenerse en cuenta no pueden ser los del artículo 9.9 CC sino los propios de este sector. No existiendo un convenio de nacionalidad con Guinea, es necesario acudir a otras pautas, ya sean de naturaleza convencional, ya otras propias del Derecho internacional público, como el principio de la nacionalidad efectiva. Probablemente este último sea el criterio decisivo pues, aunque España firmó el Convenio de La Haya de 1930 sobre conflictos de doble nacionalidad ese mismo año, no llegó a ratificarlo.

Sin entrar a analizar si la decisión del Tribunal Supremo es correcta en este último punto o no, y dejando de lado el posible problema de desajuste entre la nacionalidad prevalente en uno y otro sector, sí conviene poner de manifiesto que el Tribunal no escogió el adecuado marco de referencia para establecer cuál era la nacionalidad de la demandante a efectos de determinar su régimen económico pues debería haber hecho referencia al artículo 9.9 CC y no al Convenio de La Haya de 1930.

2. Aplicación imperativa de las normas de conflicto y prueba del Derecho

Un segundo punto de la sentencia que plantea problemas es el de la alegación y prueba (o en términos del Tribunal Supremo, alegación y acreditación) del Derecho aplicable al caso. Y este problema, tratándose de un supuesto con elemento internacional, debería haberse resuelto en dos fases que suponen (i) identificar la norma de conflicto aplicable y (ii) aplicar el Derecho así identificado, lo que exige la prueba del contenido de ese Derecho si es extranjero, no así cuando es normativa del foro, que el juez está obligado a conocer.

La primera fase debería haber consistido en identificar cuál era el ordenamiento al que remitían las normas de conflicto, cuestión que no es disponi-

ble por las partes, ya que los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar las normas de conflicto (art. 12.6 CC). Sin embargo, el sistema no impone que sean estos órganos los que prueben el Derecho extranjero así identificado, sino que traslada esta prueba a las partes (*vid.* arts. 281.2 y 282 LEC). La naturaleza híbrida de esta norma de aplicación ha dado lugar a una serie de divergencias interpretativas, de modo que pueden identificarse dos grandes tendencias en la jurisprudencia menor y sostenidas tradicionalmente por otras dos Salas del Tribunal Supremo⁶. Así, la Sala de lo social ha venido estimando que la falta de prueba del Derecho extranjero implica la desestimación de la demanda⁷. Sin embargo, la Sala de lo civil ha entendido que lo correcto en estos casos es aplicar el Derecho español como *lex fori*⁸. Siguiendo esta última línea, el sistema español puede acercarse mucho a un sistema facultativo, en el que basta con que las partes no aleguen o prueben el Derecho extranjero para que el caso sea resuelto conforme al Derecho español⁹. Así pues, si la Sala tercera del Tribunal Supremo hubiera seguido la primera línea, al identificar –como parece que resulta de los datos del caso– que la norma aplicable al supuesto era el Derecho guineano, debería haber desestimado la demanda. Aunque, dadas las especiales circunstancias del caso, al tratarse de un procedimiento entre administrado y Administración y siendo el Tribunal consciente de la internacionalidad del supuesto, tal vez podría haber considerado la posibilidad de atenuar la postura, acordando la práctica de oficio de la prueba. Por el contrario, si hubiera seguido la segunda línea, el tribunal debería haber aplicado el Derecho español *por falta de prueba* del Derecho guineano.

Con estas premisas es fácil entender por qué el razonamiento conflictual del Tribunal Supremo en su Sala tercera es sorprendente. En primer lugar, a pesar de que todos los indicios del caso conducen al Derecho guineano, se observa cómo en la aplicación del artículo 9.2 CC la Sala tercera ignora las primeras conexiones de la norma de conflicto para conseguir la aplicación del Derecho español, remitiéndose al lugar de celebración del matrimonio. Si ésta era la finalidad que se perseguía, ciertamente hubiera resultado más sutil que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se hubiera alineado con la corriente jurisprudencial de la Sala primera, pues hubiera bastado la falta de prueba del Derecho guineano para resolver conforme al Derecho español.

Pero no sólo se identifica de manera dudosa la norma de conflicto sino que además se yerra en la aplicación de su consecuencia jurídica. En efecto, llegados a la conclusión de que resulta aplicable el Derecho español, se pro-

⁶ Estas dos tendencias son las más representativas, aunque es posible identificar otras posiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para un estudio reciente, nos remitimos a A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero», *La Ley*, 25 de abril de 2005, pp. 1-11.

⁷ Sentencias de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990/1116), 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/6477), 25 de mayo de 2001 (RJ 2001/8698), si bien más recientemente, el 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1056), esta sala del TS se ha alineado con la segunda de las posiciones.

⁸ En este sentido, *vid.* entre las más recientes las sentencias de 13.12.2000 (RJ 2000/10439), 17 de julio de 2001 (RJ 2001/5433), 5 de marzo de 2002 (RJ 2002/4085), 29 de diciembre de 2003 (RJ 2004/354), 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5336).

⁹ Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 368 ss.

duce la segunda sorpresa pues se exige la prueba del carácter ganancial de los bienes como presupuesto para la aceptación de las pretensiones de la demandante. En otros términos, la Sala tercera exige a la demandante la prueba del Derecho interno como si se tratara de un sistema extranjero, que el órgano español no está obligado a conocer (y cuya prueba corresponde a la parte que lo alega), cuando en realidad se trata de aplicar el Derecho del foro, sistema que no debería ser probado por la parte. Pero no concluyen aquí las sorpresas: más llamativo aún resulta que la Sala tercera del alto Tribunal exija la *prueba del carácter ganancial* de los bienes, contraviniendo el propio tenor del Código civil en su artículo 1361, conforme al cual la ganancialidad de los bienes se presume. En otro sentido, sólo si se quiere desvirtuar la presunción será necesario probar lo contrario¹⁰, sin que pueda entenderse que a estos efectos sea aplicable el artículo 1214 CC sobre la carga de la prueba. La propia Sala primera del Tribunal ha establecido claramente que esta regla «implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba; el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo»¹¹.

3. El ámbito de la ley aplicable al régimen económico matrimonial

Una vez localizado el sistema, el segundo paso consiste en determinar qué concretas reglas dentro de ese sistema son las aplicables al supuesto. En el caso de la ley aplicable al régimen económico matrimonial conviene tener presente otro elemento, *v. gr.* el especial interés que tiene el ordenamiento español en identificar un régimen para cada matrimonio, tenga o no elemento internacional. Esta es una exigencia derivada de la seguridad jurídica: no puede haber matrimonio sin régimen económico ni en el tráfico interno ni en el tráfico con elemento internacional¹². Por ello, en defecto de mayores pre-

¹⁰ La doctrina del Tribunal es amplia, y puede bastar a estos efectos con la siguiente cita: «Es cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC, declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida, pudiendo añadirse a las numerosas sentencias que se citan en el motivo las posteriores a su interposición de 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5550) y 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6825). Pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trate [STS de 7 de abril de 1997 RJ 1997/2741], entre las más recientes] y que, en consecuencia, si la Sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas...» (FJ 2.º de la STS Civil de 24 de febrero de 2000, RJ 2000/809).

¹¹ FJ 3.º STS Sala de lo civil, 26 de diciembre de 2002 (RJ 2003/67).

¹² La lógica del sistema es clara: la normativa civil parte siempre de la existencia de un régimen legal que puede ser modificado si las partes así lo desean (y con los límites que el propio sistema prevea). Pero si no establecen nada en contra, la seguridad jurídica exige que pueda identificarse claramente (tanto por terceros como por los propios cónyuges) cuál es ese régimen económico. De igual modo el legislador estatal proyecta esta filosofía al tráfico externo mediante dos normas de conflicto: el artículo 9.2 CC permite identificar cuál es el régimen económico para cualquier matrimonio con elemento extranjero, dejando abierta la posibilidad de que las partes pacten otras opciones conforme al principio de la autonomía de la voluntad recogido en el artículo 9.3 CC. Si esta elección no fuera correcta, el sistema nos remite de nuevo a la solución «por defecto», *i. e.* el artículo 9.2 CC. La

cisiones por las partes, o de que las circunstancias del caso permitan deducir otra cosa, se ha de entender que el régimen aplicable es aquel que funciona «por defecto» en el sistema jurídico al que remite el artículo 9.2 CC. Esta solución es relativamente sencilla cuando el ordenamiento remitido es uno en el que sólo existe un régimen por defecto, pero exige un paso ulterior cuando este ordenamiento es plurilegislativo y pueda resultar aplicable más de un sistema, como en el caso español. La sentencia sin embargo no se plantea esta cuestión, indicando el régimen de gananciales del Código civil.

El ordenamiento que resulte identificado por las normas de conflicto para regir el régimen económico matrimonial es el que determina adicionalmente cuáles son las demás circunstancias vinculadas a aquél y su regulación, entre otras, qué contenidos deben acceder a los registros (de la propiedad, del propio régimen matrimonial –si existiera–), etc. Ahora bien, esta previsión tiene claramente un límite derivado de la territorialidad de los ordenamientos, de manera que hay que conjugar las disposiciones de la norma del régimen económico con las que rigen el estatuto del propio registro en el que se pretende la inscripción¹³.

Al haber identificado la Sala tercera del Tribunal Supremo el Derecho español como ley aplicable a dicho régimen, sería correcto que se exigiera la inscripción en el registro de la propiedad de la adquisición de los bienes y con qué naturaleza, siendo aplicables igualmente las presunciones y reglas sobre prueba derivadas de tal inscripción en el Registro (*cf.* arts. 93 a 95 RRH). Por ello, conforme a lo dispuesto en la normativa española, un inmueble adquirido por pareja sujeta al régimen de gananciales del Código civil, debería quedar registrado en el Registro de la propiedad con carácter ganancial (según art. 93 RRH). El carácter territorial de los registros supone que sólo pueden acceder al Registro español las inscripciones de titularidad sobre bienes sitos en España. Pues bien, esta misma regla funciona en los demás sistemas. Por ello, cuando se trata de un bien situado en Guinea, el punto de vista del legislador español sobre la obligación de inscribir los inmuebles de titularidad ganancial tiene que completarse con otra normativa, pues lo que accede al registro de situación del inmueble no puede ser determinado según el Derecho español, sino conforme a la ley que gobierna dicho registro, *i. e.* la ley de lugar de situación del inmueble (y por tanto del registro), en nuestro ejemplo, el Derecho guineano (art. 10.1 CC). Esto implica que pueden producirse desajustes entre lo dispuesto en ambas normativas, en particular cuando éstas no contemplan (como es el caso en el ordenamiento español) los supuestos con elemento de internacionalidad.

Si esto es así, la conclusión que deriva el Tribunal Supremo en su Sala tercera es incorrecta, pues no es posible extraer las consecuencias de la aplicación de la normativa española en materia de inscripción registral en el caso si la inscripción debe realizarse en un registro extranjero. En otros términos, las consecuencias que prevé el ordenamiento español valen *en tanto* sea una inscripción en un registro español, pero no en uno extranjero. Esta falta de inscripción del inmueble como ganancial en Guinea no puede tomarse como

lógica del sistema exige, pues, no sólo que sea posible identificar el ordenamiento que rige el régimen económico, sino también el concreto régimen válido para ese matrimonio que, en defecto de ulteriores precisiones de los cónyuges, debe entenderse es el sistema legal en aquel ordenamiento. Para más desarrollos de esta cuestión, *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, 2002, en particular, pp. 26, 48 ss (§§ 29, 50 ss).

¹³ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 80 (§ 86).

prueba «en contra» de la ganancialidad, simplemente porque es imposible que pueda constituirse como tal prueba, dado el elemento internacional del registro.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia comentada no puede recibir una valoración positiva. Ciertamente no se presume que la Sala de lo contencioso-administrativo deba manejar el Derecho civil con la misma soltura que la Sala primera del mismo Tribunal. La complejidad de las normas de conflicto permitiría incluso excusar algunos de los puntos de la decisión. Pero ello no puede suponer la ignorancia o el descuido respecto de algunas cuestiones básicas en materia civil y constitucional. Resulta paradójico que el órgano jurisdiccional que está llamado a introducir los criterios de interpretación del sistema sea precisamente el que induzca en ocasiones a perplejidad (como ocurre a la hora de determinar la nacionalidad española o guineana de la demandante) y en otras, a desconcierto, exigiendo la prueba de una presunción legal o descuidando las consecuencias que conlleva la declaración de inconstitucionalidad de la norma que, correctamente identificada, debería proporcionarle la solución del caso.