

La inscripción de documentos públicos extranjeros en el Registro de la Propiedad español; crítica a la Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012 y a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (a propósito de las Resoluciones de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)

The entry of foreign public documents in the Real Estate Public Registry of Spain. Review of the Resolution of the DGRN of February 22nd, 2012, and of the Supreme Court's ruling of June 19th, 2012 (regarding the resolution of September 14 th, 2016 and April 17 th, 2017)

por

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Notario

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE
Notario

RESUMEN: En el presente trabajo se critica con dureza cierta doctrina novedosa, jaleada por algunos autores, y hecha suya, incomprensiblemente,

por la DGRN (Resolución de 12 de febrero de 2012) y el Tribunal Supremo (Sentencia, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2012), que se estima claramente desacertada y muy peligrosa para la seguridad jurídica preventiva, respecto de los efectos del documento extranjero en las transmisiones jurídicas inmobiliarias que pretendían su ingreso en el Registro de la Propiedad español. Sin embargo, tras la importante *Resolución de 14 de septiembre de 2016*, parece que se ha vuelto a la mejor doctrina sobre la materia, exigiendo con firmeza la ortodoxia y cristalina doctrina de la *EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS*; evitando, así, el descarrilamiento irreversible de dicha seguridad jurídica; PERO, con la importantísima matización que hace la Resolución de 14 de abril de 2017 del juicio de suficiencia, respecto de los poderes notariales extranjeros.

ABSTRACT: In the present work we harshly criticize an certain innovative doctrine, cheered on by some authors, incredibly accepted by the DGRN (Resolution of February 12th, 2012) and the Supreme Cout (Civil Chamber's ruling of June the 19th, 2012). It is clearly considered unwise and very dangerous for the preventive legal certainty regarding the effects of a foreign document in the real estate ownership transfers due to be entered in the Spanish Real Estate Registry. However, after the important Resolution of September the 14th, 2016, it seems that the best doctrine on the subject has returned, requiring the orthodoxy and crystalline principle of the EQUIVALENCE OF FORMS, thus avoiding the irreversible derailment of the above mentioned legal certainty; BUT with the very important nuance or qualification that is done in de Resolution of April 17 th 2017, about notary's judgment in the powers foreign.

PALABRAS CLAVE: Equivalencia de las formas. Documento extranjero y juicio de suficiencia.

KEY WORDS: equivalence of forms. Foreign document and notary's judgment.

SUMARIO: I. NOTA PRELIMINAR.—II. INTRODUCCIÓN.—III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE FEBRERO DE 2012.—IV. JUICIO CRÍTICO EN RELACIÓN A LA AUSENCIA DEL JUICIO DE CAPACIDAD Y FE DE CONOCIMIENTO DEL NOTARIO.—V. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2012.—VII. CONSECUENCIA Y EFECTOS DE LA INEFICACIA DOCUMENTAL.—VIII. EPÍLOGO.

I. NOTA PRELIMINAR

El presente trabajo fue escrito a mediados del año 2012. La idea era completarlo con una segunda parte que abordara problemas relacionados con el documento público; pero esto último, por multitud de cambios legislativos y diversas razones, no se llevó a efecto y el trabajo quedó archivado.

En él se criticaba con dureza cierta doctrina novedosa, jaleada por algunos autores, y hecha suya, incomprensiblemente, por la DGRN (Resolución de 12 de febrero de 2012) y el Tribunal Supremo (Sentencia, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2012), que se estimaba claramente desacertada y muy peligrosa para la seguridad jurídica preventiva, respecto de los efectos del documento extranjero en las transmisiones jurídicas inmobiliarias que pretendían su ingreso en el Registro de la Propiedad español.

Sin embargo, tras la importante *Resolución de 14 de septiembre de 2016*, parece que se ha vuelto a la mejor doctrina sobre la materia, evitando el descarrilamiento irreversible de dicha seguridad jurídica. En efecto, centrándonos en la cuestión que consideramos fundamental y capital que vamos a tratar en este artículo (prescindiendo de algunas disquisiciones, más o menos acertadas, sobre los tipos de Notarios anglosajones) y, aunque para un asunto accesorio (como es el poder otorgado en el extranjero ante un Notario de Liverpool; y dejando también a un lado la potestad del Notario español para juzgar, bajo su responsabilidad, la suficiente de este tipo de representaciones, previa valoración de su equivalencia material —a que nos referiremos a continuación, de manera especial—), dicha Resolución declara con firmeza que: «... *con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 del Reglamento Hipotecario), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Esta doctrina se fundamenta en que, como exige el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, «también se inscribirán los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España»; lo que exige determinar cuándo concurre dicha circunstancia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (vid., en el mismo sentido el art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el art. 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—)»... «Consecuentemente, será preciso que en la reseña que el Notario español realice del*

documento público extranjero del que resulten las facultades representativas, además de expresarse todos los requisitos imprescindibles que acrediten su equivalencia al documento público español, deberá expresarse todos aquellos requisitos que sean precisos para que el documento público extranjero pueda ser reconocido como auténtico, especialmente la constancia de la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, de acuerdo con los tratados internacionales».

Es decir, se vuelve a la ortodoxa y cristalina doctrina de la *EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS*; o, en palabras de esta última Resolución: «que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el Registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. art. 36 del Reglamento Hipotecario). En el supuesto de que el Registrador disintiera de la equivalencia declarada por el Notario deberá motivarlo adecuadamente» (aunque esto último es discutible y matizable con lo que seguidamente se dice).

Si bien, todo ello basado en los DOS PILARES en donde se fundamenta nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva: TITULACIÓN AUTÉNTICA Y CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Por tanto, si aquellas Resolución y Sentencia del año 2012 merecían una crítica muy desfavorable, esta nueva doctrina debe ser objeto de buena acogida y mejores halagos, por su ortodoxia y pulcritud jurídica.

Y, aunque siempre habrá voces, dentro y fuera de nuestros cuerpos, que pretenderán soluciones hilvanadas para autorizarlo todo e inscribirlo todo, aun a costa de violentar nuestro ordenamiento jurídico hasta el punto de dejarlo desdibujado y desconocido; y critiquen también esta nueva doctrina, so pretexto de que no se van a dar cobijo y solución a multitud de documentos extranjeros con la consiguiente paralización del tráfico jurídico; no obstante, habría que responder: «*dura lex, sed lex*». De manera que no se puede desvirtuar, adulterar, ni falsear arbitrariamente un sistema de seguridad jurídica preventiva que tanto nos ha costado acrisolar y que tanto prestigio ha proporcionado al notariado latino en general y al español en particular.

Y es que no se debería consentir que simples legitimadores de firmas impongan, en el tráfico jurídico inmobiliario de corte latino, el raquíto y escaso control de la legalidad a que conduce su endeble sistema de seguridad jurídica. Esta desviación y enturbiamiento nos podría, además, salir muy caros en el futuro, tanto económica (costes por reclamaciones en documentos defectuosos o insuficientes) como jurídicamente (resquebrando un sólido y saludable edificio de seguridad jurídica preventiva).

AHORA BIEN: Tras la enérgica y acertada doctrina de esta Resolución de 2016, respecto a la necesidad de que el documento extranjero que pretende su acceso al Registro de la Propiedad debe superar un análisis de *idoneidad o equivalencia* en relación al documento público español, sin embargo, tal Resolución no matiza suficientemente la función del Notario y del Registrador en este menester.

Y justo para dar salida y solución a esta situación, a propósito de la idoneidad de poderes otorgados en el extranjero para provocar una modificación jurídica real inmobiliaria, se ha pronunciado recientemente la *DGRN en Resolución de fecha 17 de abril de 2017* (solución que es extrapolable a otros supuestos con carácter más general).

Y hay que reconocer que, así como la mencionada Resolución de 14 de septiembre de 2016 produjo cierta inquietud en el cuerpo notarial, seguro que la de 2017 lo ha producido en el ánimo de los registradores.

Sin embargo, esto no debería ser así; sino que se debe valorar con ponderación el asunto y tener en cuenta la diferente labor a la que estamos llamados a desarrollar los cuerpos hermanos de Registradores y Notarios.

- En efecto, la *Resolución de 14 de septiembre de 2016* hace referencia «*al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero, y que el Notario español juzga suficiente para el otorgamiento de una escritura pública, realizando al respecto el juicio establecido en el artículo 98 de la Ley 24/2001*»; sentando la doctrina de que no basta con que se reseñe en la escritura otorgada por el Notario español los elementos identificativos del documento extranjero (para acreditar el cumplimiento de los requisitos formales exigibles y su carácter auténtico) sino que, además, es preciso acreditar una equivalencia material; es decir, «*que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surtan los mismos o más próximos efectos en el país de origen*»; precauciones, estas, que van dirigidas enérgicamente y en un primer momento al Notario español, que debe controlar la legalidad, y, solo en un momento posterior y quizás mas atenuadamente (como veremos) al Registrador de la Propiedad.

- Mientras que la *Resolución del 17 de abril de 2017* trata de clarificar la manera de acreditar esa idoneidad o suficiencia cuando se trate de un *poder extranjero*. Y lo que declara es que, siendo juicios diferentes el de *equivalencia* (entendida esta no como meramente formal sino sustancial) y el de *suficiencia* del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, sin embargo, cuando se realiza un juicio expreso y general de suficiencia por parte del Notario español autorizante del documento que pretende su acceso al Registro, este juicio implica cabalmente aquel; es decir, *¡¡¡el juicio de equivalencia, en estos casos, se encuentra implícito en el de suficiencia!!!*

La cuestión, pues, consiste en determinar si la doctrina de esta última Resolución es acertada, y, nuestra opinión es que constituye *una buena y correcta doctrina*.

No es este el lugar ni el momento de un análisis pormenorizado de este particular (sin perjuicio de que pueda realizarse en otra ocasión y separadamente); pues nuestro propósito, aunque relacionado con este asunto, es otro. No obstante, por su importancia diremos que esta Resolución merece no solo nuestro comentario, sino nuestro apoyo jurídico y doctrinal. Y eso por las siguientes y resumidas razones; razones que, por otra parte, no es necesario que sean numerosas y abundantes; pues basta con que una sola sea contundente para orillar y descartar otras menos decisivas o irrelevantes para resolver la cuestión.

PUES BIEN, partiendo de la premisa inicial, que es el artículo 10.11 del Código Civil: «*A la representación... se aplicará... y a la voluntaria, de no mediar consentimiento expreso, la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas*»; por tanto, en el supuesto que nos ocupa, la Ley española.

Y, en la Ley española hay un argumento contundente y muy poderoso que anula o descarta todos los demás sobre el particular. En efecto, en estos casos de poderes (bien otorgados en España, bien otorgados en el extranjero) *¡¡¡el juicio de suficiencia de las facultades representativas corresponde, en exclusiva, al Notario!!!* Es decir, corresponde al legislador nacional fijar la estructura y las condiciones propias del sistema jurídico preventivo, articulado sobre la doble función de Notario-Registrador de la Propiedad. Pero es el Notario el que está investido de unas facultades determinadas, gozando el documento público notarial de las presunciones previstas en una normativa con rango de ley, tales como veracidad, integridad, legalidad. Es cierto que se podría haber articulado ese sistema jurídico de otra manera; pero lo cierto y verdad es que nuestro legislador ha elegido este y no otro.

Concretamente (y como ya recogiera la luminosa Resolución de 14 de febrero del año 2007) «Según el apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la reseña que de los datos identificativos del documento auténtico aportado para acreditar la representación inserte el Notario y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas **HARÁN FE SUFICIENTE, POR SÍ SOLAS, DE LA REPRESENTACIÓN ACREDITADA, BAJO LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO**. Y, como se ha detallado, mediante la modificación de este precepto legal por el artículo trigésimo cuarto de la ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. *El Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este con el contenido del artículo presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación*».

Por consiguiente (y descartadas otras menudencias jurídicas) es claro y contundente que el *juicio de suficiencia* en estos casos de poderes, corresponde única y exclusivamente al Notario, sin perjuicio de la limitada y posterior calificación del Registrador. Pero tengase en cuenta que esta calificación del Registrador lo es *a posteriori* y, como ilustra la mencionada Resolución de 2007: «¡¡En ningún caso puede extenderse la calificación registral a nada que otra norma con rango de ley le haya excluido, como sucede con el juicio de suficiencia de las facultades representativas ex artículo 98 de la ley 24/2001, de 27 de diciembre!!, Pues el artículo 143.4 del Reglamento Notarial, por el simple pero contundente hecho de que es una norma jerárquicamente subordinada a la ley, no puede contradecir tal artículo, salvo que admitamos que aquel precepto reglamentario ha modificado el esquema previsto en dicha norma con rango de ley o en otras (arts. 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado), en cuyo caso sería nulo de pleno derecho».

• Y dejado esto sentado, la cuestión siguiente a resolver es si ese juicio de suficiencia atribuido exclusivamente al Notario en nuestro ordenamiento jurídico engloba, *incluye o presupone* el juicio de equivalencia, cuando se trata de un poder extranjero. Y la respuesta debe ser, igualmente, afirmativa. Entre otras razones (de menos peso) por las siguientes:

Que el juicio de suficiencia de los poderes que realiza el Notario español no distingue ni debe distinguir si dichos poderes son otorgados en España o en el extranjero, y *ubi lex non distinguit...*

En efecto, *¿qué es un juicio de suficiencia?* Básicamente, es un juicio de APTITUD o IDONEIDAD relativo a que el documento en cuestión reúne los requisitos necesarios para producir todos los efectos que le son propios de acuerdo con su categoría y clase (así, actas, escrituras, pólizas; documentos susceptibles o no de inscripción en el Registro... etc.).

Por eso, un poder otorgado en el extranjero puede ser perfectamente válido y eficaz conforme a su ley nacional; pero para que pueda ser válido y eficaz conforme al derecho español debe reunir todos los requisitos que lo hagan idóneo y apto para el fin pretendido; esto es, lo que se ha venido en llamar el *principio de equivalencia*; o, como dice la Resolución de 17 de abril de 2017 que comentamos: «*como ha reiterado este Centro Directivo...* (aparte de la perspectiva formal de la legalización o apostilla, en su caso) *el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante, así como su capacidad para el acto o negocio que contenga*», debiendo constar en documento público a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1280.5 del Código Civil).

Pues bien, el juicio de suficiencia del Notario español previsto en nuestras leyes, habida cuenta las presunciones que se le otorgan al documento público

(veracidad, integridad, legalidad) y los efectos que lo acompañan (legitimadores, probatorios, ejecutivos...), unido a las obligaciones y responsabilidades del Notario que lo autoriza, es un *juicio general, único e íntegro*, que hace referencia, en su conjunto, a la identidad de los otorgantes, su capacidad, facultades representativas del representante y su equivalencia formal y material con el Derecho español. Es decir, se trata de un juicio que hace referencia tanto a la forma como al fondo del documento, *toda vez que se trataría de un juicio incompleto si no abarcase la totalidad de los requisitos requeridos por nuestro Ordenamiento jurídico*, como esenciales y necesarios, para que el poder surta todos sus efectos.

Y eso porque no existe en nuestro Derecho un precepto explícito que imponga al Notario una presunta obligación de dar un juicio de suficiencia separado o pormenorizado independientes uno del otro. Se trata pues de una labor integral.

Y NO SOLO ESO: No es que se trate de una simple labor jurídica sino de UNA OBLIGACIÓN IMPUESTA LEGALMENTE AL NOTARIO. En efecto, lo que sí se le exige taxativamente al Notario (art. 17 bis, apartado segundo, letra a) y 24 de la Ley del Notariado y 145 de su Reglamento) es que NIEGUE la autorización si considera que el acto o negocio jurídico o el instrumento que lo documenta no resulta conforme con el Ordenamiento jurídico. Concretamente dicho artículo 145 del Reglamento, según redacción derivada del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, dice: «...el Notario, en su función de control de la legalidad, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1º la autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiese acreditado al Notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos».

Y (como sigue diciendo la aludida Resolución de 2007): «¡¡¡Obviamente, si el Notario no solo puede, sino que debe negar su función, es porque ejerce un PLENO control de legalidad a los efectos de denegar su actuación y documentación pública!!!».

Por tanto, si el Notario, en uso de las atribuciones legalmente a él concedidas se decide a autorizar el documento, juzgando suficiente el poder extranjero para el acto o contrato de que se trate, *el juicio de equivalencia se encuentra implícito en el de suficiencia*; toda vez que, de otro modo, el Notario se hubiese negado a autorizarlo o lo hubiese autorizado con reservas.

En resumen: el artículo 98 de la tan aludida Ley 24/2001 no distingue entre poderes extranjeros y españoles ni hace tal distinción la doctrina del Tribunal Supremo ni de la Dirección General, a efectos del juicio de suficiencia; y, a su vez, ese juicio de suficiencia comprende el de equivalencia como parte integrante de un todo. Y es que nuestro sistema jurídico regula con precisión el deber y obligación que tiene el Notario de prestar su ministerio y autorizar el documento público si no encuentra obstáculo para ello, previo juicio de suficiencia; a la par que regula las causas de excusa o abstención en su actuación.

De manera, que un juicio de suficiencia del Notario español con respecto al poder extranjero, viene a decir que dicho poder reúne todos los requisitos de idoneidad y equivalencia formal y material con nuestro derecho interno, conteniendo el oportuno juicio de capacidad y fe de conocimiento del otorgante; sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (todo ello sin perjuicio de su legalización y apostilla, claro está); o lo que es lo mismo: que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 36 de Reglamento Hipotecario, se hace constar por el Notario autorizante que la parte poderdante tiene la aptitud y la capacidad legal necesaria, conforme a la legislación de su país de origen, por otorgar dicho poder; en el cual se han observado las formas y solemnidades exigidas por dicha legislación para el otorgamiento del mismo; y que el poder se ha otorgado ante un Notario (autoridad) extranjero en desarrollo de sus funciones idóneas y equivalentes a las del Notario español, para tener fuerza de documento público inscribible según previene el artículo 1280.5 del Código Civil; por lo que se juzga al apoderado, bajo su responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la presente escritura de...

Bien se entiende lo engoroso e innecesario que resulta la transcripción en el documento notarial de este tipo de «salmodias jurídicas» (que tan habituales son actualmente y a las que somos tan aficionados los países latinos), entorpeciendo y embarrando cada vez más la limpieza, precisión y rigurosidad en el lenguaje que deben presidir nuestras actuaciones. Sobre todo cuando nuestro Reglamento notarial prevé para ello una fórmula sencilla y práctica.

Por lo demás, ese juicio de suficiencia de las facultades representativas que hace el Notario de manera expresa (no bastaría inducirlo ni deducirlo implícitamente de la mera autorización del documento) no es necesario que esté sujeto a palabras o fórmulas sacramentales y solemnes (como la *mancipatio* romana), puesto que ningún precepto jurídico de nuestro Ordenamiento le obliga a ello. Y lo que sí le *obliga y debe hacer* el Notario es autorizar en todo caso si, previa calificación de suficiencia, no ve ningún obstáculo, a la vez que *debe rehusar* dicha autorización si es que entiende lo contrario; por lo que la simple autorización notarial unida al juicio de suficiencia expreso del Notario (*ex art. 98 Ley 24/2001*) presupone que toda la legalidad ha sido cumplimentada y el documento reúne todos los requisitos necesarios para que produzca los efectos oportunos, pues, en otro caso, el Notario no lo habría autorizado.

- En vista de todo lo anterior, y si esta es la correcta doctrina, ¿a qué ámbito quedaría reducida la labor del REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD en esta cuestión?

Ante todo, hay que recordar la distinta labor que desempeña el Registrador, cuya actividad se desarrolla en otro ámbito distinto al notarial. Esta cuestión ya la resolvió la Resolución de 14 de febrero de 2007 anteriormente mencionada, con carácter general, limitando la labor de su calificación a la *existencia* de la reseña identificativa del documento, la *existencia* de la reseña del juicio notarial

de suficiencia y la *congruencia* de este con el título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación ni pueda extenderse su calificación a nada que otra norma con rango de ley lo haya excluido, como sucede con el juicio de suficiencia de las facultades representativas *ex artículo 98 de la Ley 24/2001* tan reiterada.

Y eso es así, porque dicha calificación se despliega respecto de un documento que se presume ajustado al Ordenamiento jurídico español; el gozar el título (documento notarial) de las presunciones citadas de veracidad, integridad y legalidad, es por lo que al Registrador le está vedado poner en duda el contenido de lo expuesto en el mismo, y esa veracidad se presume, además, íntegra en el sentido de que el Notario narra toda la verdad y el documento que el Notario manifiesta, bajo su responsabilidad, que es idóneo (juicio de suficiencia), que no carece de ninguno de los requisitos que lo hacen apto para producir todos sus efectos (tales como: ser autorizado por autoridad competente extranjera, contener la fe de conocimiento y el juicio de capacidad así como una equivalencia sustancial y material); y, en especial, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que es justamente en donde se debe centrar dicha calificación registral a posteriori.

Lo que ocurre, al ser el juicio de suficiencia prerrogativa del Notario, es que, a falta de norma expresa sobre el particular, lo puede emitir de la forma que tenga por conveniente, siempre y cuando que, en todo caso, se ajuste a la fórmula que utiliza el Reglamento Notarial para calificar la suficiencia de los poderes, en su *artículo 156.8* cuando dice que: «La comparecencia de toda escritura indicará... 8. La afirmación de que los otorgantes, a juicio del Notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación». De lo que se sigue que, cuando existe ese juicio y existe formulado con las palabras que prevé el Reglamento, se está presuponiendo que dicho documento es idóneo y apto para que surta los efectos del acto o negocio jurídico previamente calificado, puesto que el Notario ha autorizado el documento y no se ha abstenido ni rehusado ni formulado reservas en el mismo; por lo que, el Registrador en este caso, limitará su calificación solo, única y exclusivamente a si existe formulado este juicio de suficiencia correctamente.

Juicio de suficiencia, no lo olvidemos, que comprende tanto el fondo como la forma del documento, y que es suficiente para considerarlo correctamente hecho si se utilizan las palabras que prevé el artículo 156.8.

Otro tipo de calificación que no sea para admitir o no su inscripción (como por ejemplo apreciar la nulidad o ineficacia del documento) le estaría vedada al Registrador, como recuerda el artículo 66 de la vigente Ley Hipotecaria, que ordena ventilar ante los Tribunales de Justicia toda cuestión relativa a la validez o nulidad del título.

Otra cosa, en fin, sería que el Notario diese un juicio de suficiencia circunscrito a algún aspecto parcial del documento o que, aún haciéndolo general, no se ajustase a la normativa vigente; pues también el Registrador puede calificar si ese juicio de suficiencia está correcta o incorrectamente formulado. Aunque lo que aquí se sostiene, es que, conforme a los artículos anteriormente citados de la Ley y el Reglamento Notarial y, en especial el artículo 156.8, nada obliga al Notario a hacer otras, ni distintas ni más amplias manifestaciones que limitarse a transcribir lo que dice la Ley: *«Juzgar de manera expresa la suficiencia de las facultades de representación»*.

En resumen, en estos casos de poderes extranjeros se deberá reseñar en la escritura por el Notario español autorizante (igual que en el supuesto de poderes nacionales) y se puede calificar por el Registrador de la Propiedad, lo siguiente: nombre, circunstancias personales e identificación del poderdante y del apoderado, la identificación del Notario extranjero que autorizó el poder (con su fecha y número de archivo de protocolo), y el juicio de suficiencia del Notario, en el sentido de manifestar que ha tenido a la vista y comprobado la copia autorizada de dicho poder extranjero, debidamente *apostillado*, y que de la misma (copia) resulta, a su juicio y bajo su responsabilidad, facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la escritura de que se trate.

No hacen falta dos juicios notariales: uno de suficiencia y otro de equivalencia de facultades representativas; ni es necesario tampoco un juicio de suficiencia con dos pronunciamientos (ejemplo: la misma formula anterior pero diciendo: ...copia del cual (poder extranjero) he tenido a la vista y comprobado, y de la misma resulta, a mi juicio y bajo mi responsabilidad, que es *idóneo* y contiene las facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la escritura que se trate...).

Es decir, el Notario español autorizante del documento público correspondiente, puede ser más o menos preciosista o detallista en la redacción de su formula correspondiente al juicio de suficiente, siempre que cumpla el *mínimum* establecido por la ley. Pero ya cumple perfectamente con esa fórmula omnicomprensiva y única: *«al juzgar con facultades representativas suficientes...»*; puesto que dicha fórmula (como venimos repitiendo machaconamente y a propósito) *implica y lleva ínsita en si misma* esa equivalencia material y formal del poder extranjero, porque, en otro caso, el Notario no hubiese autorizado el documento translativo de dominio correspondiente.

Finalmente, debe ADVERTIRSE que esa exclusividad notarial en materia de juicio de suficiencia, lleva consigo y alcanza una correlativa *responsabilidad* (civil y/o penal), también exclusiva, en esta materia de poderes (nacionales o extranjeros). Conviene no olvidarlo...;

Dicho lo cual (y dejando a un lado estériles luchas intestinas, intentando desvirtuar, destriñir, o desplazar la labor que realizan los dos personajes fundamentales en esta historia: el Notario y el Registrador de la Propiedad; cada uno

a su tiempo y a su modo y dentro de su esfera jurídica de competencias, como veremos a continuación cumplidamente) cobran actualidad y vigencia las ideas que recogimos en nuestro inicial trabajo, y ahora ofrecemos al lector; porque se trata de ideas básicas que, en todo caso, deben tenerse en cuenta cuando se trata de un documento extranjero sujeto a inscripción (solo o en compañía de otros) en el Registro de la Propiedad español; porque se trata de los pilares, las columnas que sostienen el edificio de nuestra seguridad jurídica preventiva. Todo lo demás puede ser discutible, opinable, matizable..., pero lo que a continuación se dice y se razona lo consideramos «dogmas de fe jurídicos».

II. INTRODUCCIÓN

Tras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado del 7 de febrero y 20 de mayo de 2005, a propósito del valor del documento extranjero en España y su acceso al Registro de la Propiedad, (que quedó francamente restringido, cuando no vetado), surgió una feroz y desmesurada crítica, con argumentos variopintos; pero, sobre todo, totalmente desenfocados, cuando no claramente desconocedores de nuestro sistema de transmisión inmobiliaria registral.

La razón fundamental de la negativa a inscribir consistía en razonar que, si bien en reiteradas ocasiones la Dirección General había aceptado la doctrina de la «*equivalencia de las formas*» (Resoluciones de 11 de junio y 21 de abril de 2003); resultaba discutible esa equivalencia cuando la formalidad exigida se impone como forma de control. De manera que el Notario extranjero (y no digamos si se tratase de un simple documento privado con firmas legitimadas notarialmente) carece de los medios para controlar la seguridad jurídica española, con igual nivel de satisfacción del Notario español; y, en especial, todos los extremos que puedan tener relevancia en el documento público inscribible: desde la innumerable lista de preceptos administrativos y catastrales hasta la colaboración con el Fisco. Exigiendo, en fin, que los contratantes extranjeros pudieran compelirse mutuamente, en ejecución de documento otorgado en su país, para otorgar la correspondiente escritura ante Notario español. Y todo ello sobre la base, de que a veces la forma (en nuestro caso la notarial) del documento encubre también un requisito de fondo del negocio, como condición inexcusable de ciertos efectos jurídicos; alcance que se advierte en el actual artículo 24 de la Ley del Notariado y 323,3 de la LEC.

Es cierto que la tibieza argumental de estas Resoluciones, daban pie a una justa crítica, pero esta ha sobrepasado todos los límites. Veamos algunas «perlas» a modo de ejemplo:

Así, *Doña Beatriz Añoveros Terradas* (Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2005, *RJ* 2005, 564- en *Cuadernos*

Civitas de Jurisprudencia civil, núm. 72 octubre-diciembre de 2006, 1295-1312) asegura que la negativa de la DGRN a inscribir la escritura otorgada en Alemania respecto del bien sito en España, vacía claramente el contenido del artículo 4 LH y el 36 RH. La autora concluye felicitando al Juez de Primera Instancia que, en el caso que ahora comentamos, revocó la Resolución de la DGRN: *Lo que no podemos admitir* —dice— es que se «retuerza» la Ley para *dar satisfacción a un monopolio profesional (sic)*. A esta atolondrada afirmación de brocha gorda, que rebasa todo elemental cortesía literaria, se le dará cumplida respuesta, pero con argumentos jurídicos que, a lo que se ve, sin duda ignora esta autora.

Luis FAJARDO LÓPEZ, alza la voz en la *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 18, año 2007 p. 339 y opina que se trata de *una cuestión de respeto y colaboración de autoridades de distinto países*. Y uno se pregunta si habrá entendido algo este autor de lo que estamos hablando. También después se ilustrará sobre cuándo y porqué procede ese respeto que reclama:: no a tontas y a locas, sino «según y cómo».

Otros, como el profesor *Iván HEREDIA CERVANTES* (en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 70, enero-abril de 2006 p. 128), asegura que el filtro o control a la que alude la Resolución de la DGRN 72/2005 no es exclusivo de los Notarios; por el contrario, el Registrador está obligado a ello (control de legalidad, para lo cual puede pedir que se adjunten documentos a la escritura presentada); y si mucho no nos equivocamos, este es, en general, también la opinión de la profesora *Carmen JEREZ DELGADO*, en su trabajo *La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)*. Pero olvidan y/o ignoran estos autores, que esta afirmación es solo verdad en parte; pues como vamos a comentar, solo el Notario en exclusiva tiene el monopolio del control y la fe pública respecto a determinadas actuaciones contenidas en el documento público; y esto es así tanto por imperativo legal como por imperativo categórico, físico y racional.

El *Juez de Primera Instancia* núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife (st. marzo de 2006) que revocó la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2005, afirma que no existe una norma de derecho interno que prive de eficacia, a efectos registrales, a la escritura pública otorgada

ante Notario extranjero; a lo que respondemos (y más adelante se detallará), que, efectivamente, no hay una sola norma, sino innumerables: Todas aquellas que informan, en materia internacional, la obligación (incluida la del Juez y, sobre todo, el Juez) de imperativa aplicación de determinada normativa del foro, cuales son, las que regulan el sistema jurídico-preventivo en el tráfico inmobiliario: no es solo una norma la que se opone a la inscripción, sino las que regulan todo el sistema de seguridad jurídico preventiva.

En fin, la *Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*, en Sentencia núm. 391/06 de 22 de noviembre de 2006, asegura igualmente que, con estas Resoluciones de 2005, la DGRN está omitiendo la referencia de las normas de Derecho Registral y Derecho Internacional Privado. Después hablaremos sobre estas normas que se dicen omitidas.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012*, rechazó, en casación, el recurso promovido por la DGRN contra la citada Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tenerife de 22 de noviembre de 2006. Los «Fundamentos de Derecho» en que fundamentaba su fallo los veremos con posterioridad.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 FEBRERO 2012

En cuanto a la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras esta doctrina tan restrictiva respecto al documento extranjero, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad de la Resolución de 2005, se ha pasado, mediante un bandazo poco comprensible y menos riguroso, al extremo opuesto, en virtud de la Resolución de 22 de febrero de 2012 (*BOE* 62, 13 de marzo de 2012, 3603) que contempla un régimen claramente permisivo para tales documentos. Si bien es cierto que esa permisividad para ese documento extranjero, que orilla claramente al Notario español, se torna intransigencia de obligado cumplimiento cuando del control registral se trata. Lo cual, es muy llamativo.

Pero veamos el tenor literal de esta Resolución:

«HECHOS

El título objeto de calificación registral es un documento notarial formalizado en Caracas el 8 de julio de 2005, consistente en un documento de compraventa (con el título de «escritura de compraventa») en cuya virtud doña R. A. M. F. transmitía a doña A. G. G. la finca registral 24.896 del Registro de

la Propiedad número 1 de Madrid, al que se incorpora una diligencia extendida por la Notaría de la República Bolivariana de Venezuela Dra. Yelitzia J. MALAVE T. En dicha diligencia la Notaría, que además indica haber delegado en otra persona la presencia de lo que se califica como otorgamiento conforme con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Notarías Públicas, afirma —entre otros extremos— lo siguiente: «El anterior documento redactado por el abogado: A. G. G., ... Fue presentado para su Autenticación y Devolución ... Presentes sus otorgantes dijeron llamarse: R. A. M. F. y A. G. G., mayores de edad, domiciliados en Caracas, de nacionalidad: Venezolanos, de estado civil: ..., y titulares de las Cédulas de identidad número... respectivamente ... Leídos el original ... los otorgantes expusieron: «su contenido es cierto y nuestras las firmas que aparecen el pie del instrumento». El Notario en tal virtud lo declara autenticado en presencia de los testigos....». En dicho documento notarial figura la legalización de la firma de la Notaria y la apostilla de la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961.

1.º Se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad de un documento suscrito en Caracas (República Bolivariana de Venezuela) que recogía un contrato de compraventa por el que doña R. A. M. F. vendía a doña A. G. G. determinada finca situada en Madrid. Al final de dicho contrato de compraventa, y a continuación de las firmas de las partes contratantes, figura una diligencia notarial fechada en dicha ciudad el día 8 de julio de 2005 y que más adelante se detallará.

2.º En su calificación el Registrador señala:

1) La transmisión de bienes inmuebles exige para su inscripción en el Registro de la Propiedad escritura pública (arts. 1280.1 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria), y el documento presentado no contiene otra cosa que un simple reconocimiento de las firmas en él estampadas y de que los intervenientes corroboran su contenido, pero no existe fe de conocimiento ni juicio de capacidad, cuestiones esenciales para la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad.

2) Examinado el historial de la finca mencionada, y concretamente su inscripción tercera de hipoteca, debe aclararse si, conforme a este último, doña R. A. M. F. transmitió el 8 de julio de 2005 a doña A. G. G. dicha finca, cómo en escritura autorizada el día 6 de noviembre de 2006 la transmitente en el documento que ahora se pretende inscribir constituyó la hipoteca anteriormente reseñada y, además, representada por la adquirente en el referido documento.

3) La recurrente alega que el documento negativamente calificado cumple con todos los requisitos de formalidad y solemnidad exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, pues se describen con claridad las necesarias circunstancias

personales de cada uno de los intervenientes en el negocio jurídico, ambas partes se reconocen con la capacidad necesaria para la formalización, se identifica con absoluta claridad el objeto del contrato y sus condiciones y estipulaciones, y todo ello se reviste de la necesaria solemnidad con intervención del Notario, que da fe del cumplimiento de las prevenciones legales del país de otorgamiento, declarándose legalmente autenticado el documento suscrito. Añade, además, que el documento calificado, por lo que se refiere a la legislación española, contiene todas las prevenciones legales exigidas por el artículo 156 del Reglamento Notarial y que, de faltar alguna de las prevenciones exigidas por la ley española, algo que a su criterio no se daba, el documento presentado estaba debidamente legalizado con la apostilla de La Haya, lo que otorgaba al documento firmado toda la eficacia jurídica, incluida su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En lo relativo al segundo apartado de la nota de calificación, indica que la aparición en la escritura de hipoteca de la transmitente, como hipotecante, tan solo obedeció a la exigencia por parte de la entidad financiera de que figurase como otorgante quien registralmente aparecía como titular; otorgamiento que fue realizado con conocimiento de todas las partes intervenientes, añadiendo además que en nada afecta a la validez y eficacia del documento cuya inscripción se pretende.

2. Entrando en el examen del primero de los defectos señalados en la nota de calificación, se pretende inscribir un documento otorgado en el extranjero (en concreto en Venezuela), que recoge un contrato celebrado en dicho territorio sobre un bien situado en territorio español, por lo que deben ser analizados los distintos aspectos concurrentes bajo el prisma del Derecho Internacional Privado, dada la dispersión de los elementos, reales y personales, de la relación jurídica en cuestión, a los efectos de determinar la legislación aplicable, pues, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 20 de enero de 2011), los Tribunales y autoridades españolas, incluidas las registrales, están obligadas a aplicar de oficio las normas de conflicto contempladas en el ordenamiento español (cfr. art. 12.6 del Código Civil).

En primer lugar, para determinar la ley aplicable al contrato concluido, en lo que se refiere a los aspectos obligacionales del mismo *lex contractus*, la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Pese a que el mencionado Convenio ha sido sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el propio Reglamento limita su aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha posterior a la del contrato que da

origen al presente recurso. En cualquier caso, respecto del presente contrato las consideraciones que se expresan a continuación en relación con el Convenio de Roma resultan plenamente extrapolables al Reglamento Roma I, dada la similitud entre ambos textos, al menos sobre tales extremos.

El Convenio de Roma, igual que el Reglamento Roma I, tiene carácter universal (cfr. art. 2 de ambos textos) por lo que, consecuentemente con ello, resulta aplicable aun cuando el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado no miembro de la Unión Europea. En el caso de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y siempre que las partes no elijan la lex contractus de forma expresa o implícita, deduciéndose de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias concurrentes del caso, el artículo 4.3 del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos que de las circunstancias del contrato se desprenda que este presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento [art. 4.5; en términos muy similares art. 4.1 c) en relación con el art. 4.3 del Reglamento Roma I].

Ahora bien, la lex contractus, determinada según las normas de conflicto del Convenio de Roma, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Así, por ejemplo, el propio Convenio de Roma establece en el artículo 1.2 a) su inaplicación a la capacidad de las personas físicas [art. 1.2 a) del Reglamento Roma I], limitándose a recoger en su artículo 11 la llamada «excepción de interés nacional» (art. 13 del Reglamento Roma I). La exclusión de la capacidad de las personas físicas del ámbito del Convenio de Roma o, en su caso, del Reglamento Roma I implica que el ordenamiento aplicable a esta cuestión deberá determinarse de acuerdo a las normas de conflicto de cada Estado. Por otro lado, una vez determinada la validez del contrato de acuerdo con la lex contractus designada por el Convenio de Roma, o por el Reglamento Roma I, deberán determinarse sus aspectos reales relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido y efectos, aspectos estos excluidos del ámbito de la «lex contractus». De este modo, la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales será el artículo 10.1 del Código Civil español, según el cual: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».

La ley del lugar de situación del inmueble (lex rei sitae) se aplicará al modo de adquisición de los derechos reales, como el momento de transferencia de la propiedad en una compraventa, el contenido del derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad. Así, para el Derecho Internacional Privado español, las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble. En este caso, y dado que el inmueble objeto de la transmisión se ubica en Es-

paña, será el ordenamiento español, y no el venezolano, el que determinará los requisitos para entender completado el proceso de transmisión de la propiedad.

3. Por lo anteriormente expuesto, la eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por la ley española. De modo que corresponde a nuestro ordenamiento, en aplicación de la norma de conflicto antes citada, establecer los requisitos necesarios para considerar válidamente transmitida la propiedad del bien inmueble, lo que implica que, pese a que el título que se pretenda inscribir pueda estar sometido, en sus aspectos obligacionales, a un ordenamiento diferente, su eficacia traslativa queda supeditada a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de transmisión del dominio y demás derechos reales.

Y, dentro del proceso transmisor, lo mismo cabe señalar en relación con la inscripción registral —al fin y al cabo, la cuestión planteada en el presente recurso—. Hay que partir del artículo 608 del Código Civil español, que dentro del Libro Segundo denominado «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones» regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo:

«Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Por tanto, el Código Civil atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria.

En el ámbito de la regulación de la adquisición del dominio y de los derechos reales el Código Civil no se remite a la legislación notarial. Únicamente, en el ámbito de la «prueba de las obligaciones», dentro del Libro IV de las obligaciones y contratos, hay una remisión a la legislación notarial en el artículo 1217 del propio Código, al regular los documentos públicos a efectos de esa prueba de «obligaciones» diciendo que «los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial». Pero tampoco dice que se trate de la «legislación notarial española», sino que lógicamente, ha de ser la «legislación notarial», correspondiente a la ley que regule las «formas y solemnidades del contrato», conforme al artículo 11 del Código Civil. En cambio, respecto a la remisión a la regulación de la Ley Hipotecaria, el artículo 608 del Código se refiere a la Ley Hipotecaria española, pues la publicidad registral de los inmuebles sitos en España se rige por la Ley Hipotecaria española, conforme al artículo 10 del Código Civil. La citada remisión del artículo 608 del Código Civil a la Ley Hipotecaria para determinar los títulos formales inscribibles y la forma y efectos de los mismos, nos lleva al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para los documentos otorgados en España, establece que para que puedan ser inscritos los títulos traslativos del dominio deberán estar con-

signados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos, forma que, por consiguiente, habrá de ser inexcusablemente observada. Y, referente a los documentos otorgados en país extranjero, al artículo 4 de la Ley Hipotecaria «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este artículo se desarrolla por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, básico para la resolución del presente expediente, que dispone «Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. (...) El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

El artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confirma lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria sobre la fuerza en España de los documentos otorgados en el extranjero, pues no exige que el documento extranjero cumpla ningún requisito específico de la legislación notarial española, sino que simplemente se refiere a los requisitos tradicionales de la «fuerza en España» (que en el otorgamiento se hayan observado los requisitos del país en el que se otorgue, que contenga los requisitos de apostilla y autenticidad y que se hayan observado las normas de Derecho Internacional Privado sobre capacidad, objeto y forma, entendiéndose por probadas las declaraciones de voluntad, es decir, el hecho de haberse declarado la voluntad, pero no los requisitos). En este sentido, afirma la Sentencia núm. 391/06 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, «La expresión “fuerza en España con arreglo a las leyes” recogida en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria no puede interpretarse como sinónima de los requisitos formales y solemnidades exigidas al documento notarial español, pues el artículo 4 es diferente al artículo 3 (y 2 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario) de la propia Ley Hipotecaria, que se refiere exclusivamente a los documentos otorgados en España. Si el artículo 4 tiene algún sentido es por la diferencia con el artículo 3, pues en otro caso devendría completamente inútil, pues cada legislación notarial del país respectivo establece los requisitos y garantías de la dación de fe correspondientes. Es lógico, además, que con la expresión “tener fuerza

en España con arreglo a las leyes” nos estemos refiriendo exclusivamente al ámbito de las normas de Derecho Internacional Privado (*viene plenamente confirmado también por el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), porque se trata de un precepto regulador de un supuesto de Derecho Internacional Privado, cual es el documento otorgado en un país extranjero, y además se refiere a la fuerza de dicho documento extranjero en España, razón por la cual la fuerza la ha de dar la Ley que rige los requisitos de esos documentos en España, que son, precisamente, los artículos 8 al 12 del Código Civil y el Convenio de Roma. Así, en materia de capacidad ha de estarse a la ley de la nacionalidad, que en el caso de los otorgantes del documento de autos es la legislación alemana, y no la española, y respecto a ella es más conocedor el Notario alemán que el español. Respecto a la forma y solemnidad del documento ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil, sin que sea requisito imprescindible que cumpla con las formas y solemnidades de la legislación española, pues dicho precepto permite atenerse a la ley del lugar de celebración del acto, salvo en los casos de negocios solemnes como sería, por ejemplo, la donación de inmuebles. Respecto al estatuto real, ha de estarse al lugar de situación del bien, es decir, la legislación española. Y también es la legislación española la que rige la publicidad». Y el documento extranjero cumple con el requisito de tener fuerza en España con arreglo a las leyes, según la antedicha Sentencia, «cuando se adapta a las normas de Derecho Internacional Privado, pues son las que regulan los requisitos del documento y del acto según las puntos de conexión establecidos en los artículos 8 al 12 del Código Civil y en el Convenio de Roma, sin que sean exigibles otros requisitos, formalidades o solemnidades, como serían las de la legislación notarial española, que por definición no son aplicables a dichos documentos, por no estar sometidos los Notarios extranjeros a la normativa notarial española, ni tampoco limitarse la Ley Hipotecaria española a los documentos notariales españoles, dada la gran apertura del artículo 4 de dicha Ley. Todo ello se ve, con mayor nitidez si cabe, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en cuyo último párrafo se instituye al Registrador como el órgano encargado del control de acceso al Registro de los documentos, correspondiéndole la “calificación” de los requisitos de la legislación extranjera sobre formas y solemnidades extranjeras y sobre aptitud y capacidad legal necesaria para el acto, distinguiendo entre la calificación registral de los documentos extranjeros a efectos de su inscripción y los dictámenes o medios de prueba sobre el derecho extranjero; por eso, reconociendo que los funcionarios públicos españoles no tiene obligación de conocer la totalidad del derecho extranjero, pero sí la de exigir que se aplique el mismo para que el documento tenga fuerza en España, prevé que por medio de una serie de informes de otros funcionarios españoles o del país de la legislación aplicable, se pueda acreditar y probar el derecho extranjero a efectos de la inscripción del título extranjero en el Registro de

la Propiedad español». Y prosigue la misma Sentencia, citando a LACRUZ, «respecto a la “legalidad de las formas extrínsecas del documento” (art. 18 LH) rige la regla “locus regit actum” (arts. 11.1 del Código Civil y 36.3.º RH), pero al Registrador se le dispensa de calificarlas si reacredita su observancia con certificación del Cónsul español; respecto a la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) está regida por la ley nacional de los mismos (art. 9 del Código Civil), pero este requisito también puede ser igualmente acreditado mediante certificación del Cónsul español (art. 36.2º RH); finalmente, queda el aspecto referido a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (art. 18 LH), que deberá ser calificada conforme al artículo 4 LH en cuanto a la trascendencia real del acto, y 36.1 RH en relación con el 11.3º del Código Civil en cuanto a la licitud y permisión por las leyes españolas».

4. En el presente expediente, no se ha acreditado, ni resulta de la nota de calificación que la Registradora conozca suficientemente la legislación extranjera dada la ausencia de fundamentación en los correspondientes preceptos de las leyes venezolanas, que el documento presentado tenga la consideración de documento auténtico o público en el país de su otorgamiento según su legislación notarial, o «ley que regula las formas y solemnidades del contrato» conforme al artículo 11 del Código Civil. Esto podría acreditarse por cualquier medio de los previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en el que se pruebe el contenido y vigencia del derecho extranjero (en los mismos términos se pronuncia el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

IV. JUICIO CRÍTICO EN RELACIÓN A LA AUSENCIA DEL JUICIO DE CAPACIDAD Y FE DE CONOCIMIENTO DEL NOTARIO

Esta inquietante Resolución fundamenta su postura, básicamente, haciendo suyos (como hemos visto) los argumentos de la Sentencia núm. 391/06 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4^a), la cual ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (aunque con otros argumentos) por Sentencia de 19 de junio de 2012.

Por lo tanto, a continuación, razonaremos y desarrollaremos nuestra opinión; pero lo haremos al hilo de los pronunciamientos tanto de la DGRN como del Tribunal Supremo; y ello para intentar demostrar no solo el apoyo legal de lo que aquí exponemos, sino la incorrección jurídica de los fundamentos de nuestros más altos intérpretes legislativos.

Nosotros pensamos, honestamente y con la mayor imparcialidad posible en Derecho, que la doctrina de esta Resolución y Sentencia del año 2012 son erróneas e insuficientes, porque no abordan con precisión el principal problema que plantean tales documentos extranjeros: la equivalencia real de la forma y

el sistema de seguridad jurídica preventiva que articula nuestro Estado español para la práctica de las inscripciones de inmuebles en el Registro de la Propiedad.

En nuestra opinión, y ante todo, no cabe una defensa a ultranza y unilateral de nuestro documento notarial, desconociendo casi totalmente el documento público extranjero; a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, PERO tampoco se debe ni se puede admitir, sin más, la validez de dichos documentos so pretexto de alegar una errónea e insuficiente interpretación de reglas internacionales internas, orillando al documento notarial español.

(NOTA ACLARATORIA: En este trabajo *solo* y exclusivamente se atenderá a la validez del documento extranjero, en su eficacia y relación con *la inscripción en el Registro de la Propiedad*. Se debe recordar esto siempre para evitar despistes).

En efecto, es cierto que no se puede desconocer, sin mas, la eficacia y el valor en España del documento extranjero en base al principio de equivalencia de las formas, en materia de transacciones inmobiliarias. Incluso la economía globalizada y la rapidez del tráfico jurídico nos convence de lo contrario si queremos ser operativos. Ahora bien, lo que no puede ser de ninguna manera, es desconocer el sistema de seguridad jurídica preventivo que articula nuestro ordenamiento interno y los personajes necesarios para que se lleve a efecto; muy especialmente el Notario español.

Y es que, en este asunto, se ha olvidado una cuestión que nosotros consideramos de capital importancia para resolver la cuestión discutida y poner las cosas en su sitio. Las Resoluciones del 2005, lamentablemente, solo aluden a esta cuestión tangencialmente; la de 2012, la ignora y la transgrede, y la Sentencia del Tribunal Supremo ni la menciona, lo cual no es tolerable jurídicamente.

En efecto, la Registradora de la Propiedad que denegó la inscripción al documento privado venezolano con firma legitimada notarialmente y que ocasionó esta última Resolución de 22 de febrero de 2012, alega en su nota calificadora, una cuestión clave a la que la Dirección General no le presta la menor importancia y que, sin embargo se estudia en los mas elementales tratados de Derecho notarial inmobiliario y registral, cual es que *«no existe fe de conocimiento ni juicio de capacidad»*!!!

En realidad, esto es fundamental y la Registradora de la Propiedad hace una calificación correctísima, por la simple y elemental razón de que eso es lo que nos dice nuestro Derecho positivo: Nuestra legislación inmobiliaria y registral se basa en los dos pilares que sostienen todo el edificio jurídico, consistentes en la *titulación auténtica* y la *calificación registral*.

La Dirección General toma otros derroteros, y hace depender todo el centro de gravedad en la Resolución del 2012, solo en la calificación registral, ninguneando la nota de la Registradora y despachando el asunto diciendo que, bueno,

todo lo que falta al documento o título extranjero es muy fácil de solucionar; en especial, lo relativo a la capacidad de los otorgantes. Sencillamente, dice, nuestro máximo intérprete y directivo, basta con que se presente una simple certificación del Cónsul español u otro de los medios previstos en el artículo 36 RH. Y se queda descansando.

En este punto de la cuestión, las preguntas a resolver son:

1. ¿Fue correcta la calificación original de la Registradora? Respuesta: ¡¡¡SÍ!!! Las razones, las veremos ahora.
2. ¿Fue correcta la doctrina de la Dirección General en lo relativo a la capacidad de los otorgantes y su fe de conocimiento? Respuesta ¡¡¡NO!!! Fue incorrecta y aun ilegal. Veamos las razones de todo ello.

Empezaremos diciendo que todo el sistema de seguridad jurídica preventiva, en torno al cual gira y se articula nuestro tráfico inmobiliario registral está sostenido, como ya se dijo, por dos pilares fundamentales: *el doble control: notarial y registral*.

Estos dos pilares, principios o presupuestos, *son de derecho imperativo, necesario y aun de orden público* (después volveremos sobre esto), *de inexcusable observancia y sustraída a la voluntad de los particulares*, a fin de mantener incólume nuestro sistema de tráfico inmobiliario. De manera que, si cualquiera de estos dos pilares se toca, por poco que sea, el edificio jurídico sobre el que se fundamenta nuestra seguridad jurídica preventiva se desmorona y ya no sirve.

Es cierto que el legislador original español pudo haber elegido, para estos menesteres, el sistema francés, alemán, suizo, etc., pero da la casualidad que eligió el preciso y precioso sistema español, que requiere esa inexcusable, necesaria e imprescindible doble calificación: Notario-Registrador de la Propiedad (también veremos después cómo actúan los Tribunales y la legislación europea en este punto).

Lo que ocurre es que el primer control jurídico-preventivo ha decidido el legislador que lo ejerza con carácter exclusivo el Notario (lo mismo que a los militares se le otorga el uso de las armas y a los jueces el juzgar y hacer cumplir lo juzgado). Así de claro, sencillo y contundente. Por eso, la labor del Notario en materia de la previa apreciación o dación de fe de capacidad y juicio de conocimiento del otorgante, así como el posterior control de legalidad objetiva, es de obligado cumplimiento y constituye para el Notario un deber inexcusable. Su inobservancia acarrea fuertes y diversas sanciones.

Por eso, si bien no se puede ser papanatas nacionalistas y exigir a los documentos extranjeros sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad más requisitos que a los documentos notariales (o judiciales) españoles, en materia de tráfico inmobiliario; sin embargo *¡tampoco se les puede exigir menos!* Es decir, tiene que haber una «equivalencia de las formas» entre el documento público extranjero y el regulado por el Derecho español, si aquellos pretenden el acceso

al Registro de la Propiedad, no solo formal sino sustancial o de contenido. Lo contrario, aparte de ser inconstitucional, es ilegal, injusto y absurdo. Pues ¿es que van a ser los consumidores de la seguridad jurídica españolas de peor condición que los de otro país?; ¿es que va a depender de cada legislación nacional extranjera, el que se apliquen más o menos requisitos de validez u eficacia para que sus documentos públicos se hagan valer en España a efectos de su inscripción?

La respuesta es que no; que no se pueden exigir distintos requisitos, para una misma finalidad, a los documentos extranjeros y a los otorgados en España. Esta arbitraria distinción debería, en su caso, basarse en una justa causa establecida expresamente por la ley, cosa que no ocurre (ni debe ocurrir).

En resumen, el título extranjero que pretende su validez y eficacia en España, a efectos de transmisiones inmobiliarias, debe ser EQUIVALENTE realmente (y no solo nominalmente) al documento notarial español, es decir, contener los mismos presupuestos básicos que nuestro ordenamiento jurídico exige a este para darle fuerza y valor; toda vez que es «conditio sine qua non» para que la ley le brinde su protección y tutela; ya que, con ello, se pretende una *previa depuración jurídica*, de suerte que en el Registro de la Propiedad solo entren y se inscriban títulos perfectamente válidos y eficaces.

Por eso, se debe tener bien presente y no debe desconocerse jamás, que en Derecho español nunca (salvo en escasísimos supuestos) un documento privado con firma legitimada (ya sea nacional o extranjero) basta, por sí solo, para provocar una mutación jurídica inmobiliaria; porque, entre muchas otras razones, no contiene ni fe de conocimiento de sus autores ni un juicio de capacidad de los mismos, ni tiene los requisitos internos ni los efectos de la escritura pública que son requisitos exigidos, como presupuestos básicos, por el sistema inmobiliario español, al efecto.

En este sentido, la Resolución de 22 de febrero de 2012, (siguiendo a cierta doctrina y alguna jurisprudencia que parece haberla desorientado), comete un ERROR GARRAFAL al afirmar, ¡sin matización alguna!, respecto a la capacidad de los otorgantes que: está regida por la ley nacional de los mismos (art. 9 del Código Civil), «pero este requisito puede ser igualmente acreditado mediante certificación del Cónsul español» (art. 36, 2 RH), (sic).

Pues bien, este es un error y un desconocimiento de nuestro derecho de tal magnitud que invalida de raíz el fundamento de dicha Resolución, y hace inútiles las demás consideraciones sobre el particular (medio de probar la legislación extranjera, formas y solemnidades del acto contenido en el documento en cuestión, validez de los actos dispositivos contenidos en él, etc.). Se trata de un *pecado original jurídico* que tiñe e invalida todo el fallo.

RESPECTO A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPARCIENTES (FE DE CONOCIMIENTO), conviene decir brevemente, lo siguiente: que, por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la

eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que interviene, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al Notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Así, el *artículo 23* de la Ley del Notariado establece la obligatoriedad de esta identificación bien por conocimiento directo del Notario bien por distintos medios supletorios, disponiendo el *artículo 27, párrafo tercero*, de dicho cuerpo legal que: «*Serán nulos los instrumentos públicos: ...Aquellos en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta Ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del Notario».*

Se trata de una certeza acerca de la identidad del compareciente, que no puede ser una verdad necesaria, pero sí una certidumbre jurídica, que no es absoluta, pero sí tan probable que basta para el comercio jurídico. En este sentido, la *Resolución de 18 de octubre de 2010*, entre otras, afirma que «*El juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario queda amparado por una presunción legal solo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el Registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al Notario».*

Por consiguiente, expresiones como «*dijeron llamarse*» y «*titulares de las Cédulas de Identidad número...*» (sin acreditar que los ha tenido a la vista y comprobado), como hace el Notario venezolano en el documento privado por él legitimado y sujeto a inscripción, en la Resolución que comentamos, no valen si no van acompañadas por una identificación o conocimiento real y efectivo por parte del fedatario público: *el que dice ser y llamarse, debe serlo efectivamente* (por lo menos, con la certeza relativa pero suficiente que acabamos de expresar).

¿Cómo, si no, se van a sustentar todas las presunciones jurídicas al efecto; en especial, la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando dice que: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...*»; toda vez que a ese titular no se le identifica indubitablemente desde el principio?

Es inimaginable en nuestro sistema inmobiliario registral la inscripción de un título a nombre de alguien de quien el Notario autorizante del mismo no deje constancia real de su identidad y, además, lo exprese así en el documento que se pretende inscribir. Porque, como después ampliaremos, hay una correlación entre la forma documental pública y el Registro público en función de las exigencias de nuestro sistema jurídico en materia de tráfico inmobiliario.

RESPECTO AL JUICIO DE CAPACIDAD, cabe decir que, en efecto, como ya anunciamos anteriormente, la protección de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva en materia de tráfico inmobiliario, requiere, como un *prius lógico*, un control de legalidad de los documentos; y que, tratándose de transacciones inmobiliarias inscribibles en el Registro de la Propiedad se exige un *doble control*: notarial y registral, a efectos que en el Registro de la Propiedad ingresen títulos perfectos, válidos y eficaces.

Y ese control, se debe realizar necesaria e inexcusablemente, en una primera etapa, solo y exclusivamente por el Notario. Es más, el juicio de capacidad que emite el Notario en el *momento del otorgamiento* del documento es *esencial*. En este sentido, la *DGRN* en Resoluciones de 5 de febrero de 1990; 16 de febrero de 1991; 7 de enero de 1992; 29 de abril de 1994; 25 de julio de 2000; 25 de julio y 27 de diciembre de 2000; 12 de diciembre de 2001... etc., tiene declarado que *el juicio de capacidad es imprescindible en toda escritura pública*, y este juicio está atribuido *en exclusiva al Notario bajo su responsabilidad* (salvo el supuesto excepcional del artículo 665 del Código Civil respecto de los dos facultativos en el testamento del incapacitado por virtud de Sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad).

Es cierto que el Registrador de la Propiedad tiene que calificar (art. 18 LH) la capacidad de los otorgantes; PERO ese segundo control, esa calificación, es distinta y, necesariamente, menos intensa y extensa que la del Notario. No se solapa con ella ni se contrapone, sino que opera en *campos y tiempos distintos*. (Después volveremos sobre esto).

Es más, *la verdaderamente importante, la relevante*, es la capacidad que deba tener el contratante en el *momento del otorgamiento* del documento, no después; hasta el punto de que al ordenamiento jurídico le es indiferente si la persona que contrata tiene capacidad después del otorgamiento o al tiempo de la inscripción del documento (porque el consentimiento ya lo prestó en un momento anterior).

Y todo ello se cohonesta, además, con la teoría que sigue nuestro ordenamiento jurídico para la transmisión del dominio y demás derechos reales, es decir, con la «*teoría del título y el modo*» (art. 609 del Código Civil) *¡¡¡ya que la propiedad se adquiere y se transmite extraregistralmente!!!*, siendo solo el Registro de la Propiedad un medio de publicidad de las titularidades reales y su eficacia *erga omnes*.

Y es que el «juicio» de capacidad del Registrador de la Propiedad y el Cónsul (español o extranjero) de que habla la Resolución de 22 de febrero de 2012, es *un control a posteriori del otorgamiento, distinto del notarial e insuficiente por sí mismo*. Pues, sin el juicio previo de capacidad del Notario, (pensemos en un tipo con más capacidad legal que Sócrates o Einstein pero que, en un momento dado, tiene sus capacidades sensitivas anuladas o disminuidas, o personas afectadas por borracheras —drogas— amenazas) personas con

incapacidades psíquico-físicas naturales pueden firmar u otorgar documentos sin presencia del Notario.

Pues bien, sin ese previo control de capacidad del Notario, *al Registro podrían acceder títulos perfectamente nulos, anulables o ineficaces*. Y es que, cuando hablamos de la necesidad de enjuiciar «la capacidad de los otorgantes», debemos concretar y distinguir con precisión a qué nos estamos refiriendo (cosa que desconoce la Resolución del 22 de febrero de 2012), y quién, cómo, cuándo y con qué efectos se realiza ese juicio de capacidad exigido por el principio de legalidad.

Ello hace tránsito a lo dispuesto en los artículos:

- 145 R. Notarial: «*La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del Notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes intervenientes...* (párrafo tercero): el Notario *en su función de control de la legalidad*, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial *cuando a su juicio: 1º) La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal... 2º) Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretende; 3º) La representación... no esté suficientemente acreditada, 5º) El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia...*».

- Artículo 156.8: «*La comparecencia en toda escritura indicará: «La afirmación de que los otorgantes, a juicio del Notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiere en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades representativas».*

- Artículo 147, párrafo primero: «*El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico...*».

- Artículo 167. «*El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato, y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate*».

Y todos los anteriores artículos, en relación con: el artículo 1261 del Código Civil, respecto de los *requisitos necesarios para que exista un contrato válido y eficaz*, la teoría general del contrato y los vicios de la voluntad; cuando dice que: «*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1) consentimiento de los contratantes*».

Pues bien, todos estos artículos (y normativa concordante) se están refiriendo a que el contratante tenga tanto:

- a) una *CAPACIDAD NATURAL SUBJETIVA* (*esto es, que tenga voluntad de querer, querer con discernimiento y poder expresar libremente su voluntad*).
- b) y, además, una *capacidad OBJETIVA o DE OBRAR* y legal necesaria, bien con carácter general (art. 1263 del Código Civil) bien con carácter especial para determinados negocios jurídicos concretos (testamento abierto, ológrafo, para emanciparse, hipotecar, etc.).

Y es muy *importante asimilar o constatar*, la idea de que *el juicio de capacidad que emite el Notario*, cumpliendo con una obligación legal, se *refiere a esos dos tipos de capacidades* y que tiene que darlo en el momento del otorgamiento y autorización del documento; a saber, 1) En primer lugar, tiene que dar un *juicio de capacidad natural del contratante* (con el alcance que se acaba de indicar), el cual, por cierto, presenta dos aspectos: —controlar y apreciar su voluntad de querer (aspecto positivo) y apreciar, igualmente, en el momento del otorgamiento, la ausencia de impedimentos o incapacidades que le impidan o dificulten emitir esa voluntad (aspecto negativo). Se trata, con ello, de evitar que una persona sujeta a cualquier tipo de anomalía o sujeta a cualquier tipo de amenaza, violencia, engaño, o error pueda firmar un documento público en presencia de Notario; 2) pero, *además*, el Notario tendrá que *apreciar la capacidad objetiva o legalmente requerida* para el acto jurídico concreto que se documenta (compraventa, testamento, hipoteca...).

Pues bien, el *monopolio* de la primera de las capacidades mencionadas, la tiene solo, exclusiva y necesariamente el Notario, y se incardina en los citados artículos 145, 147.1, 156.8 y 167 del Reglamento Notarial y 1261 del Código Civil que, junto con todas las normas que regulan la depuración y control del título previo que accede al Registro, hacen del juicio del Notario una norma imperativa de obligado cumplimiento y de orden público interno. (Después hablaremos más detenidamente de ello).

De manera que el Registrador de la Propiedad o el Cónsul (español o extranjero) del que habla la Resolución del 22 de febrero de 2012 solo y únicamente pueden (y deben) controlar esa segunda clase de capacidad. Pero es un control a posteriori, cuando el documento ha sido redactado y autorizado. Y tanto uno y como otro funcionario solo puede hacer ese control; porque les es metafísicamente imposible controlar una actuación en la que ellos no estuvieron presentes.

Y ese monopolio del Notario, respecto de la capacidad de los otorgantes y la fe de su conocimiento, ni siquiera podría ser suplida por un Juez (pongamos por caso una homologación de un convenio privado de transacción); porque, al igual que al Registrador o al Cónsul, ni lo puede hacer (porque no está

presente cuando los contratantes prestan el consentimiento), ni el derecho se lo permite, por no ser el funcionario destinado a tal efecto (en esos casos de homologación judicial, el documento privado, sigue tan privado como antes). Y por las mismas razones antedichas, *tampoco vale*, a los efectos que hablamos, el *documento privado con firmas legitimadas y apostillado*. Pues, según nuestra legislación civil y notarial, no cumple los requisitos que para la equivalencia de las formas exige nuestro ordenamiento jurídico para darle validez y eficacia (en concreto, le falta el juicio de capacidad y fe de identificación de los otorgantes y la forma adecuada que, para la transmisión del dominio, exige nuestra legislación hipotecaria). Pues todos sabemos que si un Decano de un Colegio notarial apostilla el documento de un Notario español, no se hace, por ello, ni participe ni responsable ni controlador, ni del fondo ni de las formas, del documento en cuestión.

En resumen, en España jamás un documento con firma legitimada se convierte en documento público idóneo para la inscripción en el Registro de la Propiedad, ni tiene la eficacia de la escritura pública ni vale como tal, al no reunir los requisitos necesarios que establece el sistema para que lo sea. Y sin embargo, la Dirección General, en la Resolución tan comentada del 2012, siguiendo a una desorientada doctrina, confunde ambas capacidades, antes explicadas, otorga la misma validez a un documento privado venezolano, con firmas legitimadas notarialmente y apostillado, que a la escritura pública española, so pretexto de que esos requisitos de capacidad y forma de que hablamos los puede completar el Registrador de la Propiedad acompañando certificación consular.

Y es que, dejando, de momento, a un lado la cuestión de la «forma adecuada» notarial, de que después hablaremos, el control de capacidad e identidad notarial es un *prius lógico*, el punto de arranque, la columna sobre la que se asientan los demás controles y requisitos de fondo y forma del documento a los que se refieren los artículos 4 LH y 36.2 RH. Pues, sin ese previo control de capacidad e identificación de los contratantes, estos últimos artículos se convertirían en paja, puro humo, porque el presupuesto del que parten (voluntad negocial validamente emitida e identificación de los otorgantes) tendría que estar previamente demostrado. Precisamente por eso, a la intervención del Notario (español o extranjero) dando fe de conocimiento y juicio de capacidad (en los términos que se acaban de indicar) el ordenamiento jurídico, le dispensa un plus respecto de otra declaración; pues le otorga el valor de una *presunción de verdad*, no inatacable pero suficiente y bastante, mientras no se pruebe lo contrario; desplazándose la carga de la prueba a quien impugne ese juicio notarial.

De la misma manera, sería impensable que en materia judicial, sin reunirse los requisitos precisos de un *exequatur*, se reconociese la validez de una Sentencia y aun de un documento judicial extranjero (que no tienen que ser los mismos que en materia de transmisiones inmobiliarias; pues son distintos los requisitos y controles que nuestro ordenamiento jurídico exige en materia

probatoria, en un procedimiento judicial de libre apreciación de la prueba por el juez o tribunal, que los exigidos para el tráfico jurídico inmobiliario y registral. Son diferentes. (Después matizaremos esto).

Y es que, llegados este punto, conviene recordar conocimientos básicos y elementales sobre el instrumento público, que ningún jurista debe desconocer. Con carácter esquemático, diremos que el documento notarial español se apoya en cuatro pilares o requisitos internos básicos:

1. *Presencia simultánea* de los intervenientes (y testigos, en su caso) ante Notario, salvo excepciones;
2. *Dación de fe de la identificación de los intervenientes*.
3. *Apreciación o juicio de capacidad de los contratantes*, en sus dos vertientes explicadas (capacidad natural de entender y querer y capacidad de obrar y, en su caso, capacidad jurídica para el negocio del que se trate, que requiera una especial) y de sus facultades representativas en su caso (representación, poder de disposición y legitimación).
4. *Lectura del instrumento*.

Bien es cierto que los requisitos citados anteriormente son de aplicación absolutamente y en todo su rigor a las escrituras públicas; y no a las actas, en las que no hará falta afirmar por parte del Notario la capacidad de los requirentes, salvo excepciones, y en las que bastará la apreciación y consignación por parte del Notario en el acta, de que los requirentes tienen y ostentan capacidad natural suficiente e interés legítimo para el concreto requerimiento de que se trate; y en las que no se exige ni se requiere la dación de fe de conocimiento de los requirentes, salvo que lo requiera la ley o la identidad de las personas fuese requisito indispensable en consideración a su contenido. Y tampoco es aplicable a los testimonios notariales, en donde es de resaltar especialmente la ausencia de juicio de capacidad que es excepcional: solo la presuponen los documentos que contienen una declaración de voluntad (art. 259.2) como la compraventa a plazos de bienes muebles corporales.

Pues bien, precisamente por todo lo anterior, el sistema concede a la escritura pública notarial, los siguientes EFECTOS:

- *Legitimadores*: A diferencia de las actas y testimonios (que solo conceden eficacia probatoria —en general— pues solo acreditan un hecho), la intervención del Notario permite obtener la seguridad relativa (la total es imposible) pero suficiente para el tráfico, de que el negocio jurídico en ella recogido es válido y legal; y aún; con carácter provisional, reconocer la titularidad de los derechos que de dicho negocio se derive.
- *Ejecutivos*, en los términos de nuestras leyes procesales (art. 517 LEC, y concordantes).

- *Probatorios* (arts. 1218 del Código Civil y 319 LEC).
- *Traditorios*, el otorgamiento de escrituras equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato. (art. 1462,2 del Código Civil).
- *Prelativos*, particularmente en las ejecuciones universales.
- *Registrales*, como medio normal de acceso al Registro de la Propiedad, contribuyendo de manera decisiva al principio de legitimación registral.

Y tampoco se debe olvidar que *el control de capacidad (entre otros) que hace el Registrador de la Propiedad se funda única y exclusivamente en el documento notarial presentado en el Registro*. El Registrador califica la capacidad de obrar del otorgante cuando aquel está ya confeccionado. A posteriori. Respecto de una capacidad con arreglo a legislación substantiva u objetiva aplicable al caso documentado. Sin nada que ver con la previa, necesaria y cabal afirmación respecto a la capacidad subjetiva natural del contratante en el momento del otorgamiento del documento.

Por consiguiente, y precisamente por los grandes efectos que nuestro Ordenamiento jurídico concede al documento notarial, dicho Ordenamiento *le exige*, igualmente, *unos rigurosos requisitos internos* (antes mencionados); de forma que, si le faltase alguno de tales requisitos, el sistema español no le reconocería eficacia.

Y por la misma razón, un documento extranjero con firma legitimada notarialmente, *nunca ni jamás* tiene la consideración ni el valor de escritura inscribible en el Registro de la Propiedad para nuestro Derecho. Sin que la *Apostilla* añada valor alguno al contenido del documento privado ni le da garantía de autenticidad.

Pues, aparte de no reunir los mismos requisitos de forma, ni tener los mismos efectos de fondo, *¿qué ocurriría si se pierde un testimonio?* Al no ir al Protocolo General corriente, no habría título ejecutivo al no poderse expedir copias del original. Se trata, en suma, por lo dicho de un documento endeble e inapropiado para el tráfico jurídico inmobiliario. Por eso, nuestro Derecho positivo lo desprecia por irrelevante para esos supuestos.

Nada que ver con las exigencias que tanto el artículo 3 LH como el 33 RH y concordantes de la Ley y del Reglamento Notariales exige al documento notarial español para tener acceso al Registro, pues hay una correlación entre fondo y forma. De manera que, teniendo la consideración de instrumentos públicos, en nuestro Derecho notarial, las escrituras, las actas, las pólizas, las copias y los testimonios, el único que tiene acceso al Registro (salvo raras excepciones) para provocar cualesquiera de las mutaciones jurídicas-inmobiliarias de que habla el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento Hipotecario, es la escritura pública: es decir, la forma máxima de garantía para nuestro sistema inmobiliario registral y protección de terceros. Es más, aunque pensemos en un testimonio español, con juicio de capacidad y fe de conocimiento, jamás será «título» idóneo a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Hay que insistir en que al documento extranjero (tanto privado como público) se le han de exigir unos requisitos intrínsecos o internos sino iguales (por tratarse de «extranjeros») al menos *sustancialmente equivalentes* a los que se exige el documento notarial español a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

V. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Se podría argumentar en contra, como hace la citada Resolución de 2 de febrero de 2012 que estos artículos 3 LH y 33 RH se refieren a los documentos públicos españoles (lo cual es cierto); pero que a los extranjeros le son aplicables los artículos 4 LH y 36 RH y 323 LEC (lo cual es también cierto). En efecto, el artículo 4 LH habla de que el documento extranjero debe tener «*fuerza en España con arreglo a las leyes*». El artículo 36 RH habla de que tales documentos extranjeros deben tener para poder ser inscritos en España: «*la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*»; y el artículo 323 LEC exige de ellos, para hacerlo valer en España con efectos probatorios en juicio (cosa distinta, por cierto, que su reconocimiento a efectos de equivalencia de formas notariales) «*que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*». Añadiendo en su apartado 3º que cuando los documentos extranjeros... incorporen declaraciones de voluntad... «*su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos*».

De hecho, son justamente estos artículos los que contempla la *Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*, cuyos argumentos hace suyos la Resolución que comentamos para afirmar, como centro gravitatorio de su fallo, que el documento extranjero cumple con el requisito de tener «*fuerza en España con arreglo a las leyes*» «*cuando se adapta a las normas de Derecho Internacional Privado*» ...sin que sean exigibles otros requisitos formalidades o solemnidades, como serían de la legislación notarial española... (sic).

Pero veamos, a continuación, a dónde nos conduce la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado (que ya adelantamos; a una equivalencia sustancial con las leyes españolas).

Pues bien, es clásica y conviene recordar la clasificación de las normas del Derecho Internacional Privado:

A) Normas de *aplicación necesaria*, de *ius cogens* y obligado cumplimiento, que operan en una doble vertiente: negando la aplicación del derecho extranjero, o imponiendo la aplicación del derecho nacional o *lex fori* (ej. Normas de orden público o que contradigan los principios inspiradores de una determinada institución básica española). Ello no excluye, lógicamente, la aplicación de la

norma extranjera, pero a condición o imponiendo simultáneamente, y a la vez, el cumplimiento de las normas de derecho interno, en el que se pretende hacer valer el derecho extranjero.

B) Normas de Derecho Internacional Privado *materiales*; que regulan el supuesto de hecho y sus consecuencias. Es decir, que regulan directa e inmediatamente aquellas relaciones del tráfico jurídico con elemento extranjero jurídicamente relevante. Y que pueden ser de orden *interno* (ej. art. 688 del Código Civil, cuando dice que los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma); o bien, *externo*, que deben su origen a Tratados o Acuerdos internacionales. Tienen, pues, un origen convencional-contractual que regulan directamente una determinada relación jurídica, de igual forma, modo o manera a como lo hace una ley de derecho interno (ej. Normas contenidas en el Tratado internacional que regula el transporte de mercancías por carretera).

C) Y finalmente están las *normas de conflicto*; es decir, normas de Derecho Internacional Privado sobradamente conocidas por todos; recogidas en nuestro derecho interno por los artículos 8 a 12 del Código Civil. Estas normas no regulan directa e inmediatamente la relación jurídica con el elemento extranjero sino que, a través de *distintos y variados «puntos de conexión»*, se limitan a señalar la norma material (*lex causae*) que resulta de aplicación al caso concreto; *¡y que es siempre una norma de derecho interno!* (nacional —lex fori— o extranjera).

Con lo cual, y en resumen, las normas de Derecho Internacional Privado que, a la postre, resultan aplicables a aquellas relaciones del tráfico jurídico externo con elemento extranjero jurídicamente relevante, son normas de derecho interno (nacional o extranjero) o normas de Derecho Internacional Privado de carácter material, de origen externo, que tienen su fuente en Tratados o Convenios internacionales. O sea, que son precisamente estas normas del Derecho Internacional Privado, las que regulan una cuestión (bien de forma o bien de fondo: *lex causae*) aplicable a una relación con elemento extranjero.

Pues bien, las normas relativas a la dación de fe de conocimiento y al juicio de capacidad (y, en su caso, a la acreditación suficiente de las facultades representativas) son, como dijimos, normas de *ius cogens*, imperativas, de obligado y necesario cumplimiento; al margen o con independencia de la nacionalidad del Notario o fedatario público que autorice el documento (español o extranjero), y todo ello por exigencias de los principios que inspiran nuestro sistema español en materia de seguridad jurídica preventiva, aplicables tanto al sistema notarial como al registral. En concreto, serían exigencias del *principio de legalidad extrajudicial entre otras*:

- *Afectantes al notariado*: artículos 23 en relación con el 27,3 (fe de conocimiento), el 24 de la Ley del Notariado y 145, 153, 156, 164, 167, 168, 187, 189, 190 y 192 (juicio de capacidad en las escrituras públicas);

- *En materia registral:* artículo 18 LH en relación con los artículos 97 a 102, 127, 133 a 136, 333, 334, 434 y 485 b, entre otros, sobre la calificación registral.

Y es que este control de legalidad, en la doble vertiente que se acaba de indicar, y que impone el principio de legalidad, se funda en los fuertes efectos que nuestro sistema atribuye: —de una parte a las escrituras públicas (legitimador, ejecutivo, probatorio, traditorio, prelatorio, registral), y de otra parte, a las inscripciones (por razón de la legitimación, fe pública, cierre registral, salvaguardia judicial de asientos, etcétera); de manera que, para el Registrador, la calificación registral es también un requisito formal necesario para la práctica de la inscripción y sus efectos; es decir, que es la misma exigencia que a los Notarios impone el sistema por razón de su función u oficio, en su propia Ley y Reglamento Notariales. De hecho, el Registrador de la Propiedad también tiene que calificar, en base al artículo 18 LH la necesaria expresión de dación de fe y de juicio de capacidad del Notario (circunstancias estas que no se producen en el documento privado venezolano con firmas legitimadas, que originó la Resolución de 2012 que comentamos).

Además, dicha normativa notarial y registral, a estos efectos, son normas de derecho público, territoriales e imperativas, de competencia exclusiva del Estado (formas documentales y Registros públicos). En este sentido, la *Constitución Española*, en el *artículo 149.1* dice: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... 8.º) Legislación Civil... En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas... Ordenación de los Registros* (públicos, se entiende) *e instrumentos públicos*». No cabe la autonomía de la voluntad en este punto y, por lo tanto, se impone tanto a Notarios como a Registradores la observancia inexcusable de estas normas imperativas; hasta el punto de que están teñidas, incluso, por la doctrina del «*orden público interno internacional*» y/o tienen una conexión muy evidente con la llamada «*doctrina del interés nacional*», al tratarse de principios básicos e informadores de nuestro Ordenamiento jurídico en materia tan trascendente de formas documentales y Registros públicos.

Nótese que *el sistema notarial (y el registral) en España* se incardina en un sistema de seguridad jurídica preventiva que le impone una determinada actuación forzosa y lo troquela jurídicamente como está configurado por la ley (no de otra manera); esto es, el notariado español tal y como está configurado lo exigen las normas imperativas que regulan el sistema de seguridad jurídica preventiva: apreciar todos y cada uno de los requisitos esenciales y necesarios del negocio jurídico y del mismo título que lo documenta. De manera que su autorización tiene fuerza creadora del documento y no avala ni asegura contratos o documentos privados firmados por las partes (sistema del notariado latinoamericano, en gran parte). Todo lo cual le impone especialmente la apreciación

y dación de fe de conocimiento, del juicio de capacidad de los otorgantes, de sus facultades representativas, etc., y su consignación expresa en el documento.

En resumen, se trata de vasos comunicantes, formando un círculo completo, que relacionan íntimamente entre sí todas sus partes. De manera que, en España y en la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos europeos, en materia de seguridad jurídica preventiva extrajudicial, el sistema que impone la aplicación de normas de control rigurosas, imperativas y de *ius cogens* configura a unos profesionales (Notarios y Registradores de la Propiedad) muy característicos: dotando a sus documentos y actuaciones de unos fortísimos efectos, pero a cambio de unas garantías de preparación técnica y profesional altísimas para realizar ese control de la seguridad jurídica. Y viceversa: esa preparación tan altamente cualificada, necesita y requiere de unos profesionales (Notarios y Registradores de la Propiedad) a cuya actuación se le dota de un amplio abanico de efectos jurídicos, a fin de cumplir su misión de control de legalidad, lo que conlleva a configurar un sólido sistema de seguridad jurídica preventiva, con normas de *ius cogens* y obligado cumplimiento, incluso de orden público interno.

Nada que ver con esos otros sistemas de endeble y raquíntica seguridad jurídica (la cual se pretende conseguir a base de seguros privados u otros medios más difíciles y costosos) cuales son los sistemas anglosajones y muchos países iberoamericanos; con profesionales legitimadores de muy baja o dudosa preparación jurídica.

VI. LA EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2012

Esta Sentencia resuelve, en *casación*, el recurso presentado contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife interpuesto por la DGRN. Sin embargo, esta Resolución de nuestro más alto tribunal, es tan escasa de argumentación y la que contempla es tan endeble jurídicamente (ya que solo tangencialmente y de forma muy superficial toca el problema del valor del documento público extranjero a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad); que no soluciona gran cosa.

En efecto, dicha Sentencia (con dos votos particulares en contra, cuyos razonamientos tampoco afectan sustancialmente al presente trabajo), deja sentada la siguiente doctrina:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO. *Como expresa la Audiencia en el primero de los fundamentos de derecho de la Sentencia hoy impugnada, la postura del Abogado del Estado, coincidente con la Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se concreta en dos aspectos directamente*

relacionados con las causas aducidas por el Registrador de la Propiedad para negar la inscripción del título presentado: en primer lugar, que el requisito exigido por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria para que los títulos otorgados en país extranjero sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, en el sentido de que dichos títulos tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, presupone la exigencia de que tales documentos tengan efectivamente la consideración de documentos públicos, lo que implica que deben ser otorgados con las solemnidades mínimas que se exigen al Notario español, lo cual, a su vez, supone la equivalencia en la concepción de la función notarial en cada país; formalidades y equivalencia que en el caso del Notario alemán no se da —según sostiene el Abogado del Estado con la Dirección General de los Registros y del Notariado— por cuanto dicho fедатарий no está obligado a informar a los contratantes sobre el derecho español, aunque sea aplicable al negocio jurídico la ley española, ni emite un juicio acerca de que el acto que autoriza es conforme al Ordenamiento jurídico español como, por el contrario ha de hacer el Notario en España; y en segundo lugar, porque la escritura pública autorizada por Notario español es el instrumento de un contrato, pero también constituye el título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral según el artículo 33 de Reglamento Hipotecario, mientras que el documento alemán, solo es un contrato y no tiene efecto traslativo de la propiedad ni con arreglo al derecho alemán ni al español; lo que en la nota del Registrador se concreta en que el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales es muy diferente al alemán.

TERCERO. *Sobre dichas razones se vertebran los dos motivos del recurso de casación, denunciando el primero la vulneración de los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario, y el segundo la de los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil, así como del 33 del Reglamento Hipotecario.*

En primer lugar, antes de entrar en el detalle de las infracciones que denuncia el Abogado del Estado recurrente, es preciso señalar que la decisión del Sr. Registrador de la Propiedad y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyos argumentos defiende el Abogado del Estado en el presente proceso, parten de un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea (arts. 56 a 60 del Tratado); y la necesidad de intervención en todo caso de un Notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español.

En primer lugar, no puede desconocerse que el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio (ley aplicable a las obligaciones contractuales —Roma I—) dispone en su artículo 11 que «un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne

los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado»; disposición que igualmente aparece en el artículo 11.1 del Código Civil y que claramente quedaría vacía de contenido si la observancia de la forma así prevista fuera insuficiente para la producción de los efectos jurídicos propios del contrato.

Además, el artículo 10.1 del Código Civil dispone que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen», lo que en este caso determina la aplicación de la ley española a la transmisión del dominio sobre el bien de que se trata.

Destaca la doctrina que la elección del lugar de situación del bien como punto de conexión ofrece una serie de ventajas ya que permite hacer coincidir la localización jurídica con la localización material y física de los bienes, pone de manifiesto el interés del Estado por controlar la creación, transmisión y modificación de los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio y es la expresión en Derecho Internacional Privado de la tutela de la seguridad del tráfico jurídico.

En consecuencia es de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil que, al menos en su redacción actual, no limita sus efectos de «traditio ficta» a los supuestos en que la escritura pública de venta se hubiera otorgado ante Notario español. Lógicamente se deduce así que la escritura otorgada fuera de España, que sea formalmente válida, producirá los mismos efectos y, por tanto, significará la realización de la «entrega» que nuestro derecho exige para el nacimiento del derecho real objeto de la inscripción registral, salvo que de la misma resultare o se dedujere lo contrario.

Pero es más, en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto; duplicidad que quedaría establecida si, otorgada escritura de compraventa ante Notario en un país miembro, se negara su total equiparación a la otorgada ante Notario del país en que hubiera de surtir efectos, lo que en la práctica exigiría el otorgamiento de otra ante este último. En este sentido cabe anotar la publicación por la Comisión, en fecha 14 de diciembre de 2010, de un Libro Verde que lleva por título «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil».

Admitida la equivalencia de forma entre un documento público notarial alemán y otro español a efectos de su validez en España, carecería de sentido la exigencia de volver a escriturar el mismo negocio ante un Notario nacional y habría de ser considerado dicho requisito como una reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria. Puede citarse como significativo lo dispuesto por el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril (Ministerio de Economía y Hacienda)

que, al referirse a las inversiones extranjeras en España, dispone que pueden ser titulares de las mismas tanto las personas físicas no residentes en España como las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero y entidades públicas de soberanía extranjera (art. 2), siendo objeto propio de tales inversiones la adquisición de inmuebles en España (art. 3-e), y sin embargo no prevé en forma alguna que tal adquisición haya de formalizarse ante Notario español.

Tal exigencia en relación con la escritura pública de compraventa de un bien inmueble situado en España, que sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado, no puede justificarse —como se ha dicho— en un adecuado entendimiento de las normas de Derecho Internacional Privado español sobre la forma de los contratos, las obligaciones contractuales y la transmisión de los derechos reales. Por ello puede afirmarse que la negativa de efecto jurídico ante el Registro de la Propiedad español de la escritura otorgada ante un Notario alemán carece de sentido cuando, además, la misma puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que —como también se ha razonado anteriormente— por el principio auctor regit actum cada Notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero. El control de la seriedad formal en su otorgamiento —que no parece pueda ser discutido en el seno de la Unión Europea y, concretamente en este caso, en relación con Alemania— se extendería de modo improcedente a la práctica exigencia de que el Notario extranjero aplicara los requisitos de carácter administrativo vigentes en España, como parece exigir la Dirección General respecto de requerimientos que ni siquiera regían en España en el momento del otorgamiento de la escritura de que se trata (24 de octubre de 1984).

CUARTO. Sentado lo anterior, han de ser rechazados los dos motivos que integran el recurso de casación.

El primero se limita a señalar como infringidos los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 4 LH, bajo la rúbrica «Títulos otorgados en el extranjero», dispone que:

«También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por su parte el artículo 36 del Reglamento establece que:

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

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

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

Sostiene el Abogado del Estado recurrente que, si se aplican al caso dichas normas, el documento en cuestión —escritura pública otorgada ante Notario alemán— carece de fuerza legal en España, pese a no precisar en la formulación del motivo la norma de Derecho Internacional Privado que necesariamente habría sido igualmente infringida.

Afirma que «los Notarios españoles, y solo ellos, pueden controlar aspectos como el estado de titularidad del bien inmueble y cargas de la finca, certificado del arquitecto, y sobre todo, muy especialmente, solo los Notarios españoles pueden colaborar con el Fisco español a efectos de evitar blanqueo de capitales y los fraudes, correlación entre el precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española, así como retener parte del precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española». Entiende que, en caso contrario, no quedan garantizados los intereses del foro dada la intervención en el acto de un funcionario extranjero que resultará incapaz para controlar el respeto a una legalidad ajena a su competencia y que no está obligado a cooperar con una Administración Pública a la que no pertenece, dado que no ejerce su función de modo equivalente a como lo haría un Notario español.

No obstante, tal argumento no se ajusta —como se ha repetido— a la necesaria aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado español, en cuanto la remisión a las mismas (art. 36 Reglamento Hipotecario) conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil, conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplegar su natural eficacia el contrato de que se trate.

El segundo motivo del recurso tampoco puede ser acogido en cuanto refiere la infracción de lo dispuesto en los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil,

así como el 33 del Reglamento Hipotecario. No cabe imputar a la Sentencia impugnada vulneración alguna de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Código Civil pues efectivamente parte —respetando la norma— de que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen»; lo que determina la aplicación de la ley española y, en consecuencia, que la propiedad del bien inmueble objeto de la venta se transmita por su entrega o «traditio» (art. 609 Código Civil); y que tal entrega se entienda producida, salvo excepciones previstas en la ley, por el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 Código Civil), pues esta norma contempla el efecto que el cumplimiento de determinada forma ha de producir en el ámbito material, que se rige por el derecho español y no por el alemán, de modo que queda integrado así el título a efectos de inscripción según lo requerido por el artículo 33 del Reglamento Hipotecario.

De tal modo que, aceptado que la escritura de compraventa autorizada por un Notario alemán queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil, han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicha norma respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto. No se ha de acudir al Derecho alemán para determinar sus efectos ya que ello supondría admitir que la transmisión de la propiedad se rige por aquel y no por el Derecho español, como dispone el artículo 10.1 del Código Civil, lo que supondría la exigencia de un posterior negocio de disposición puesto que en Alemania resulta necesario para la transmisión de la propiedad tras la celebración del negocio obligatorio, rigiéndose ambos por el principio de separación (*Trennungsprinzip*) y el de abstracción (*Abstraktionsprinzip*)...

Pues bien, ante todo, debemos constatar que este fallo jurisprudencial no toma en consideración nada de lo hasta aquí expuesto sobre el particular, haciendo unas consideraciones tangenciales que no enfrentan el asunto que nos ocupa de forma rigurosa. Y si bien es cierta la limitación del recurso de casación a los estrictos motivos invocados, y objeto del mismo, quizás se podría haber aprovechado la oportunidad y ofrecer unas directrices sólidas sobre la materia que examinamos.

Así pues y para evitar innecesarias reiteraciones, damos por reproducido lo dicho anteriormente a propósito de la capacidad y juicio de conocimiento del Notario en el instrumento público, pero aprovechamos esta Sentencia del Tribunal Supremo para salir al paso de determinadas afirmaciones que realiza dicho fallo jurisprudencial y, de paso, completar nuestro razonamiento.

En efecto, dejando a un lado lo relativo al valor traditorio del documento público extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 1462 del Código Civil, al considerarse que el título extranjero queda integrado dentro del concepto «escritura pública» del derecho español y, en consecuencia, dotado de los naturales efectos que su otorgamiento produce respecto de la entrega o cosa objeto de

contrato (lo cual aceptamos con ciertas matizaciones); no obstante, decimos, el resto de las afirmaciones no pueden ser admitidas en buena técnica jurídica.

En primer lugar, repárese en el argumento tan reiterado en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de que si no se admite la inscripción en el Registro de la Propiedad español el documento extranjero (en el caso del recurso, el documento público alemán de compraventa), se vulnerarían las normas de Derecho Internacional Privado, que conduce directamente al artículo 11 del Código Civil, norma esta que «*quedaría vacía de contenido si... no pudiera desplegar su natural eficacia al contrato de que se trate*».

Pues bien, a esto habría que responder que en derecho alemán también rige el principio de «*auctor regit actum*» (igual que el art. 11.1), y también rige allí el principio de la «*lex rei sitae*» para determinar la ley aplicable en la transmisión de dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (igual que el art. 10.1 Código Civil). SIN EMBARGO nunca, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (salvo algún caso aislado y concreto) ni por la legislación alemana se ha admitido en Alemania la inscripción en su Registro de la Propiedad de un documento público (y no digamos privado) otorgado en el extranjero.

Pero eso, no solo ocurre en Alemania, sino que el panorama de la Unión Europea es, en síntesis, el siguiente (según información suministrada en año 2009 por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia): señalando que «*en el ámbito más discutido ... es decir, el de la propiedad inmobiliaria, en países como Italia y Francia (y posiblemente en los cantones francófonos suizos) si la escritura la autorizó un Notario extranjero, se ha de protocolizar ante un Notario del país para que sea debidamente completada y se cumplan los demás requisitos fiscales y administrativos exigidos por sus respectivas legislaciones. En otros países como Alemania, Letonia, Eslovenia y Holanda (y, posiblemente, en los cantones de la Suiza alemana) SOLO tienen acceso al Registro las transmisiones formalizadas ante Notario nacional. En Bélgica y Luxemburgo, teóricamente se admiten las escrituras extranjeras pero, en la práctica, siempre se formaliza la transmisión ante un Notario nacional por las exigencias fiscales (cobro del impuesto a la firma)*

¿Entonces qué?; ¿vacían de contenido a sus normas internacionales y puntos de conflicto, la jurisprudencia y doctrina alemana, suiza, holandesa, francesa, italiana, etcétera? La respuesta es que no; que lo que ocurre es que no son tan... digamos «quijotescos».

En concreto, el *Tribunal Constitucional alemán*, en Sentencia que, precisamente, coincide con la de nuestro Tribunal Supremo, de fecha *19 de julio de 2012*, sienta una *doctrina diametralmente opuesta*, ¡para el mismo supuesto!, que dice:

«... dado que los Notarios ejercen un ministerio público, el desarrollo de su actividad profesional puede quedar regulado por reglamentaciones administrativas...

... en la medida en que los Notarios desarrollan una actividad profesional ligada al Estado, debe admitirse que la eficacia del derecho fundamental derivado del artículo 12, (libertad profesional) claudica frente al régimen especial previsto en el artículo 33, de la Constitución.

... Constitución legitima la formulación de un régimen especial cuando se trata del cumplimiento de funciones públicas, tanto en cuanto al establecimiento de un «numerus clausus» de plazas como en cuanto a la determinación de las condiciones para la prestación de la función... cuanto más próxima o vinculada esté esa actividad profesional a una función pública, mayor alcance pueden tener las restricciones a la libertad profesional derivadas de ese régimen amparado por el artículo 33, de la Constitución.

Como Notario practica el recurrente una profesión que constituye una función de carácter estatal... al sujetarse la actividad profesional de los Notarios a la supervisión reglamentaria de la Administración de Justicia se integra su función en los aledaños del servicio público...potestad de supervisión estatal es consecuencia directa del cumplimiento de un ministerio público en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de modo que la delegación de esa función pública en personas que están fuera de la propia organización estatal del servicio público (Notarios extranjeros) no desvincula o descarga al Estado de su responsabilidad en cuanto a la supervisión del correcto ejercicio de esa función.

Por virtud de disposición legal se le delega (al Notario) para su ejercicio independiente una actividad de jurisdicción voluntaria...en virtud de la delegación de esta función pasa el Notario a tener un cometido próximo al del Juez; ...en esta medida, de hecho procede caracterizarla como función pública.

Sucede que importantes negocios jurídicos se sujetan a la exigencia formal de autorización notarial con sometimiento así...a un cualificado control de legalidad, no solo para obtener un asesoramiento sobre el alcance jurídico del negocio, sino también para garantía o cuidado de los intereses de terceros ajenos a él que pudieran resultar perjudicados... incluso la función notarial se debe denegar, cuando las partes pretenden fines ilegales o deshonestos...

Este sistema... es compatible con del Derecho de la Unión Europea... el hecho de que por declaración del Tribunal Europeo la actividad notarial no participe del poder público... no resta aplicabilidad a las disposiciones (en materia notarial) del Derecho alemán.

El Derecho de la Unión Europea tan solo determina que la libertad de establecimiento de Notarios garantizada por el artículo 49 del Tratado se desconecte de la nacionalidad... de la que se desprende que su decisión no afecta al «status» o naturaleza ni a la organización del notariado en el ordenamiento jurídico alemán ni tampoco a los presupuestos que, al margen de la nacionalidad, se establezcan para el acceso a la profesión de Notario en este Estado-miembro.

La potestad pública de control sobre la actividad notarial que preconiza al artículo 93.1 BNotO... no debe entenderse como una mera facultad fisca-

lizadora... sino también como competencia de elaboración de instrucciones normativas que puedan conformar o corregir la práctica notarial».

Quizás la postura de nuestro Tribunal Supremo da por sobreentendido que el control público de la actividad documental inscribible en nuestro Registro de la Propiedad se va a obtener *«a posteriori»*, mediante la calificación registral. Opinión esta, a nuestro modo de ver, incorrecta o inexacta. Pues como venimos repitiendo machaconamente y a propósito, la seguridad jurídica preventiva en nuestro Derecho pivota sobre dos pilares: la notarial y la registral; cada una afectante en su propio ámbito de actuación pero sin que se sobrepongan, yuxtapongan o neutralicen la una a la otra. Cada una de ellas se refiere a momentos y a materias diferentes: El Derecho notarial se ocupa fundamentalmente de la *forma documental*; y el Derecho hipotecario se refiere, básicamente, a los *actos y negocios jurídicos, o mejor, a los títulos inscribibles* en el Registro de la Propiedad. Y todas ellas con el carácter de *«ius cogens»* y orden público interno.

En todo caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán citada (y otras muchas anteriores) demuestra que su exigencia de Notario alemán para la inscripción en su Registro de la Propiedad no es incompatible, en absoluto, con la principio de *«la libre prestación de servicios»* de la Unión Europea, ni hay duplicidades de ningún tipo (como asegura nuestro Tribunal Supremo).

Por otra parte, si bien es cierto que con el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en la mano, se podría afirmar que aquí, en España, nuestra legislación ni siquiera exige la *reciprocidad* (como en otras materias; por ejemplo, extradición) para reconocer la validez al documento público extranjero sujeto a inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que lo sujeta a una serie de requisitos que dicho artículo reglamentario establece; sin embargo lo que ocurre es que, junto al Reglamento Hipotecario en cuestión, y con mayor jerarquía normativa, se encuentra la Ley Hipotecaria que, en su artículo 4, habla de que dichos títulos extranjeros *«tengan fuerza en España conforme a las leyes»*.

De manera que son muy criticables esas afirmaciones tan genéricas del Tribunal Supremo en este punto. Y esto por lo siguiente: porque no se puede inscribir el título extranjero a ciegas y sin control sino con expresa observancia de las normas imperativas y de orden público de derecho español sobre la materia (y antes ya reseñadas) las cuales son aplicables a TODOS los instrumentos públicos (españoles o extranjeros) que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad. Sobre este particular, para ser rigurosos y con carácter previo y fundamental, habría que distinguir los distintos sistemas jurídicos en materia de juicio o calificación de la capacidad de los otorgantes del documento público:

1. Que se trate de sistemas jurídicos nacionales que no exigen el juicio de capacidad por el Notario ni su constancia; en este caso, el instrumento queda

incompleto, debiendo completarse por otros medios que acrediten tal capacidad (es el caso del sistema del notariado anglosajón).

2. Que se trate de sistemas jurídicos nacionales que exijan el juicio de capacidad por el Notario pero no su constancia en el instrumento, presumiéndose aquel favorable a la capacidad por el hecho de acceder el Notario a la autorización del instrumento (es el caso de algunos países sudamericanos). En estos casos sería necesario aseverar y confirmar esta circunstancia con el oportuno Certificado Consular y, a continuación, determinar su homologación con el sistema español.

3. Que se trate de sistemas jurídicos nacionales que exijan el juicio de capacidad y su constancia en el documento. En tales supuestos, el sistema español permite la inscripción en el Registro de la Propiedad, sin problemas.

Pues bien, esto es justamente lo que presupone y quiere decir la frase del artículo 4.^º de la Ley Hipotecaria: «tener fuerza en España con arreglo a las leyes».

Pero esta frase, referida a «las leyes», debe ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, comprendiendo no solo las «leyes» en sentido estricto, sino también las disposiciones y normas de rango inferior, de carácter imperativo o de derecho necesario (reglamento hipotecario y notarial, entre otras), a los efectos de *limitar o restringir* la inscripción o acceso de documentos públicos extranjeros a los Registros de la Propiedad Españoles. Es decir, nuestro Derecho que, de seguir la opinión de la última Resolución de la DGRN y del Tribunal Supremo citadas, configura la normativa más liberal de los sistemas inmobiliarios registrales de Europa (pues admitimos —según estas interpretaciones de nuestros más altos tribunales— los documentos extranjeros sin reciprocidad y con el raquíntico control de legalidad dado por el art. 36 del Reglamento Hipotecario español) POR LO MENOS tendremos que interpretar amplia y extensivamente esos escasos requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria.

Por tanto, la tan aludida frase «con arreglo a las leyes» que utiliza el mencionado artículo 4 de la Ley Hipotecaria hay que referirla no solo a los artículos 10, 11.1 del Código Civil y 36 del Reglamento Hipotecario, sino, sobre todo, a los artículos del Reglamento Notarial e Hipotecario tan citados a lo largo de este trabajo, constitutivos de las leyes del foro, de carácter imperativo y «*ius cogens*» en materia de juicio de capacidad y fe de conocimiento; y que, por ser normas de inexcusable y obligado cumplimiento, lo son de aplicación necesaria, e igualmente de Derecho Internacional Privado, de acuerdo con la clasificación que nosotros hemos hecho más atrás, en este trabajo, de este tipo de normas y de conformidad con la doctrina internacionalista. Y esta aplicación de las normas imperativas citadas, se impone porque las mismas, de acuerdo con el sistema de la seguridad jurídica preventiva en materia de tráfico inmobiliario e inscripción en los registros públicos, forman parte del «orden público interno»

(antes ya se razonó sobre este particular) ya que garantiza, no solo el interés de las partes intervenientes en el negocio jurídico de que se trate, sino que protegen a los terceros; sosteniendo todo el edificio de la seguridad jurídica en dichas transacciones (principios de legitimación, fe pública, inscripción y publicidad); y aplicable tanto a los instrumentos públicos españoles como extranjeros.

Por eso *tampoco es correcta* (por incompleta e insuficiente) la afirmación del Tribunal Supremo de que «*la negativa de efectos jurídicos ante el Registro... carece de sentido, cuando, además puede producir plenos efectos probatorios en España*». Pues a esta afirmación habría que contestar diciendo que el que la ley atribuya un efecto concreto a un documento público (ejemplo el probatorio) *no justifica que se extienda a otros efectos que la ley expresamente no le otorga*. Así, por ejemplo, en materia judicial, los efectos probatorios no implican efectos ejecutivos, si, según la ley (art. 517 LEC), no los tiene. De igual manera, en materia extrajudicial, un documento público extranjero puede tener efectos jurídicos probatorios pero no es susceptible de ser inscrito en un Registro de la Propiedad (efectos registrales, entre otros). De manera que en este punto, entendemos que queda suficiente y debidamente justificada la interpretación aquí dada y expuesta por nosotros en este trabajo.

Téngase presente que en este trabajo hablamos *sola, única y exclusivamente* de los efectos registrales a que hace referencia el artículo 4 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 36 del Reglamento Hipotecario; es decir, los de la inscripción del documento público extranjero (amén de otros que pueda producir el título público; legitimadores, traditorios, prelativos, ejecutivos, etcétera). Curiosamente, en derecho alemán no se admite la inscripción en sus registros de un documento notarial español con todos los efectos y máximas garantías posibles, y nadie dice en Alemania (y menos su Tribunal Supremo) que su Derecho es retrógrado ni que «cuestiona el principio de libre prestación de servicios», que supone «duplicidades» inadmisibles, etcétera. Ahora bien, en nuestro Derecho, a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que no se aplica otro principio de Derecho Internacional (como la reciprocidad, por ejemplo, porque no está reconocido a estos menesteres en norma precisa), sin embargo, y por lo dicho *nosotros afirmamos y sostenemos en este trabajo* que, sin perjuicio de admitir la inscripción del documento público extranjero, esta inscripción debe ser CON CONDICIONES; esto es, según y cómo; atendiendo a cada negocio jurídico y a cada sistema jurídico nacional extranjero; aunque EN TODO CASO, observando y cumpliendo las normas imperativas españolas ¡fundadas en los fortísimos efectos que la inscripción produce «erga omnes», tratándose de normas imperativas para documentos españoles y extranjeros!

Contra lo dicho no vale argumentar, torticeramente, que el artículo 10 del Código Civil, al decir que «*La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen*» (*lex rei sitae*)..., no aluda a la inscripción en el Registro de

la Propiedad. Pues al regir la «*lex rei sitae*» en todo lo relativo a la publicidad, y no pudiendo haber publicidad del dominio y demás derechos reales si no hay previa inscripción, es claro que también a ella se aplica la ley española respecto del inmueble sito en España. Y para que en España se pueda inscribir un título que afecte al dominio o a los demás derechos reales, se requiere que se cumpla por el mismo los requisitos de fondo y forma que en este trabajo dejamos expuestos.

Por tanto, no hay DUPLICIDAD de la que habla el Tribunal Supremo, sino que, simple y llanamente debe cumplir con nuestras normas básicas en donde se sustenta la seguridad jurídica preventiva inmobiliaria registral. En concreto, el juicio de capacidad y la fe de conocimiento notariales, así como el juicio de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes, son requisitos esenciales *no solo de fondo* (que debe contener todo instrumento público que pretenda su acceso al Registro) *sino, además, de su forma* (el documento debe contener una mención expresa de haberse realizado esos juicios, hecha por el Notario, si es que quiere que surta el efecto de ser inscribible en el Registro de la Propiedad).

Piénsese, además, que el *artículo 2 de la Ley Hipotecaria* (en relación con el artículo 5 del Reglamento Hipotecario) determina los TÍTULOS sujetos a inscripción. Lo que hay que entender que se refiere a títulos muy concretos; es decir, aquellos que, según el Reglamento Hipotecario, son hábiles para provocar dicha inscripción; o sea, tanto los requisitos materiales como formales que sean adecuados para el acceso e inscripción en el Registro, rechazando el título que no cumple dichos requisitos (por ejemplo, por no ser formalmente una escritura pública, un mandamiento judicial, etcétera).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2.012 da por sentado que el título extranjero es equivalente al español. PERO NO DICE POR QUÉ. Nosotros aclaramos e insistimos en que para que el título extranjero sea equivalente al español, debe ser HOMOLOGABLE al mismo. Y la única equivalencia de formas posible en la materia de que tratamos, es un título extranjero que sea equivalente a la ESCRITURA PÚBLICA española; ya que esta es el único título notarial que, según nuestra legislación, produce la inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones jurídicas inmobiliarias. Es decir, debe tratarse del documento máximo y riguroso en materia de fe pública que se puede otorgar en el extranjero; que reúna todos los requisitos posibles y que no son otros que los exigidos para los Notarios españoles para transmitir el dominio, a saber: la escritura pública. ¿O es que acaso se permite en España inscribir la transmisión del dominio y demás derechos reales en base a testimonios con firmas legitimadas? Nunca ni jamás fue esto posible en nuestra legislación. Precisamente por eso, nosotros distinguíamos antes los distintos sistemas jurídicos nacionales, y concluimos que no habría problemas para que fueran homologables al Derecho español aquellos sistemas en que

además de apreciar el juicio de capacidad y fe de conocimiento, reúnan los demás requisitos de fondo y forma que requieren la legislación española. O dicho de otro modo, nosotros dejamos abierta la puerta a la inscripción del documento público extranjero en el Registro de la Propiedad, PERO ponemos requisitos y condiciones, ya que no prohibiciones (como el Derecho alemán) ni duplicidades (como el Derecho francés o italiano). Ahora bien, y para concluir, debe tenerse muy presente que estas condiciones a que nosotros nos referimos, y tan reiteradas en este trabajo, son requisitos SUSTANTIVOS (tanto materiales como formales). Por eso llama la atención cuando nuestro Tribunal Supremo se refiere a ellos denominándolos como «*requisitos administrativos*». Pues ¿cómo pueden ser administrativos o adjetivas unas normas que fundamentan todo el sistema de seguridad jurídica preventiva y aún recogidas en forma precisa en nuestra Constitución?

Pero ya que el Tribunal Supremo hace esa graciosa afirmación de que se trata de «requisitos administrativos», todos aquellos a que hace alusión tanto la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, como el Abogado del Estado, para mejorar la eficacia del documento extranjero a efectos de su inscripción, entonces, decimos y tenemos que hacerle ver a nuestro más Alto Tribunal:

a) Que, precisamente, por una aplicación correcta del Derecho Internacional (antes hemos hablado de esto) toda la normativa contenida tanto en la Ley y el Reglamento Hipotecarios, como en la Ley y Reglamento Notariales, relativa a la fe de conocimiento y juicio de capacidad de los otorgantes realizados por el Notario autorizante de documento público, tienen el carácter de norma de «*ius cogens*», imperativas y *sustantivas*; por lo que son de obligado cumplimiento y no se pueden transgredir ni ignorar. Sin embargo, el fallo jurisprudencial ¡¡¡ni las menciona!!! (imaginamos que por lo circunscrito del recurso en cuestión, respecto a la materia a resolver).

Lo descorazonador es que ni la DGRN ni el Tribunal Supremo se percataron de tal clamorosa reflexión.

- b) Y respecto de esa otra materia, más propiamente *administrativa*, relativa a:
- La identificación por el Notario de «las titularidades reales» de los comparecientes.
 - La acreditación y reseña del número de identificación extranjera.
 - La obligatoria consulta al catastro y la constancia de su concordancia o no con el Registro de la Propiedad.
 - El obligatorio acceso telemático y posterior copia electrónica al Registro de la Propiedad por parte del Notario, para pedir certificación de cargas y notificar la autorización de la escritura.
 - El obligatorio cumplimiento de las normas sobre Blanqueo de Capitales.
 - La obligatoria identificación y reseña de los medios de pago, etc., etc.

Conviene también recordar a nuestro Tribunal Supremo la exigencia de dicha normativa y las consecuencias de su inobservancia (la mayoría de las veces, la prohibición al Notario español de autorizar el documento o la nulidad de este).

Sería excesivamente engoroso y descortés para el lector ir desgranando una a una dicha normativa de obligado cumplimiento por el Notario español ¡y que debe ser *complementada* bien por el Notario extranjero, bien por el español —como ocurrirá casi siempre— si no se contiene en el documento público extranjero sujeto a inscripción!

Pero baste con decir, que no pretenda el Tribunal Supremo desentenderse de un asunto tan serio como el de la equivalencia de las formas so pretexto de tratarse de simples «requisitos administrativos»; no vaya a ser que, arrojada por la ventana la legislación sustantiva española (a la que ninguna relevancia da nuestro Tribunal Supremo), vuelva a entrar por la ventana con el ropaje de «administrativa», pues tan de «*ius cogens*» imperativo es cumplir con el requisito del juicio de capacidad como controlar los medios de pago a efectos de blanqueo de capitales. En ambos casos se trata de normas de «*orden público*» interno.

En todos estos casos, nuestro ordenamiento jurídico impide a los Notarios españoles autorizar la correspondiente escritura pública; y no se ve motivo para que, por esa equivalencia de formas, sean de mejor condición los documentos públicos extranjeros que no contengan tales previsiones que los españoles. Por consiguiente, por muy administrativos que sean estos requisitos, o se cumplen mediante el correspondiente otorgamiento de una nueva escritura o acta ante Notario español o no tendrán acceso al Registro de la Propiedad. Así de sencillo y de rotundo.

VII. CONSECUENCIA Y EFECTOS DE LA INEFICACIA DOCUMENTAL

Por consiguiente, no se niega la aplicación sin más y caprichosamente del Derecho extranjero (Resoluciones, Sentencias, actos y negocios jurídicos, etc.) sino que exigimos que, *además de cumplir con toda la normativa de su derecho interno, se cumplan las normas imperativas españolas*, si las mismas no lo fueren.

Y estas normas imperativas españolas son todas aquellas, notariales y registrales, *constitutivas del sistema de seguridad jurídica preventiva español* (a las que acabamos de referirnos).

Ahora bien, ¿cuál sería la *consecuencia*, si estas normas imperativas españolas no se cumpliesen?

A los efectos del Ordenamiento jurídico español, y toda vez que es España el sitio o lugar donde se pretende hacer valer el documento público extranjero, y en sus Registros de la Propiedad se pretende, igualmente, la inscripción del título, las escrituras públicas autorizadas por Notarios extranjeros que adolezcan de faltas, vicios o defectos que infrinjan las normas de *ius cogens*, imperativas

o de derecho necesario españolas, (en especial, relativos a la dación de fe de conocimiento y/o dación de fe de juicio de capacidad), adolecerán de los mismos defectos, que si se tratase de escrituras públicas autorizadas por Notarios españoles: provocarían una nulidad formal (por adolecer los títulos de tales faltas, vicios o defectos) subsanable y relativa; pero que, producirán, no obstante, todos los efectos a que están llamadas (entre ellos, la inscripción en el Registro de la Propiedad español), si tales faltas, vicios o defectos de que pudieran adolecer, se subsanaran después y a posteriori, por algunos de los procedimientos establecidos en el artículo 153 del Reglamento Notarial español.

Y a esta conclusión llegamos, porque se trataría de no observar e incumplir, en la autorización de dichas escrituras extranjeras determinados requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por las disposiciones españolas imperativas, de cualquier rango que sean (leyes o reglamentos); y ello, por ser estas normas imperativas españolas de *ius cogens* o normas de aplicación necesaria, de acuerdo con la clasificación de normas de Derecho Internacional Privado, a que antes hemos hecho referencia. Y a la misma conclusión cabe llegar, considerando de aplicación la Ley/norma española (*lex causae*), o norma reguladora del contenido de los actos y contratos, reclamada como de aplicación por las normas de conflicto españolas de Derecho Internacional Privado (art. 11.2 del Código Civil español).

No procedería la *nulidad* radical del título (salvo que la normativa específica así lo determinase expresamente); porque el documento público extranjero que omita o no aplique las normas sustantivas españolas, adolece de faltas, vicios o *defectos subsanables*; es decir, se admitiría a condición de que las cumpla (¡dando por hecho que las normas y formas del país extranjero se han cumplido!), en especial, dejando aparte otras insuficiencias o defectos, la fe de conocimiento y el juicio de capacidad. De otra manera, no se cumpliría con la teoría de la «equivalencia de las formas», al no ser la normativa que la regula sustancialmente igual.

En resumen, estaríamos en presencia de un título imperfecto e inválido en cuanto adolece de una causa que da lugar a una nulidad relativa y subsanable, ineficaz mientras no se subsane: el título no es perfecto porque no cumple con las exigencias imperativas de las normas de *ius cogens* del ordenamiento jurídico español en materia de seguridad jurídica preventiva (antes citadas); pero es susceptible de serlo si se completa y subsana. Y es que el título sujeto a inscripción o a calificación registral, debe contener expresamente: en primer lugar, la identificación fehaciente de los contratantes (de manera suficientemente segura y válida para el tráfico jurídico); y después, juicio notarial de capacidad natural y psicofísica del otorgante junto con su simultánea capacidad de obrar para el caso de que se trate. De manera que un título sin esas expresiones previas notariales respecto de la identidad y capacidad del otorgante está mutilado jurídicamente para nuestro sistema; es insuficiente; está infectado por un problema de invalidez (relativa y subsanable) e ineficacia.

Ahora bien, debe observarse especialmente una precisión, y es que si el efecto de la no aplicación o incumplimiento de la normativa imperativa española por el documento público extranjero es la *ineficacia del título*, su subsanación presupone ¡¡que sea eficaz el negocio jurídico que documenta!!; solo que, por defecto de aquel, no es inscribible. Pues el documento extranjero: ni puede producir en España más efectos que los que produciría en su país de origen, ni tal documento extranjero, si no reúne todos los requisitos exigidos por la legislación española, tampoco puede producir en España más efectos que los propios del documento público español, a los que se les exige tales requisitos. Razones, estas, cumulativas, para no ser inscrito en el Registro de la Propiedad español, que exige a los títulos inscribibles que sean perfectos, válidos y eficaces. Nótese que en estos casos existe una *ineficacia pública y notoria*; acreditable *per se* por el hecho de su no consignación expresa en el título. Se podría decir en contra, que a veces acceden al Registro de la Propiedad títulos que documentan negocios ineficaces, pero esto es posible porque la ineficacia es ignorada y desconocida; ya que, en otro caso, cabe la rectificación y/o la anulación de las inscripciones.

No sería necesario un otorgamiento nuevo y sustancial; se trata simplemente de que la norma imperativa incumplida se cumpla, subsanando el título sujeto a inscripción; y, como hemos dicho, la subsanación podrá hacerse por medio del artículo 153 del Reglamento Notarial; este artículo preceptúa que «*solo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización*». Lo que, tratándose de Notario extranjero, debería de cumplirse de la misma manera, o mediante una comparecencia *ad hoc* ante el Notario español complementaria de estos extremos.

Y claro que a la Ley Hipotecaria le corresponde, según asegura la Resolución que comentamos de 22 de febrero de 2012, la competencia exclusiva en la regulación, determinación, forma y efectos de los títulos inscribibles. Lo que ocurre es que, si se acude a dicha legislación hipotecaria, la primera, elemental y básica de las exigencias con respecto al título inscribible, es que sea VÁLIDO; y en el caso que comentamos, objeto de la Resolución tan aludida, estamos en presencia de un título con una ineficacia constatable *per se* en el mismo, al no contener ni la fe de conocimiento ni el juicio de capacidad subjetiva del otorgante; cuestiones, estas, que competen calificar al Registrador de la Propiedad para inscribir el documento. Así, se produciría la paradoja y contrasentido de que un Registrador pudiera declarar irrelevante un defecto palmario en el título y negar inscripciones (como ocurre en la práctica) por meros errores aritméticos u ortomecanográficos. Se apartaría de la sopa un mosquito y se comerían un camello. Y eso, sobre no ser posible, no es serio. Y todo lo anterior, por no entrar en el marasmo doctrinal de qué debemos entender por «título inscribible» conforme al artículo 2 LH y 7 y concordantes de su Reglamento; y que comprendería

tanto el fondo como la forma del documento sujeto a calificación-inscripción (ya antes hemos aludido a esta cuestión).

No se trata pues de exigir más requisitos que a los documentos notariales españoles, pero tampoco menos; tan solo los mismos o asimilables. ¡Faltaría más! (y así ocurre en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea).

VIII. EPÍLOGO

Y, hasta aquí, en esencia, lo que teníamos que criticar a esta Resolución de 22 de febrero de 2012 (y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012).

Sin embargo, el mar de fondo es configurar con precisión una normativa europea común respecto del documento público notarial, determinando rigurosamente aquellos requisitos materiales y formales necesarios para que se pueda tener en cuenta el documento extranjero, en virtud del principio de «equivalencia de las formas».

Hasta fechas recientes, durante más de un siglo y medio, han convivido en España con ejemplar precisión y eficacia el sistema de seguridad jurídica preventiva, basado en el doble control notarial y registral; todo lo cual nos ha llevado a las más altas cotas de prestigio internacional. Hasta el punto que no creemos equivocarnos si afirmamos que pocas instituciones como el Notariado y el Registro de la Propiedad españoles se pueden exportar al extranjero con tan gran brillantez. Vamos, que se puede presumir fuera de España de estos profesionales.

No obstante, llevamos unas fechas en que se quiere enturbiar este sistema y las clásicas relaciones de amistad entre Notarios y Registradores, por causas que se nos escapan... quizás sin valorar las terribles consecuencias a que pueden dar lugar para los ciudadanos.

Sea como fuere (y esto debería de aclararse con rotundidad desde las más altas instancias), se debe salir al paso de algunas insinuaciones maliciosas, torticeras y, sobre todo, interesadas, respecto al documento público notarial y al Notariado. Debería quedar bien claro y en ello debemos de comprometernos todos (pero especialmente nuestros cargos directivos) de hacer ver a la sociedad lo que es verdadero y cierto. Y lo cierto es que son los grandes operadores jurídicos: grandes bufetes de abogados, bancos, financieras y compañías de seguros los que, en unión de algún envidioso, ignorante o tonto útil (¡cuando no intereses anglosajones!), quienes quieren dejar orillado al notariado; sacarlo de los carriles habituales y seculares que tanta gloria y seguridad han dado al tráfico jurídico inmobiliario español (junto con los Registradores de la Propiedad, todo hay que decirlo).

En vista de todo lo anterior, nuestra función (pero especialmente de quiénes nos dirigen y nos gobiernan internamente) más urgente es informar, informar e

informar. El Notariado (y los Registradores de la Propiedad) deberían formar una alianza inquebrantable con todos aquellos organismos que defiendan a los consumidores y usuarios, pues son los únicos que defenderán el sistema cuando aprecien los beneficios que le reporta. Habrá que explicarles los altísimos costes del documento extranjero anglosajón (por la cantidad de personas, en especial abogados y compañías de seguros, que meten la cuchara en el plato), con referencias exactas en los medios de comunicación escritos de los aranceles notariales aplicables a los poderes, actas, testamentos, compraventas e hipotecas (como negocios más frecuentes para el ser humano) y contrastarlos con *el coste de otro profesional alternativo*. Habrá que informar a los consumidores y usuarios de *lo que cuesta la gestión de documentos* en una notaría y en otras entidades destinadas al efecto; pero, sobre todo, habrá que explicarle a los ciudadanos *la rapidez, eficacia y seguridad* con la que se trabaja en las notarías y en los Registros de la Propiedad, en relación con otras oficinas públicas; su adecuación tecnológica y telemática a efectos de colaboración con la Administración, en materia de: *Registros de la Propiedad y Mercantil (provincial y central), Administración tributaria, Catastro, Ayuntamientos, colaboración en materia de blanqueo de capitales (con determinación del titular real de las transacciones jurídicas y los medios de pago de las mismas), Ministerio de Justicia (últimas voluntades y certificados de seguros)*. Y todo lo último costeado por el propio notariado de manera casi gratuita, sin gasto para el Estado e inapreciable para el consumidor y usuario de los servicios notariales.

De manera que aquí nadie discute monopolios de ninguna clase, sino que, con las cartas sobre la mesa, se trata de comparar la función y los costes de Notarios y Registradores en relación con otras alternativas, y la seguridad proporcionada por unos y por otros.

Esperemos que lo que tantos siglos costó construir en Europa, como espejo en donde mirarse el resto del mundo (en especial los países con notariado de tipo anglosajón, que han privatizado los servicios de fe pública que en España se prestan bajo la tutela y custodia del Estado, incluidos sus costes o aranceles), no sea destruido por intereses de algún grupo de poder o financiero ajeno por completo a los intereses comunes.

En todo caso, como el notariado es una exigencia milenaria de los ciudadanos (todos recordamos la estatuilla ubicada en el museo de El Cairo de «El Escriba»), si espúreos intereses lo arrojan por la puerta, de seguro, más tarde, entrará por la ventana; porque la sociedad lo reclamará; querrá y exigirá cada vez más garantías para el tráfico jurídico inmobiliario a un coste razonable y esto no se lo querrá encomendar a una parte del mercado que solo está interesada en beneficios particulares. Eso depende de todos.

*(Trabajo recibido el 12-6-2017
y aceptado para su publicación el 6-9-2017)*