

La inscripción en el Registro
de la propiedad de los documentos
públicos extranjeros en las nuevas
Leyes de Jurisdicción Voluntaria
y de Cooperación Jurídica
Internacional en materia civil

*Registration of foreign public
documents in Spanish public
registries in the new Act on
voluntary jurisdiction and on Act
on international legal cooperation in
civil matters*

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

*Registrador de la Propiedad y Mercantil
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)*

*Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España*

RESUMEN: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce una disposición adicional tercera, relativa a la inscripción en los registros

públicos de documentos públicos extranjeros. Esta norma resulta asistemática por dos motivos. En primer lugar, porque la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria incorpora un capítulo I relativo a normas de Derecho Internacional Privado, dentro del cual se ubican dos preceptos destinados a regular la inscripción en los registros públicos españoles de las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial (art. 11), y a determinar los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, incluyendo su reconocimiento no solo por órgano judicial español, sino también por el Encargado del Registro público competente español, en el trámite de su calificación previa a la inscripción de dicho acto en el Registro (art. 12). En segundo lugar, porque la misma materia que es objeto de regulación en la transcrita disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha sido objeto de ordenación, en fecha muy próxima, por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, cuyo capítulo VI se consagra a regular la inscripción en Registros públicos españoles tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 59), como de documentos públicos extranjeros (art. 60), complementando dichos preceptos con dos normas comunes para ambos tipos de títulos inscribibles (arts. 58 y 61, relativos respectivamente a la remisión a las normas registrales internas en materia de requisitos legales y efectos de los asientos, y a la adaptación al Derecho interno de las figuras extranjeras desconocidas en el foro). Y todo ello sometido al sistema de fuentes establecido en el artículo 2 de dicha Ley de Cooperación Jurídica Internacional, conforme al cual la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) Las normas especiales del Derecho interno; c) Subsidiariamente, por la citada Ley.

Es decir, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es una Ley de aplicación subsidiaria en defecto de tratados internacionales y normas europeas, y también en defecto de «normas especiales de Derecho interno». Entre estas normas especiales se encuentran las contenidas en la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en dicha ley, normas que deben ser reexaminadas a la luz de este nuevo contexto normativo, a cuya exégesis se dedica este artículo tratando de salvar las confusiones hermenéuticas creadas por la asistemática concurrencia de normas diversas destinadas a la regulación de una misma materia: la inscripción de los documentos extranjeros en los Registros públicos españoles y, en particular, en el Registro de la propiedad.

ABSTRACT: Spanish Act 15/2015 of 2 July on voluntary jurisdiction contains a provision, additional provision three, concerning the registration of foreign public documents in Spanish public registries. This provision is unsystematic for

two reasons. In the first place, Act 15/2015 already includes a chapter, chapter I, concerning rules of private international law. This chapter contains a section regulating the registration in Spain of final decisions handed down by a foreign court in the voluntary jurisdiction (section 11) and a section establishing the effects in Spain of proceedings and acts in the voluntary jurisdiction decided on by foreign authorities, including their recognition not only by Spanish courts, but also by Spanish public registry attendants during the pre-registration scrutiny (article 12). In the second place, the very same subject matter that is regulated in additional provision three of Act 15/2015 was addressed very shortly afterward in Spanish Act 29/2015 of 30 July on international legal cooperation in civil matters, whose chapter VI regulates the registration in Spain of foreign judicial decisions (section 59) and foreign public documents (section 60). Under Act 29/2015, these provisions are supplemented by two common rules for both types of registrable titles (section 58 concerning reference to domestic registration rules in matters of legal requirements and the effects of registration entries, and section 61 concerning the adaptation to domestic law of foreign legal concepts unknown in the forum). These provisions are all subject to the system of sources established in section 2 of the Act on international legal cooperation, pursuant to which international legal cooperation in civil and commercial matters is governed by: a) the rules of the European Union and international treaties to which Spain is a party; b) the special rules of domestic law; c) on a subsidiary basis, the Act on international legal cooperation.

That is to say, the Act on international legal cooperation is a law that is applied on a subsidiary basis where there are no international treaties, European rules or «special rules of domestic law» that apply. «Special rules» include the rules given in the Spanish Mortgage Act, the Spanish Mortgage Regulation, the Spanish Code of Commerce and the Spanish Business Registry Regulation concerning the registration of foreign documents to the extent of the documents' compatibility with the provisions of said act. These rules must be re-examined in the light of the new legislative context. This article is an exegesis of the new legislation. It endeavours to sort out the confused interpretation created by the unsystematic jumble of rules and regulations on the registration of foreign documents in Spanish public registries, particularly the Property Registry.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Voluntaria. Cooperación jurídica internacional en materias civiles. Reglas de Derecho Internacional Privado. Documentos públicos extranjeros. Resoluciones sobre jurisdicción voluntaria adoptadas por tribunales extranjeros. Registros públicos españoles. Registro de la propiedad.

KEY WORDS: *Voluntary jurisdiction. International legal cooperation in civil matters. Rules of private international law. Foreign public documents. Decisions*

handed down by a foreign court in the voluntary jurisdiction. Spanish public registries. Property Registry.

SUMARIO: I. SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN EN REGISTROS PÚBLICOS ESPAÑOLES DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS.—II. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS, EN GENERAL, Y DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO, EN PARTICULAR. CONTEXTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—III. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS: 1. EL CARÁCTER DE «DOCUMENTO PÚBLICO» Y LA COMPETENCIA DEL NOTARIO O AUTORIDAD INTERVINIENTE. 2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FORMAL, FUNCIONAL Y PROBATORIA ENTRE EL DOCUMENTO EXTRANJERO Y EL ESPAÑOL: A) *El requisito de tener fuerza en España con arreglo a las Leyes y de autenticidad formal.* B) *El requisito de la equivalencia formal y funcional.* C) *El requisito de la equivalencia de efectos:* a) Los diversos modelos de transmisión del derecho de propiedad. b) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011. 3. EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL HECHO O ACTO INSCRIBIBLE CONFORME AL ORDENAMIENTO DESIGNADO POR LAS NORMAS ESPAÑOLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Y SU NO CONTRADICCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL: A) *El requisito de la validez del acto.* B) *La aplicación de las normas de conflicto españolas.* C) *La prueba del Derecho extranjero.* D) *La excepción del orden público y adaptación de la figura extranjera desconocida en España al Derecho español.* 4. ASIMILACIÓN AL RÉGIMEN DE LOS DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES EN CIERTOS CASOS.

I. SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN EN REGISTROS PÚBLICOS ESPAÑOLES DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce una disposición adicional tercera, relativa a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros, del siguiente tenor:

«1. *Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:*

- a) *Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b) *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.*

- c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. *El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales».*

Se trata de una norma que llama la atención por su carácter asistemático en cuanto a su incorporación en la citada Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por dos motivos. En primer lugar, porque la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria incorpora un capítulo I relativo a normas de Derecho Internacional Privado, dentro del cual se ubican dos preceptos destinados a regular la inscripción en los registros públicos españoles de las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial (art. 11), y a determinar los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, incluyendo su reconocimiento no solo por órgano judicial español, sino también por el Encargado del Registro público competente español, en el trámite de su calificación previa a la inscripción de dicho acto en el Registro (art. 12).

En segundo lugar, porque la misma materia que es objeto de regulación en la transcrita disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha sido objeto de ordenación, en fecha muy próxima, por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, cuyo capítulo VI se consagra a regular la inscripción en Registros públicos españoles tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 59), como de documentos públicos extranjeros (art. 60), complementando dichos preceptos con dos normas comunes para ambos tipos de títulos inscribibles (arts. 58 y 61, relativos respectivamente a la remisión a las normas registrales internas en materia de requisitos legales y efectos de los asientos, y a la adaptación al Derecho interno de las figuras extranjeras desconocidas en el foro).

Y todo ello sometido al sistema de fuentes establecido en el artículo 2 de dicha Ley de Cooperación Jurídica Internacional, conforme al cual la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) Las normas especiales del Derecho interno; c) Subsidiariamente, por la presente ley.

Es decir, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es una Ley de aplicación subsidiaria en defecto de tratados internacionales y normas europeas, y también en defecto de «normas especiales de Derecho interno». ¿Cuáles son estas normas especiales? Responde a este interrogante la disposición adicional primera de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, según la cual:

«A los efectos de lo previsto en el artículo 2 de esta ley, tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, entre otras, las siguientes:

- ...
- c) Los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

...

 - f) Las normas de la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.
 - g) Las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria».

Ello supone que son normas especiales de aplicación preferente en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia civil las contenidas en los preceptos y normas que se citan de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, así como las que a tal materia dedican tanto la Ley y Reglamento Hipotecario, como el Código de comercio y el Reglamento del Registro Mercantil, como finalmente «las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria». Esta última expresión, sin embargo, genera la duda de si se está refiriendo a las «normas de Derecho Internacional Privado» que integran el capítulo I del Título I de la Ley (sobre «normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria»), o si dicha consideración de «norma especial» y, por tanto, de aplicación preferente se extiende también o no a la disposición adicional tercera anteriormente transcrita. En caso de respuesta negativa a este interrogante tendríamos que llegar a la conclusión de que el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, como ley especial en materia de cooperación jurídica internacional y, además, como ley posterior, desplazaría en su aplicación a la citada disposición adicional tercera.

En concreto, el citado artículo 60 dispone que «Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre 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».

Por tanto, vemos que, al margen del requisito relativo a 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», el citado artículo 60 contiene una remisión *«in totum»* a «los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable». ¿Qué legislación es esta? La respuesta nos la proporciona nuevamente la disposición adicional primera de la reiterada Ley de Cooperación Jurídica Internacional en cuanto reconoce como normas especiales los artículos 94 a 97 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y las normas reguladoras de «la inscripción de documentos extranjeros» contenidas en la Ley y Reglamento Hipotecario, y en el Código de comercio y del Reglamento del Registro Mercantil, previsión que remite en particular a los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento, preceptos que en sus respectivos ámbitos (Registro Civil y Registros de la Propiedad y Mercantiles) por razón de su especialidad parece claro que deben resultar de aplicación preferente. En todo caso, la regulación contenida en los citados preceptos de la Ley del Registro Civil, en particular su artículo 97, ha inspirado claramente la redacción de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de la que prácticamente es un trasunto (si bien se añade una extensión de su régimen jurídico a las resoluciones dictadas por autoridades extranjeras judiciales en materias cuya competencia corresponda en España al conocimiento de autoridades españolas no judiciales).

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Hipotecaria 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». Precepto que desarrolla el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «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». En sus párrafos segundo y tercero se regula el régimen de la prueba del Derecho extranjero aplicable, sobre el que volveremos *«infra»*.

Resulta, por tanto, necesario elucidar el sentido que deba atribuirse al requisito impuesto en el citado artículo 4 de la Ley Hipotecaria de que el documento extranjero «tenga fuerza en España con arreglo a las leyes», a la luz de la precisión contenida en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en que vincula la inscribibilidad del documento extranjero a los «requisitos exigidos

por las normas de Derecho Internacional Privado», siempre que, además, quede garantizada su autenticidad. Y en este contexto procede examinar los elementos básicos que se desprenden de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, esencialmente coincidentes por lo demás, como se ha señalado, con los de la Ley del Registro Civil de 2011, y que son los siguientes:

- a) que se trate de un «documento público» no judicial que «haga fe» del hecho o acto que se trata de inscribir;
- b) que el documento haya sido otorgado (*rectius*: autorizado) por notario o autoridad pública extranjera competente conforme a la legislación de su Estado;
- c) 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 que el documento «surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen»;
- d) que el hecho o acto contenido en el documento «sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado»; y
- e) que la inscripción del documento extranjero «no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español».

Como vamos a ver en el análisis subsiguiente, la remisión que el artículo 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento hacen a las normas del Derecho Internacional Privado, unido a las exigencias de autenticidad del título inscribible que impone el artículo 3 de la misma Ley Hipotecaria (y 33 de su Reglamento), en combinación con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, conforme al cual «El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español», supone que la mayor parte de los requisitos mencionados en la reiterada disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria son de aplicación no solo al Registro Civil, conforme al artículo 97 de la Ley 20/2011, de 21 de julio¹, sino también al Registro de la propiedad (y al Registro mercantil en virtud de la remisión contenida en el artículo 80 del Reglamento de dicho Registro a la legislación hipotecaria), con las adaptaciones o matizaciones que se verán.

Pero antes de proceder a un análisis individualizado de los citados requisitos resultará conveniente que situemos el tema de la inscripción de los documentos extranjeros en el Registro de la propiedad en su contexto histórico e internacional (Registro de la propiedad que es el ámbito en que como caso paradigmático de Registro jurídico, centraremos preferentemente nuestro estudio a fin de no desbordar los límites de extensión que ha de tener este trabajo).

II. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS, EN GENERAL, Y DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO, EN PARTICULAR. CONTEXTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La internacionalización económica generada en el marco del proceso de integración supranacional que vienen experimentando los países miembros de la Unión Europea, ha sido acompañada en los últimos tiempos, a su vez, del fenómeno paralelo de la internacionalización del tráfico jurídico inmobiliario, materializado en un elevado número de inversiones extranjeras en bienes inmuebles recíprocas entre los diversos países, así como en el denominado fenómeno de la «mundialización» de los mercados financieros que actúan a través de diversas instituciones y figuras contractuales, de las que destacan singularmente las figuras del préstamo y del crédito, situaciones que tienden a su consolidación e incremento en el inmediato devenir histórico a impulsos de la filosofía liberalizadora que se sustancia en las cuatro libertades fundamentales de la UE y, en particular y por lo que ahora nos afecta, en las libertades de circulación de personas, capitales y servicios.

La citada internacionalización de las relaciones jurídico-privadas plantea desde el punto de vista del sistema registral y en la materia que ahora se analiza (inscripción de documentos extranjeros), dos cuestiones básicas:

1. La eficacia en España de los documentos otorgados en el extranjero.
2. La determinación del alcance y efectos de la publicidad registral de los derechos nacidos de contratos otorgados con arreglo a un Ordenamiento extranjero.

Veremos cómo el tratamiento de estas cuestiones corresponde todavía fundamentalmente al Derecho Internacional Privado nacional, el cual no obstante está experimentando un creciente proceso de «comunitarización», como después se verá.

El objeto del presente estudio se centra en la primera de las cuestiones citadas, esto es, la eficacia en España de los documentos otorgados en el extranjero en cuanto título inscribible en los Registros públicos españoles. Documentos cuyo número se ha visto incrementado notablemente como consecuencia de las libertades comunitarias de circulación de personas y de capitales, siendo muy significativo este fenómeno en nuestro país por razón de su carácter receptor de turistas.

La determinación de la eficacia de los documentos extranjeros requiere de la concurrencia de un conjunto de requisitos que se pueden clasificar en dos grupos según que se refieran a la forma o al fondo de los mismos.

A) Por lo que se refiere a los requisitos de forma, estos vienen configurados por la doctrina del denominado «Estatuto formal» del Derecho Interna-

cional Privado. Corno sabemos, es esta una rama jurídica que forma parte de cada Ordenamiento nacional, y por ello sus soluciones difieren de un país a otro. En el ámbito del Derecho comparado europeo son tres básicamente los sistemas adoptados:

1. El sistema de la regla *«locus regit actum»* imperativa, propio del Derecho francés, conforme al cual las formas y solemnidades de los actos y el grado de eficacia de un negocio jurídico está muy ligado a su forma y publicidad. En estos sistemas se aplica la ley del lugar del otorgamiento.

2. El sistema de la regla *«locus»* facultativa, seguido por el Ordenamiento italiano, según el cual el negocio es válido aunque no se ajuste a las formas de la *«lex loci»* si se han adoptado las propias de los otros ordenamientos designados por los demás puntos de conexión (nacionalidad, contenido del contrato, situación de los inmuebles, etc.).

3. Y por último, el sistema de la regla *«locus»* subsidiaria, seguida en Alemania y Portugal, conforme al cual en caso de que la Ley reguladora del fondo del negocio exija determinada forma para su validez esta habrá de cumplirse, aunque no venga exigida por la Ley del lugar del otorgamiento.

Además de lo anterior, en los tres sistemas citados, se superpone la regla denominada *«auctor regit actum»*, según la cual los funcionarios investidos de facultades documentadoras o fehacientes, han de sujetarse en la autorización de los documentos en que intervienen a las formas y solemnidades de su propio Ordenamiento. Por ello, el notario español se ha de sujetar necesariamente a la legislación notarial española aunque el documento esté destinado a producir sus efectos en el extranjero (arts. 1216 y 11 núm. 3 del Código Civil). Lo mismo rige respecto de los fedatarios de los restantes Estados.

El Ordenamiento español sigue el sistema de la regla *«locus regit actum»* de carácter subsidiario, de modo que en el caso de que la Ley reguladora del contenido imponga una forma *«ad solemnitatem»* determinada para la validez del acto o contrato, se habrá de observar la misma aunque el documento se otorgue en el extranjero, pudiendo en otro caso escoger los otorgantes entre la *«lex loci»*, la *«lex personae»*, la *«lex causae»* o la *«lex rei sitae»*. El Derecho español, si bien es espiritualista en materia de formas, impone determinadas formas constitutivas o *«ad solemnitatem»* en muy escasas ocasiones, como en el caso de la constitución de hipotecas en las que se impone de forma solemne el doble requisito de la escritura pública y la inscripción en el Registro de la propiedad con carácter constitutivo, de forma que los derechos reales de hipoteca no nacen hasta que no se practica la inscripción. Este es también el sistema seguido, por ejemplo, en Alemania y en Austria, además con carácter general para todo tipo de derechos reales.

Ahora bien, si lo anterior parece irrefutable, es igualmente cierto que en caso de que una ley nacional subordine la eficacia y aún la misma existen-

cia del negocio, como en el caso de las hipotecas, a la observancia de una determinada forma, lo cual es harto frecuente en la medida de la aplicación «*autor regit actum*», aquella puede, sin embargo, resultar de difícil o imposible cumplimiento cuando el negocio se celebre en país distinto de aquel en que ha de producir efectos, lo cual puede devenir incompatible con las exigencias de agilización del tráfico jurídico internacional, especialmente en el caso del tráfico intracomunitario. En estos casos, se hace preciso admitir la utilización de formas disponibles en el lugar del otorgamiento, siempre que sean equivalentes a la forma requerida por la ley del país receptor del documento en que ha de desplegar sus efectos.

Esta es la clave de la cuestión: el denominado principio de la equivalencia de las formas. Este «principio de equivalencia» de los títulos formales aparece hoy recogido también de forma expresa tanto en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (cfr. art. 97.1), como en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (cfr. disposición adicional tercera, apart. 1, b), como finalmente en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (cfr. art. 60). Ya veremos que, con las matizaciones establecidas en la jurisprudencia, este principio de equivalencia también debe entenderse implícito en la exigencia de titulación auténtica exigida por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria en el ámbito del Registro de la Propiedad.

Así en el terreno de los documentos notariales extranjeros será preciso para admitir su equivalencia con los documentos notariales españoles que la ley extranjera a que esté sujeto el autorizante o fedatario atribuya a los mismos el valor y efectos que nuestra legislación otorga a la escritura pública en cuanto a su fehaciencia. En concreto, el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera documentos públicos los documentos extranjeros a los que haya de atribuirse la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de la misma Ley, es decir, aquellos que hagan «prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

En esta dirección de equivalencia de formas y efectos se manifestaba ya el «Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil» firmado por los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el 27 de septiembre de 1968 en Bruselas, en cumplimiento del artículo 220 del Tratado de Roma, y de cuyo artículo 50 se desprende que para considerar en un Estado contratante un documento extranjero como auténtico y ejecutivo, es preciso que el Estado de origen le califique de tal.

Ahora bien, dada la diversidad de sistemas notariales existentes en los distintos países comunitarios —básicamente reconducibles a los de modelo latino y modelo anglosajón, en el último de los cuales, seguido por Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, la intervención del notario es muy limitada y circunscrita a la mera legitimación de firmas—, se ha considerado que la equivalencia de

forma y eficacia probatoria por sí sola no es suficiente, sino que a ella se ha de añadir la exigencia en todo caso de unos mínimos requisitos, a modo de «test de suficiencia». El núcleo irrenunciable de tales requisitos o presupuestos mínimos estaría integrado por el siguiente catálogo:

- Presencia de los otorgantes ante el autorizante;
- Juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes;
- Prestación del consentimiento y firma ante el fedatario².

Desde el punto de vista comunitario, cabe significar que la homologación documental resultante del principio de la «equivalencia» se pretende configurar como la vía por la que fluya el principio de la libre circulación o prestación de servicios en el ámbito de las formas documentales³.

B) Pero junto con los requisitos de forma, habíamos dicho que la validez y eficacia de los documentos extranjeros, requería asimismo del cumplimiento de ciertos requisitos de fondo.

En efecto, y ciñéndonos a los negocios jurídicos relativos a la propiedad inmobiliaria y a los derechos sobre ella constituidos, debe distinguirse entre el acto o contrato en cuya virtud se constituye, transmite, grava o extingue el dominio y demás derechos reales inmobiliarios, de una parte, y, de otra, la relación jurídica ya formada, es decir, el dominio o derecho nacido del acto o contrato citado.

Pues bien, en cuanto a lo primero, como es bien sabido, en nuestro Derecho de obligaciones rige el principio de la autonomía de la voluntad, que en el ámbito del Derecho Internacional Privado se traduce en la posibilidad de sumisión expresa de las partes a cualquier ley que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. Ahora bien, a falta de sumisión expresa, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos. Por tanto, no existiendo cláusula de sumisión expresa, muy infrecuente en la práctica, los contratos relativos a inmuebles sitos en España se rigen por la legislación española, cualquiera que sea el país en que se celebren y la nacionalidad de los contratantes. Esta solución de nuestro Código Civil es igualmente compartida por la mayoría de las legislaciones del Derecho comparado, habiéndose elevado a la categoría de norma comunitaria mediante la firma del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que pretende uniformar los sistemas nacionales de resolución de conflictos internacionales de leyes entre los países comunitarios, criterio que ha sido ratificado en el nuevo Reglamento de Roma I, al que después volveremos.

Pero donde el imperio de la «*lex rei sitae*» es absoluto es en el terreno del contenido del derecho real ya formado, y así el artículo 10, núm. 1, de nuestro Código Civil declara que «la posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen».

Con arreglo a ello corresponde a la «*lex rei sitae*» determinar los siguientes extremos:

1. Los derechos de que un determinado bien puede ser objeto;
2. La extensión del derecho y las facultades atribuidas al titular del mismo, en orden al uso, aprovechamiento, transmisibilidad, derechos de preferencia, duración, etc.;
3. La forma de ejercicio de los citados derechos y facultades;
4. La competencia de los Tribunales españoles en relación con los inmuebles radicados en España, lo cual constituye una norma que ya sancionaba el Convenio sobre Competencia Judicial de la Comunidad Europea que atribuye competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios y de arriendo de inmuebles a los Tribunales del Estado contratante en que radique el inmueble, y que en nuestro Derecho interno figura en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴.
5. Por último, corresponde asimismo a la «*lex rei sitae*» la determinación de los derechos reales que pueden tener acceso al Registro de la propiedad, las condiciones de fondo y forma para lograr dicho acceso, y los efectos atribuidos a la publicidad registral respecto de los derechos inscritos. Actualmente este criterio («*lex registrii*») ha sido consagrado normativamente por el artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, conforme al cual «El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español».

III. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.

La exigencia de titulación auténtica en los Registros de la propiedad (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria) y la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado del artículo 4 de la misma Ley, obliga a verificar los siguientes extremos en la calificación registral previa de los documentos públicos extranjeros no judiciales (sin carácter excluyente de otros que deban ser exigidos conforme al propio Derecho registral interno, como por ejemplo, los obstáculos que resulten del Registro *ex artículo 18* de la Ley Hipotecaria):

- a) su carácter de «documento público» fehaciente, vinculado a la competencia del notario o autoridad interviniente con arreglo a la legislación de su Estado;
- b) el principio de equivalencia formal, funcional y probatoria entre el documento extranjero y el español;

- c) la validez del hecho o acto inscribible conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado, y su no contradicción con el orden público español.

Se analizan a continuación separadamente estos tres requisitos.

1. EL CARÁCTER DE «DOCUMENTO PÚBLICO» Y LA COMPETENCIA DEL NOTARIO O AUTORIDAD INTERVINIENTE

Dentro del capítulo I sobre disposiciones generales del Título V de la Ley del Cooperación Jurídica Internacional en materia civil («Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequáut y de la inscripción en Registros públicos»), figura su artículo 43, bajo la rúbrica «Definiciones», en el que se establece que a los efectos de dicho título, se entenderá por «documento público: cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin». Se trata, como vemos, de una definición legal autónoma a los efectos del Título V de dicha Ley, y por tanto también a los efectos de su integración en las normas relativas a la inscripción en los Registros públicos de documentos públicos extranjeros.

Este concepto de documento público guarda similitud con el que figura en diversos instrumentos normativos europeos y en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. En concreto el Reglamento (UE) núm. 650/2012 establece en su artículo 3.1, i) que será «Documento público: un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: (i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y (ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad a tal efecto por el Estado miembro de origen». En un sentido similar se pronuncia el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (si bien en este último se utiliza la expresión de «autoridad pública» y no la de «poder público»)⁵.

Los citados Reglamentos comunitarios dan carta de naturaleza normativa a la definición de documento público adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en el Asunto Unibank C-260/97. En dicha sentencia se estableció que un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del Derecho del Estado de origen, cuya autenticidad no ha sido establecida por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por dicho Estado, no constituye un documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De forma que,

dado que las condiciones en que se procede a la ejecución de los documentos a los que se refiere dicho artículo son idénticas que las previstas en el caso de las resoluciones judiciales, el carácter público de tales documentos debe estar acreditado de forma incontestable, de modo que el órgano jurisdiccional del Estado requerido pueda confiar en su autenticidad. Para ello deberá probarse, como dice el artículo 36.2 del Reglamento Hipotecario, «la observancia de las formas y solemnidades extranjeras».

Como título formal inscribible el documento público extranjero debe cumplir, además, un requisito adicional cual es el de haber actuado el notario o autoridad en la labor de autenticación de la firma y contenido del documento dentro del ámbito de las competencias que le atribuya la ley del Estado del que dependa. En este sentido el apartado 1, a) de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en paralelo en el artículo 97.1.^º de la Ley 20/2011, del Registro Civil), exige que «Que el documento ha sido otorgado (sic.) por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado». Lo cual exige la previa acreditación o prueba del contenido y vigencia, a la fecha de la firma del documento, de las correspondientes normas del Derecho extranjero, sobre cuyo régimen de prueba volveremos más tarde.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FORMAL, FUNCIONAL Y PROBATORIA ENTRE EL DOCUMENTO EXTRANJERO Y EL ESPAÑOL

Pero que el documento extranjero sea público en el sentido expresado por el artículo 43 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, no es fundamento suficiente para su consideración como título formal inscribible en un Registro público español. Para ello será necesario que dicho documento extranjero cumpla con el principio de equivalencia con los documentos públicos españoles. En este sentido la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece en la letra b) de su apartado 1 el siguiente requisito: «b) 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». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁶. Es el denominado principio de equivalencia formal de que anteriormente hablamos.

Este requisito, que incluso antes de su consagración legal ya venía exigiéndose como habíamos comentado, ha sido analizado cuidadosamente y de forma reiterada tanto por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de particular interés en esta materia, como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido deben analizarse las resoluciones del Centro Directivo de 20 de enero de 2011, 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013

y 5 de marzo de 2015. Igualmente resulta esencial en la materia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 998/2011, de 19 de junio. Del conjunto de tales resoluciones y del actual marco legal resulta lo siguiente.

A) *El requisito de tener fuerza en España con arreglo a las Leyes y de autenticidad formal*

Ya hemos visto cómo el artículo 58 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional establece que «El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español». Por tanto, hay que estar a la regulación de la legislación hipotecaria española, como *«lex registrii»*, para determinar los requisitos a que deben sujetarse los documentos extranjeros que pretendan servir de título formal para su acceso al Registro de la Propiedad español. En este sentido, como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. resoluciones de 11 de junio de 1999 y de 23 de mayo de 2006), el principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *«erga omnes»*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así se establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (cfr. arts. 3 de la Ley Hipotecaria, 33 y 34 del Reglamento Hipotecario y 1216 y 1280 del Código Civil).

Ahora bien, como ha dicho la propia Dirección General en otras ocasiones (v.gr. resolución de 31 de octubre de 2013), si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1216 del Código Civil, la cuestión se complica cuando se trata de un documento extranjero.

Para despejar esta cuestión debemos acudir como punto de partida al 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 lo siguiente: «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.

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 conduce como segundo paso en este proceso lógico-jurídico al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para los documentos otorgados en España, y, en cuanto a los documentos otorgados en país extranjero, a su artículo 4, conforme al cual, como ya sabemos, «también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo —esto es, los que documenten actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales—, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias ..., con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Obsérvese esta llamada a la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la que luego volveremos.

El artículo 4 de la Ley se desarrolla por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «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». Estas normas, como ha señalado la Dirección General, se aplican tanto a los títulos formales principales, es decir aquellos en los que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción «y que haga fe, en cuanto al contenido que sea objeto de inscripción, por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acrede» (cfr. art. 33 del Reglamento Hipotecario), como a estos documentos complementarios, incluyendo los eventuales apoderamientos invocados por los otorgantes.

La referencia que el artículo 4 de la Ley Hipotecaria hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil conduce a su artículo 323 que es el que da contenido técnico a la idea de «la fuerza en España» de los documentos otorgados en el extranjero. Dicho precepto de nuestra ley procesal civil ha de leerse en paralelo con el artículo 319.1 de la misma ley en el que al delimitar la fuerza probatoria de los documentos públicos se determina esta en los siguientes términos: «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

Pues bien, respecto de los documentos extranjeros el artículo 323 determina los requisitos necesarios para que puedan ser considerados como documentos públicos, con la eficacia probatoria señalada, distinguiendo dos supuestos: aquellos documentos a los que en virtud de un tratado o convenio internacional o de leyes especiales deba considerárseles documentos públicos, y aquellos otros en que no resulte aplicable ningún convenio internacional o ley especial. En este segundo caso un documento necesita cumplir dos requisitos para ser considerado documento público: «1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el

documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España».

Por tanto, a la vista de dicha norma, a la que se remite el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, como norma especial de aplicación preferente en su ámbito material conforme a la disposición adicional primera de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, y según señalan las resoluciones de la Dirección General de 22 de febrero de 2012 y 31 de octubre de 2013, «no [se] exige que el documento extranjero cumpla los concretos requisitos específicos 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 se pronunció la sentencia número 391/2006 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, que confirmó la revocación de la anterior resolución de la Dirección General de 7 de febrero de 2005. La citada sentencia de la Audiencia fue confirmada, a su vez, por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 998/2011, de 19 de junio, al declarar 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 ... 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....». A continuación añade la misma sentencia que «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» (disposición que igualmente aparece en el artículo 11 del Reglamento 593/2008 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio).

B) El requisito de la equivalencia formal y funcional

Por tanto, para determinar si un documento extranjero puede constituir título formal inscribible en el Registro español es necesario que aquel «tenga en Es-

paña fuerza con arreglo a las leyes» por haberse observado en su otorgamiento las normas y solemnidades establecidas en el país de origen y venir revestido de los requisitos para garantizar su autenticidad en España. Pero, como ha señalado la Dirección General en las resoluciones antes citadas, esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción en el Registro de la propiedad español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro de la propiedad.

En este sentido la Dirección General ha venido reiterando que no cabe resolver el problema por aplicación exclusiva de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil, antes aludido, respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en armonía con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cfr. arts. 1278 y sigs. del Código Civil), mientras que lo que se dilucida en el ámbito que ahora estudiamos es un tema adicional y distinto, cual es el de la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español. Siendo válido en cuanto a la forma, ¿cumple además el requisito de eficacia como título formal inscribible en el Registro?

En cuanto a este segundo aspecto es el artículo 12.1 del Código Civil el que, según viene insistiendo el Centro Directivo, debe tenerse presente para encauzar la cuestión. Como afirma la resolución de 31 de octubre de 2013, «si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la propiedad —lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados—, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Solo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquel sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la propiedad, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas, a que alude igualmente la citada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011».

¿Cuáles son estos presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan el documento público español? También encontramos en la doctrina de la Dirección General contestación a este interrogante. Así en sus resoluciones de 11 de junio de 1999 y 23 de mayo de 2006, ha afirmado que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes:

- a) que haya sido autorizado «por un notario o empleado público competente» (art. 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante

sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial;

- b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (art. 1216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público. Estas formalidades, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente dos:
- la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad), y
 - la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad).

Ahora bien, las mismas resoluciones precisan en cuanto a este último requisito que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica necesariamente que este no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. art. 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad.

C) *El requisito de la equivalencia de efectos*

Como dijimos anteriormente, la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional no solo exigen 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, sino también que el documento extranjero «surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen».

Ya hemos visto que esta previsión es coherente con la contenida en el artículo 323.2 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando exige que en el otorgamiento o confección del documento extranjero «se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio», prueba plena en juicio que es el efecto probatorio que en nuestro Ordenamiento se reconoce al documento público español (*vid.* art. 319 LEC).

Pero danto un paso más allá podemos interrogarnos sobre si la exigencia de equivalencia de efectos debe ir más lejos y proyectarse sobre otros aspectos como son los relativos a la eficacia traslativa del dominio, o incluso a otras funciones

asociadas a la intervención de los notarios españoles como la de asesoramiento a los otorgantes y la colaboración con las Administraciones públicas en materia tributaria o de prevención del blanqueo de capitales. Precisamente estos fueron los argumentos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 7 de febrero de 2005 para confirmar la calificación negativa del registrador que denegó la inscripción de una compraventa otorgada entre ciudadanos alemanes ante notario alemán. Sin embargo, como ya se ha dicho, dicha resolución fue revocada por los tribunales mediante sentencias finalmente confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de junio de 2012.

Resulta por tanto esencial analizar en este punto dicha sentencia. Pero antes de ello, y a fin de poner el debate sustanciado en la misma en su contexto debe hacerse una referencia previa a los diversos modelos de transmisión de la propiedad existentes en el Derecho comparado que, a los efectos de este estudio, reducimos al ámbito europeo y exponemos de forma sintética.

a) Los diversos modelos de transmisión del derecho de propiedad

Como punto de partida hay que recordar que el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone con cierto énfasis en su artículo 345 que «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros», lo cual responde a que los bienes raíces forman el substrato territorial de los Estados como elemento básico de soberanía. Igualmente coadyuvan a fundamentar esta solución el principio comunitario de mutuo reconocimiento de legislaciones (en el que no hay armonización, sino admisión por cada Estado de la bondad de la legislación de los restantes Estados comunitarios), y el principio, surgido de Maastricht, de la subsidiariedad, conforme al cual en las materias en que no exista una competencia exclusiva de la UE, esta solo puede actuar en caso de que su acción sea más eficaz que la de los Estados.

Todo lo anterior supone la coexistencia en el ámbito europeo de distintos sistemas de tráfico jurídico inmobiliario y de publicidad registral del mismo. Así, desde el punto de vista civil sustantivo coexisten los sistemas de adquisición y transmisión de derechos reales de tipo consensual basados en el mero consentimiento, como el francés, italiano o belga; los que responden a la doctrina del título y el modo, con una doble variante según que el efecto traditorio se atribuya a la escritura —caso español— o a la inscripción registral —caso de Suiza—, y los sistemas basados en el negocio real dispositivo de carácter abstracto, esto es, desconectado de la causa del negocio obligacional subyacente.

Desde el punto de vista de la publicidad registral, atendiendo al criterio de los efectos atribuidos a la misma, coexisten los siguientes sistemas:

1. El sistema francés de mera inoponibilidad, en los cuales la inscripción no es constitutiva, pero la falta de inscripción hace inoponible el título

no inscrito frente a un tercero que haya inscrito. Lo siguen, además de Francia, Bélgica e Italia.

2. El sistema español, además del efecto anterior, determina que el asiento registral se presume exacto, en sus dos variantes de presunción de exactitud *«iuris tantum»* derivada del principio de legitimación registral, y de presunción *«iuris et de iure»*, resultante del principio de fe pública registral. Además, se establece el carácter constitutivo de la inscripción en diversos casos, el principal de los cuales es el de la hipoteca.
3. Por último, el sistema alemán de inscripción constitutiva, en el que la inscripción se requiere como elemento determinante de la adquisición o constitución del derecho real, en todo caso, por tanto también en el de la hipoteca.

b) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011

Encuadrada ya la cuestión, estamos ahora en condiciones de abordar el análisis de la citada sentencia para ilustrar el alcance del requisito relativo a la proximidad de efectos a que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

1. La Abogacía del Estado centraba su impugnación en dos motivos paralelos, a su vez, de las dos causas en que se fundaba la calificación del registrador confirmada primero por la Dirección General en resolución de 7 de febrero de 2005 y después revocada por la sentencia de instancia y de apelación:

a) 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, por cuanto dicho fedatario 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

b) 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.

2. El Tribunal Supremo, sin embargo, va a rechazar ambos motivos de impugnación, y lo hace con una argumentación que articula en un doble nivel: en primer lugar, en base a consideraciones de Derecho comunitario y, en segundo lugar, en base a fundamentos de Derecho interno.

a) En cuanto a los motivos de Derecho comunitario, afirma el Tribunal Supremo que el recurso parte 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); de forma que «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». Esta afirmación la sostiene en los siguientes razonamientos:

- «En primer lugar, no puede desconocerse que el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de 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».
- «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».

b) En cuanto a los motivos de Derecho interno, el Tribunal Supremo, además de invocar el Reglamento UE Roma I y su régimen en materia de forma de los contratos y el argumento de la duplicidad, analiza el tema también desde la perspectiva del Derecho español como Derecho del foro registral, llegando a las mismas conclusiones sobre la validez y eficacia como título formal inscribible en el Registro de la Propiedad español de la escritura de compraventa autorizada por notario alemán. A tal efecto realiza el Alto Tribunal el siguiente *iter argumental*:

- 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.
- Subraya a continuación el Alto Tribunal cómo la doctrina ha destacado 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».
- La consecuencia que extrae el Tribunal de ese régimen de «*lex rei sitae*» en este ámbito es que resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil «que no limita sus efectos de «*traditio ficta*» a los supuestos en que la escritura pública de venta se hubiera otorgado ante notario español». De lo que se deduce «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».

- Tal exigencia [la necesidad de escriturar ante notario español] en relación con la escritura pública de compraventa de un bien inmueble situado en España no puede justificarse 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.
- Además, entiendo el Tribunal, 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 escritura puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
 - resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar;
 - no pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que «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».
- Al argumento del Abogado del Estado que entiende que en caso de no prosperar el recurso 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, contesta el Tribunal Supremo que «tal argumento no se ajusta 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 for-

mas 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».

- Finalmente en cuanto al segundo motivo del recurso, tampoco es acogido por el Tribunal, pues entiende que «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».
- La conclusión que alcanza el Tribunal de todo ello es que, partiendo de la aceptación de 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». Y ello es así puesto que «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*)».

Dado que no hay motivo para poder atisbar un cambio en el estatuto real del Derecho internacional privado español en el sentido de modificar la regla de la *«lex rei sitae»* tal y como aparece definida por el artículo 10.1 del Código civil, ni las normas europeas antes señaladas, en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, es preciso concluir que, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo que hemos analizado, la exigencia de producir los «mismos o más próximos efectos» no incluye ni la identidad en cuanto a

las formalidades de los documentos extranjeros respecto de los españoles, ni las reglas sobre transmisión de la propiedad que se siguen rigiendo por el Derecho español, incluida la relativa a la «*traditio ficta*» o instrumental, siempre que el documento extranjero cumpla el canon de validez formal exigido.

3. EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL HECHO O ACTO INSCRIBIBLE CONFORME AL ORDENAMIENTO DESIGNADO POR LAS NORMAS ESPAÑOLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Y SU NO CONTRADICCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL

A) *El requisito de la validez del acto*

Como ha afirmado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, «*erga omnes*», de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación registral (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria, con su exigencia la exigencia de documento público o auténtico), y en un riguroso examen de la legalidad de los títulos presentados a inscripción a través de la calificación del registrador (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria).

Esta calificación se extiende en todo caso conforme a este artículo, entre otros extremos, a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», requisito que alcanza evidentemente a los documentos públicos extranjeros por el mismo fundamento que a los documentos públicos españoles evitando la entrada en el Registro de títulos inválidos o claudicantes, a cuya finalidad, que debe quedar salvaguardada en todo caso, es indiferente el hecho de que el título haya sido autorizado por un notario español o extranjero, pues el requisito de la validez formal y sustantiva debe predicarse de todos ellos.

Como afirma la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras muchas, en su resolución de 20 de junio de 2014, la calificación registral debe impedir que «el Registro de la propiedad pueda publicar titularidades no firmes o claudicantes. No cabe olvidar que la finalidad del Registro de dar seguridad jurídica en el tráfico solo se armoniza con la inscripción de titularidades plenamente válidas (cfr. arts. 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento)». Lo que, como señala la resolución de 8 de octubre de 2013, entronca con el hecho de que nuestro sistema registral «se basa en los principios de presunción de exactitud y de fe pública registral, en virtud de los cuales, la inscripción se convierte en inatacable respecto a terceros que hayan confiado en el contenido de los asientos registrales si cumplen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que requiere indudablemente que exista la previa calificación

registral de legalidad que comprende no solo los actos claramente ilegales sino los que determinan dudas sobre su eficacia».

B) *La aplicación de las normas de conflicto españolas*

Por ello es coherente y lógico que la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional que le acompaña *«pari passu»*, establezcan como un requisito imprescindible para la inscripción de los documentos públicos extranjeros en los Registros públicos españoles que «el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado». Por tanto, con este precepto se mantiene el citado requisito de la imprescindible validez del acto inscribible y se aclara que el canon normativo material para determinar dicha validez será el determinado por el ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado. Es decir, se aplicarán por el registrador español las normas de conflicto españolas para determinar la ley material aplicable, sea esta la española u otra extranjera, en función de las materias y puntos de conexión señalados por el ordenamiento conflictual patrio.

La solución coincide, por tanto, con la adoptada por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria y por el artículo 36 de su Reglamento que lo desarrolla, en cuanto la remisión que hace al Derecho internacional privado debe entenderse hecha también a las normas de conflicto españolas.

El tema ha sido estudiado también por diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y entre ellas las ya citadas de 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013 y 5 de marzo de 2015, conforme a las cuales el análisis de esta materia debe realizarse por el registrador teniendo en cuenta los distintos aspectos concurrentes bajo el prisma del Derecho Internacional Privado, dada la dispersión de los elementos, personales, reales y formales, de la relación jurídica que da lugar a la mutación jurídico-real inscribible, a los efectos de determinar la legislación aplicable, pues, como ha señalado reiteradamente el Centro Directivo (cfr. por todas la 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).

Prescindiendo ahora de los aspectos relativos a la forma, que han sido analizados con anterioridad, en todos los casos de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes, debe tenerse en cuenta el doble elemento del contrato y de la tradición, y por tanto abordarse el tema desde la doble perspectiva obligacional y real (cfr. art. 609 del Código Civil).

Así, en primer lugar, como señala la resolución de 31 de octubre de 2013, para determinar la ley aplicable al contrato concluido cuando estemos en presen-

cia de un supuesto internacional, 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 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 cual se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009.

Este Reglamento Roma I tiene carácter universal, conforme a su artículo 2, por lo que resulta aplicable aunque el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado miembro o no miembro de la Unión Europea. En el caso particular de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y salvo que las partes 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. 4.1.c en relación con el art. 4.3 del Reglamento Roma I).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, como ha aclarado la Dirección General, que la «*lex contractus*», determinada en la forma señalada, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Este es el caso, por ejemplo, de la capacidad de las personas físicas (*vid. art. 1.2* del Reglamento, sin perjuicio de la doctrina de la «excepción de interés nacional», que recoge en su art. 13). En el mismo sentido el apartado g) del citado artículo 1.2 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento la representación voluntaria y orgánica. Estas exclusiones de la capacidad de las personas físicas y de la representación del ámbito del Reglamento de Roma I supone que el ordenamiento aplicable a estas cuestiones deberá fijarse de acuerdo a las normas de conflicto de cada Estado. Así en el caso de España, respecto de la representación, se aplica el artículo 10, número 11, del Código Civil, y en cuanto a la forma el artículo 11.

Pero no basta con determinar la validez del contrato de acuerdo con la «*lex contractus*» designada por el Reglamento Roma I. Este es solo un estadio de la cuestión. A partir de ahí debe el registrador determinar los aspectos reales de la relación jurídica relativos al modo de constitución o transmisión del derecho real, su contenido y efectos, aspectos todos ellos, como vimos al analizar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011, excluidos del ámbito de la «*lex contractus*». A todos estos aspectos deberá aplicarse la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales, esto es, el artículo 10.1 del Código Civil español, conforme al 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».

Esta ley («*lex rei sitae*») se aplicará al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, al momento de la constitución o transmisión del derecho, al 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, como ha señalado la Dirección General (*vid. resolución de 22 de febrero de 2012*), las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble.

En definitiva, la eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por la ley española, de forma que es nuestro ordenamiento el que se aplica para determinar los requisitos necesarios para considerar válidamente producido el efecto de mutación jurídico-real de que se trate en cada caso (adquisición, modificación, transmisión, extinción del dominio y demás derechos reales) sobre el bien inmueble, lo que implica que el título formal que se pretende inscribir, aunque esté autorizado por un notario extranjero, incluso en el caso de que en sus aspectos obligacionales estuviesen sometidos a un ordenamiento distinto, su eficacia real queda sometida plenamente a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de constitutivo o traslativo del derecho.

C) *La prueba del Derecho extranjero*

La aplicación de la ley material extranjera reclamada en cada caso por la norma de conflicto española (particularmente en sus aspectos personales, obligaciones y formales) plantea el problema de la prueba del contenido y vigencia de dicha Ley.

El Título III de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional regula en los artículos 34 a 36 «*la información del Derecho extranjero*», lo que comprende el texto, vigencia, contenido, sentido y alcance de la norma, jurisprudencia, marco procedimental, organización judicial y cualquier otra información relevante. Cualquier otra autoridad judicial española, así como los notarios y registradores, puede, de oficio y en el marco de sus competencias, requerir esa información de la autoridad central española —el Ministerio de Justicia según el artículo 7— que, por conducto consular o diplomático, la cursará a la autoridad del Estado correspondiente.

Este tema de la prueba del Derecho extranjero es de suma importancia práctica para el funcionamiento diario de muchos Registros (especialmente en las áreas de costa, con gran presencia de extranjeros, cuya nacionalidad o residencia habitual condiciona en muchas ocasiones, como estatuto personal, su régimen económico-matrimonial y sucesorio). En este sentido el enfoque de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es muy restrictivo en el sentido de imponer un régimen muy rígido de prueba del Derecho extranjero.

La Ley distingue entre «prueba» e «información» del Derecho extranjero. Parece que la prueba se circunscribiría al ámbito de los procedimientos judiciales y la información se extiende también al ámbito de procedimientos no judiciales. Pero también en este caso la regulación es rígida pues limita la posibilidad de obtención de dicha «información» a la utilización de un procedimiento que pasa por remitir una solicitud en cada caso a la «Autoridad Central» española para que, a su vez, la remita a las autoridades competentes del Estado requerido, a través de la vía consular o diplomática o a través de las respectiva «Autoridad Central» de dicho Estado (*vid.* arts. 34 y 35).

Este procedimiento, sin embargo, no supone suprimir la posibilidad de acreditar el Derecho extranjero aplicable en el registro a través de informe de Cónsul del país extranjero acreditado en España, o a través de informe de notario español, o a través de conocimiento directo del Registrador, conforme a lo previsto por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que no solo permanece vigente tras la entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, sino que es de aplicación preferente dada la consideración de norma especial que le reconoce la disposición adicional primera de esta Ley, en relación con su artículo 2.

Por tanto, conserva su valor también la doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido sentando en la materia, especialmente detallada desde la resolución de 21 de enero de 2011, conforme a la cual el régimen del citado artículo 36 del Reglamento Hipotecario resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». Según la Dirección General, la enumeración expuesta no contiene un *«numerus clausus»* de medios de prueba. El hecho de que el precepto afirme que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios» mediante estos mecanismos así lo acredita. Asimismo, en el caso concreto de los informes elaborados por cónsules, diplomáticos o funcionarios extranjeros, evidentemente deberán ser considerados como documentos extranjeros, si bien no les serán exigibles los requisitos de legalización y traducción impuestos por los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario para que el registrador pueda hacer uso de ellos en su calificación, ya que tales preceptos se refieren únicamente a los documentos que hayan de ser inscritos. Cuestión distinta será el valor que confiera el Registrador en su tarea calificadora a los documentos que no cumplan tales requisitos.

Por otro lado, igualmente señala la jurisprudencia registral que no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigen-

cia (*vid.*, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país.

Asimismo, la Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, resoluciones de 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). Ahora bien, «la indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquel no sea invocado por las partes». Por tanto, el registrador, a pesar de que el interesado no acredite el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarlo si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá proceder a suspender la inscripción solicitada.

D) *La excepción del orden público y adaptación de la figura extranjera desconocida en España al Derecho español*

Finalmente la letra d) del apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece como contrapunto a la regla de la aplicación de la ley material designada por las normas de conflicto españolas, el requisito adicional de que «la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español».

El orden público se contempla como causa determinante de la denegación del reconocimiento incluso en distintos instrumentos comunitarios de la cooperación jurídica en materia civil y también como motivo de exclusión de la ley aplicable en los Reglamentos Roma I y Roma II. Lógicamente la intervención de la excepción del orden público será más intensa en relación con los supuestos de aplicación de leyes de Estados no miembros de la Unión Europea.

En todos los casos la intervención de esta cláusula de exclusión de la ley extranjera se subordina a la existencia de una manifiesta incompatibilidad con el orden público del Estado del foro. También sucede así en el caso los nuevos instrumentos comunitarios, como el Reglamento de Sucesiones núm. 650/2012 (*vid.* art. 35). La exigencia del carácter manifiesto de tal incompatibilidad apunta a un claro criterio de intervención mínima y de interpretación restrictiva. En

el considerando 58 de este Reglamento se refuerza este criterio restrictivo, al declarar que «Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación». Se trata de un novedoso criterio de delimitación negativa del concepto o extensión del orden público del Estado del foro. Pero también podría emplearse como término de referencia para limitar la aplicación en el territorio de los Estados miembros de ordenamientos extracomunitarios que contengan disposiciones que no respeten los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta de Derechos Fundamentales (v.gr. discriminación por razón de sexo o religión, sin perjuicio de la suavización de la excepción mediante figuras como el orden público atenuado: *vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, de 28 de octubre de 2008).

Finalmente, la invocación del orden público también puede estar basada, en mi opinión, en la imposible adaptación de derechos o instituciones extranjeras por no responder a las exigencias estructurales mínimas de los derechos reales en España (inmediatividad, absolutidad o eficacia *«erga omnes»*, no amortización de la propiedad, causa justificativa suficiente de las limitaciones o gravámenes, libre circulación de los bienes, etc.). Un ejemplo de ello lo encontramos en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 2009, que confirmó la denegación de la inscripción en el Registro de la propiedad español de una escritura por la que se cedía gratuitamente una participación indivisa de un inmueble sito en España al síndico de la quiebra de un ciudadano británico, por considerar que dicha operación no transmitía el dominio, sino una simple titularidad fiduciaria con facultades de representación o de gestión y disposición de derecho ajeno, lo que resulta contrario a principios esenciales y de orden público español en relación con la transmisión del dominio (art. 609 del Código Civil), del régimen de publicidad registral y de las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor (art. 608 del Código Civil).

Este tema de la adaptación de los derechos reales constituidos con arreglo a un ordenamiento extranjero al Derecho interno del Estado en el que se encuentra el bien sobre el que dicho derecho recae ha sido prevista por primera vez en el plano normativo interno por el artículo 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, conforme al cual «Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares,

si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar». Además se prevé que «Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional».

Esta novedosa figura de la «adaptación» está sin duda inspirada en el reciente Reglamento Sucesorio Europeo de 2012 (Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012).

Dos son, pues, los condicionantes y requisitos de la adaptación: 1.^º que resulte posible (lo que ha de entenderse en el sentido de que la adaptación pueda hacerse sin desvirtuar la esencia de la concreta tipología y naturaleza del derecho sometido a adaptación); y 2.^º que exista en el Derecho del Estado miembro en el que se invoque el derecho real desconocido otro derecho real que resulte «equivalente» (lo que deberá entenderse en el sentido de que cumpla la misma función jurídica y económica que el derecho invocado, atendiendo a los objetivos e intereses perseguidos y los efectos producidos por el mismo).

Ambos aspectos aparecen recogidos en el texto del artículo 61, apartado 1, de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. En este sentido merece una crítica positiva. Por el contrario, parece imprecisa la redacción de este precepto en lo relativo a la comunicación que debe realizar el registrador al titular del derecho antes de practicar la inscripción, pues no concreta la finalidad de dicha comunicación, y en particular si permite o no un trámite de alegaciones u oposición, similar al previsto en el artículo 59.2, de la misma Ley. Por su importancia y novedad, este tema de la adaptación requiere un estudio monográfico que excede los límites del presente trabajo.

4. ASIMILACIÓN AL RÉGIMEN DE LOS DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES EN CIERTOS CASOS

El régimen jurídico que venimos comentando previsto para los documentos autorizados por notarios y las resoluciones dictadas autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según la ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales, conforme a lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Se trata de una norma que «bilateraliza» la solución adoptada para el caso inverso que contempla el artículo 11.3 de la misma Ley, según el cual «El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por los órganos judiciales extranjeros será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros

en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda, según esta Ley, al conocimiento de órganos judiciales».

La solución parece lógica pues el régimen previsto en la Ley sobre el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, con causas de denegación tasadas que excluyen la revisión del fondo (*vid. art. 48 de la Ley*), solo se justifica en presencia de resoluciones judiciales por razón de la fuerza constitutiva de la «*res iudicata*», en tanto que en el caso documentos extrajudiciales no concurre dicho fundamento, por lo que los mismos son objeto no de un procedimiento o incidente de «reconocimiento», sino de «aceptación» previo examen completo del mismo, incluyendo la revisión de su validez no solo formal sino también material. Por tanto, la lógica de estas soluciones legales es clara al no dejarse condicionar por el criterio del Derecho extranjero sobre el carácter judicial o extrajudicial del operador o autoridad a quien se atribuya la competencia en cada caso, sino que la determinación de este criterio de competencia, en función de la naturaleza de la materia, en cuanto pueda influir en el régimen de reconocimiento «*versus*» aceptación, queda reservado al Derecho español.

NOTAS

¹ Ley cuya entrada en vigor ha sido nuevamente aplazada en virtud de la redacción dada a su disposición final décima por la Ley 19/2015, de 13 de julio, hasta el 30 de junio de 2017.

² Como criterio general, se puede afirmar que tales requisitos se cumplen por parte del Notariado de los países integrantes de la Unión Internacional del Notario Latino, del que forman parte la mayoría de los Notariados de los países de la UE. Por el contrario, en general los documentos autorizados por Notarios de los países no integrados en la mencionada Unión (los del área anglosajona), no cumplen los requisitos vistos ni producen los efectos equivalentes estudiados.

³ *Vid.* sentencias del TJUE de 24 de mayo de 2011 y de 19 de junio de 2012.

⁴ Así sigue siendo tras la reforma introducida en este precepto por el artículo único. 5 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que le ha dado la siguiente redacción: «*Con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias: a) Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviera domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que este y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado».*

⁵ Esta discrepancia terminológica no se aprecia en las versiones inglesas: Reglamento 650/2012 3.i.ii «*has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose by the Member State of origin*» y en 2.1.c del Reglamento 1215/2012 «(ii) *has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose*». Tampoco en las respectivas versiones en francés: 2.1.c.(ii) Reglamento 1215/2012 ii) *a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilité e à le faire*; y Reglamento 650/2012 3.1.i (ii) *a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilité e à le faire par l'Etat membre d'origine*».

⁶ También en un sentido parecido se pronuncia el artículo 97 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, si bien en este último no se incluye el inciso «y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen».

(Trabajo recibido el 3-11-2015 y aceptado para su publicación el 13-11-2015)