

Acceso al Registro de las escrituras
públicas de adquisición de inmuebles
otorgadas en el extranjero
(Comentario a la sentencia del Pleno
de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo,
de 19 de junio de 2012)

*Registrability of public documents
executed abroad in acquisition of
property ownership
(Commentary on the ruling of 19 June 2012
of the civil division of the supreme court)*

por

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

y

MARTA CASADO ABARQUERO
*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto*

RESUMEN: Tras un largo peregrinaje judicial el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido favorable a la posibilidad de que una compraventa de un inmueble sito en España, formalizada ante notario alemán, por vendedor y

comprador de nacionalidad alemana no residentes en España, una vez cumplimentado el trámite de la apostilla del Convenio de La Haya, tenga acceso al Registro de la Propiedad español. De esta forma, declara la idoneidad de un documento público extranjero para producir determinados efectos jurídicos, concretamente, el Tribunal Supremo le reconoce valor suficiente, por sí solo, como título traslativo del dominio, inscribible en el Registro de la Propiedad español. Aunque adolece de algunas imprecisiones que serán analizadas en el presente estudio, se trata de una resolución aperturista que debe ser valorada muy positivamente.

ABSTRACT: After a long judicial pilgrimage, the Supreme Court has ruled in favor of the access to the Spanish Property Registry of a sale of an immovable placed in Spain, concluded between a seller and a buyer, both German citizens non-resident in Spain, before a German notary. Thus, the Supreme Court declares the ability of a foreign public document to produce some extraterritorial effects by itself. Namely, the Supreme Court has recognized effects enough as translativ title of ownership, registrable in the Spanish Property Registry. Although it suffers from some inaccuracies which will be analyzed in this study, the openness of this resolution should be highly appreciated.

PALABRAS CLAVE: Escritura pública extranjera. Venta de inmuebles situados en España. Efectos extraterritoriales de documentos públicos extranjeros.

KEY WORDS: *Foreign Notary Deed. Real State in Spain. Extraterritorial effects of foreign public documents.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. LOS ARGUMENTOS.—III. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA.—IV. EL ACCESO DEL DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. REQUISITOS DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) *El documento autorizado por el notario extranjero debe ser un documento público.* B) *Las funciones desarrolladas por el notario o funcionario público autorizante extranjero deben ser equivalentes a las desarrolladas por el notario español (Equivalencia de funciones).* C) *El documento público debe cumplir con los requisitos de autenticidad internacional (control de la autenticidad).* D) *El documento público extranjero debe estar traducido a lengua oficial.* E) *El acto o negocio contenido en el documento público debe ser válido (Control de legalidad del acto contenido en el documento).*—V. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

El pleito que dio lugar a la resolución que ahora se comenta tiene su origen en la venta de un apartamento en Tenerife. El inmueble había sido adquirido *pro indiviso* por dos personas de nacionalidad alemana. Uno de ellos, con el consentimiento del otro copropietario, vendió su mitad a un tercero, formalizándose la transmisión en escritura pública otorgada ante fedatario alemán. El problema surgió al intentar inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, pues el registrador denegó dicha pretensión al adquirente por considerar que el documento notarial alemán carecía, a su juicio, de plena fuerza legal en España. La decisión del registrador fue confirmada por la Dirección General de los Registros y el Notariado¹. La Resolución de la DGRN fue, a su vez, impugnada ante los tribunales, quienes se pronunciaron en sentido contrario a la DGRN tanto en primera instancia², como en apelación³. Con la Resolución de 19 de junio de 2012 el Tribunal Supremo confirma lo establecido en las instancias inferiores, anulándose por tanto definitivamente la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005, y poniendo fin a un debate jurídico cuyo núcleo era el de si los documentos extranjeros, por el hecho de ser extranjeros, tenían o no acceso a los registros públicos españoles.

La resolución aperturista del Tribunal Supremo debe ser valorada muy positivamente aunque, como se verá, adolece de algunos defectos que evidencian una imprecisa calificación de los hechos planteados, puesto que el problema que se suscita no es un mero problema de ley aplicable a la forma, regulado por el artículo 11 del Código Civil y 9 del entonces vigente Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La cuestión que en este asunto se plantea entronca directamente con el problema del reconocimiento de eficacia extraterritorial de un documento público extranjero⁴.

Existe, por lo tanto, un claro pronunciamiento favorable a la admisibilidad en el Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros. Además, el Tribunal Supremo mantiene que en los casos en los que la ley rectora del contenido del acto (en este caso, de la transmisión de la propiedad del inmueble) exija una forma solemne, esta debe cumplirse, pero no necesariamente de acuerdo con las exigencias previstas en la ley rectora del contenido, sino de acuerdo con lo establecido en cualquier Derecho, siempre que se trate de una forma equivalente a la exigida por la ley rectora del contenido del acto.

Se trata, en definitiva, de una decisión que acaba con el proteccionismo notarial al rechazar la exclusividad del control de legalidad del acto por parte de los notarios españoles consagrado por la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005, resolución que abocaba a que solamente los notarios españoles pudieran autorizar en documentos públicos un acto regido por el Derecho español.

II. LOS ARGUMENTOS

Los argumentos aducidos en su recurso por el abogado del Estado para negar la inscripción del título presentado se sustentan en dos motivos. En primer lugar, infracción de los artículos 4 LH y 33 RH. Así, alega que de conformidad con el artículo 4 LH, para que los títulos otorgados en país extranjero sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, deben tener fuerza en España con arreglo a las leyes. Según el abogado del Estado, esto implica que deben ser otorgados con las mismas formalidades observadas por el notario español. Sin embargo, entiende —al igual que la DGRN— que estas formalidades y equivalencia no concurren en el caso del notario alemán, puesto que el fedatario alemán no está obligado a informar a los contratantes sobre el Derecho español, ni emite un juicio acerca de que el acto que autoriza es conforme al ordenamiento jurídico español.

En segundo lugar, infracción de los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil, así como del artículo 33 RH. En este sentido, el abogado del Estado esgrime la doble condición de la escritura pública autorizada por notario español, en cuanto que instrumento de un contrato, pero también como título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral según el artículo 33 RH. Sin embargo, en su opinión, el documento alemán solo cumple la primera condición y no tiene efecto traslativo de la propiedad, ni con arreglo al derecho alemán ni al español, puesto que el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales es muy diferente al alemán.

Antes de entrar a analizar los dos motivos de recurso, en su Fundamento de Derecho tercero el Tribunal Supremo realiza una serie de aseveraciones de carácter general que contextualizan los derroteros argumentales por los que va a discurrir el fallo. Sin un análisis exhaustivo y con cierta carencia de rigor, la decisión afirma que el recurso del abogado del Estado contra la sentencia de apelación parte de un entendimiento de la normativa vigente que limita injustificadamente el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea, puesto que la necesidad de intervención en todo caso de notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos. Esta referencia al Derecho comunitario debe ser acogida positivamente, puesto que pone de manifiesto una conciencia europeísta de nuestro más alto tribunal, quien estima que la exigencia de documento público español en la transmisión de inmuebles que radican en nuestro territorio, pese a no ser discriminatoria —puesto que afectaría a españoles y extranjeros por igual— y estar fundada en un interés general (la protección de la seguridad jurídica) puede ser contraria al Derecho comunitario e implicar trabas al tráfico intracomunitario si es desproporcionada. En cualquier caso, esta referencia genérica a la libre prestación de servicios no tiene en cuenta el específico régimen previsto por la legislación europea a la función notarial. Hasta las sentencias del TJUE, de 24 de mayo y 1 de diciembre de 2011⁵, un

sector de la doctrina más clásica había sostenido que los notarios desarrollan actividades revestidas de poder público y que, por lo tanto, están excluidos de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios propias del Derecho de la UE. Numerosos Estados miembros eran de dicha opinión y, en consecuencia, reservaban a sus propios nacionales el acceso a la profesión de notario. La razón de esta exclusión de la función notarial de las libertades comunitarias radicaba en la estrecha conexión existente entre la finalidad del control notarial de la legalidad y los intereses generales del Estado. Descartado por el TJUE que el cuerpo de notarios realice actividades que impliquen el ejercicio del poder público, no cabe duda de que su actividad se incluye en el ámbito material de aplicación de las libertades de circulación de trabajadores, de establecimiento y de prestación de servicios.

No obstante, por lo que a la libertad de servicios se refiere, interesa centrar la atención en la *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior* (también conocida como «Directiva de servicios»⁶), Directiva que suprime las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que afectan especialmente al mercado interior de servicios y obliga a los Estados miembros a identificar y suprimir todos los obstáculos y limitaciones al acceso y ejercicio de la libertad de servicios. Sin embargo, el Tribunal Supremo silencia que el artículo 17.2 de la Directiva establece que la libre prestación de servicios «no se aplicará a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario».

Tras dichos pronunciamientos generales, analiza el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho cuarto, la primera de las infracciones de ley alegadas por el abogado del Estado. Frente a la alegación de que la escritura pública autorizada por un notario alemán carece de fuerza legal en España pues, entre otras razones, el notario alemán no está obligado a controlar aspecto alguno relativo a la titularidad y cargas, certificado del arquitecto y colaboración con las administraciones públicas en materia fiscal y de prevención de blanqueo, afirma el Tribunal Supremo, que dicho argumento «no se ajusta a la necesaria aplicación de las normas del Derecho Internacional español, en cuanto a la remisión a las mismas..., que conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplegar su natural eficacia el contrato de que se trate».

De este modo, el Tribunal Supremo confunde la norma de conflicto aplicable y prima la Ley reguladora de la forma de los contratos sobre la norma de conflicto que fija la ley aplicable a la propiedad y demás derechos reales, obviando cualquier análisis del problema de los efectos extraterritoriales de

un documento público extranjero y de su sustantividad, también regulada por nuestras normas de Derecho Internacional Privado.

En cuanto a la segunda de las infracciones invocadas por la Abogacía del Estado, relativa a los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil, así como al artículo 33 del RH, la sentencia considera que el artículo 11.1 del Código Civil recoge el principio *locus regit actum* y que esta norma conduce de modo natural a los artículos 609 y 1462 del Código Civil, que, junto con otros preceptos como el artículo 1095 del Código Civil, establecen en nuestro Derecho la conocida exigencia de título y modo para transmitir la propiedad. En definitiva, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el artículo 10.1 no constituye un impedimento para que el documento público alemán sea un título inscribible en el Registro de la Propiedad español. Así, si las partes no establecen lo contrario, se entenderá que la propiedad inmueble se ha transferido al otorgarse la escritura pública ante notario, sea alemán o español.

III. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA

El Derecho de la Unión Europea tiene, por el momento, una incidencia nula en la regulación del derecho de propiedad en los Estados miembros. Así, el artículo 345 TFUE (antiguo art. 295 TCE) indica que los Tratados de la UE en nada afectan ni prejuzgan el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Por tanto, mientras no se proceda a armonizar el Derecho de propiedad en la UE —cuestión altamente improbable en un futuro inmediato—, cada Estado miembro tiene libertad para establecer el régimen jurídico que estime más conveniente en relación con la propiedad y con su publicidad.

La prueba más reciente de la nula incidencia del Derecho de la UE sobre el régimen jurídico de la propiedad y su publicidad en los Estados miembros la encontramos en el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁷. En el Considerando 18 se establece que: «*Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria*».

El artículo 10.1 del Código Civil establece que: *La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán*

por la Ley del lugar donde se hallen. De esta forma, circunscribe su ámbito de aplicación material a la duración, efectos y contenido del derecho real, así como a las condiciones de su adquisición, modificación, transmisión, pérdida y extinción o a la publicidad de los actos que afecten a los mismos. El inmueble objeto de la compraventa está situado en España, por lo que no cabe duda de que la transmisión de los derechos reales sobre el mismo se regirá por lo dispuesto en la ley española, siendo irrelevante lo que al respecto establezca la legislación alemana. Por lo tanto, de acuerdo con el Derecho Civil español, la propiedad se transmite *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición* (art. 609 CC), puesto que el sistema traslativo del dominio en nuestro ordenamiento jurídico se ajusta al modelo del título y modo. Sin embargo, cuando la venta se hace en escritura pública no es precisa la entrega real del inmueble porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega (*traditio ficta*). Se plantea en este punto la duda sobre los requisitos o formalidades que debe cumplir este documento público para ser considerado equivalente a una escritura española y, en definitiva, acomodarse a su función de transmisión de la propiedad.

Esta cuestión no tiene nada que ver con la Ley aplicable a la forma de los actos, puesto que surge una vez que se ha determinado la Ley material aplicable al fondo del asunto y a la forma del acto jurídico en cuestión. Constituye una cuestión jurídica material y no conflictual. La Ley material reguladora del supuesto puede exigir que el acto jurídico conste en un documento público y se trata, simplemente, de decidir si tal exigencia queda satisfecha no solo con el otorgamiento de un documento público redactado por las autoridades del Estado cuya Ley material es aplicable, sino con el otorgamiento de un documento público por autoridades de otros Estados.

Este aspecto queda fuera del alcance del artículo 10.1 del Código Civil, aspecto este de gran importancia puesto que la aplicación de una u otra Ley estatal a la forma de cada concreto acto jurídico puede suponer que este sea considerado válido o nulo por motivos formales.

En nuestro ordenamiento jurídico, la norma general de Derecho Internacional Privado que regula la Ley aplicable a la forma de los actos es el artículo 11 del Código Civil. No obstante, a pesar de su pretendido carácter general, existen cuestiones relativas a la forma de los actos o aparentemente relacionadas con ella a las que el artículo 11 del Código Civil no resulta de aplicación. Así, el artículo 11 del Código Civil no regula la forma de las actuaciones procesales⁸, las formas de publicidad de los actos que acceden a Registros Oficiales⁹, las formalidades de los actos administrativos y de Derecho público¹⁰ o las formas habilitantes de los actos jurídicos¹¹.

Además, la aplicación del artículo 11 del Código Civil ha pasado de general a ciertamente residual, puesto que el alcance general de la norma también se ve limitado por la existencia de normas específicas aplicables a la forma de

determinados y concretos actos jurídicos. Es el caso de las cuestiones de forma relativas al tráfico inmobiliario, puesto que todas las cuestiones de forma relativas a los contratos internacionales sobre inmuebles se rigen por el artículo 11 del Reglamento Roma I¹², en cuyo apartado 5 se indica que: «*No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo*».

En cualquier caso, tanto el artículo 11 del Código Civil como el 9 del Convenio de Roma se limitan a regular la validez o eficacia de un contrato desde el punto de vista formal, pero no regulan la eficacia registral de un título, ni los requisitos que deben cumplir para tener acceso al Registro de la Propiedad español.

IV. EL ACCESO DEL DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Registro de la Propiedad español tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Concretamente, se inscribirán los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales o los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales. El debate que suscitan los hechos que dan lugar a la resolución comentada es el de saber si los documentos públicos otorgados ante fedatarios extranjeros pueden acceder al Registro de la Propiedad español, y en su caso, en qué condiciones. En definitiva, se trata de saber si cada vez que el Derecho español exige que un acto o contrato se otorgue en documento público o escritura pública, está exigiendo que se trate de documento intervenido por notario o funcionario español. En otras palabras, podría decirse que la cuestión estriba en decidir si la escritura pública extranjera produce en España el efecto de tipicidad, de modo que puede ser subsumida en la expresión escritura pública o documento público que emplean las normas del Derecho español.

El artículo 1216 del Código Civil indica que son documentos públicos «*los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*». Es obvio que este precepto, así como el artículo 1464.2 del Código Civil que regula la *ficta traditio* del inmueble, se refieren a los documentos autorizados por notarios españoles o por funcionarios

españoles, y que cuando aluden al otorgamiento de escritura pública se refiere implícitamente a la escritura pública española. Sin embargo, negar con base en estos preceptos el acceso al Registro español a los documentos públicos extranjeros es ampliar sin cobertura legal alguna el ámbito de aplicación de estas normas, pensadas y diseñadas exclusivamente para supuestos de tráfico meramente interno.

El TS así parece entenderlo, acogiendo con ello una interpretación que había sido admitida doctrinalmente con varios argumentos¹³. Así, si el legislador hubiera querido exigir el necesario otorgamiento de una escritura pública formalizada ante fedatario público español, lo hubiera exigido de manera expresa, como ha sucedido, por ejemplo, con el artículo 17.1 y 2 del Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España (norma hoy derogada)¹⁴, o como parece que pretendía hacer en la propuesta de Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima que se elaboró en el seno de la Comisión General de Codificación y que no fue recogida en el Proyecto de Ley presentado en el Congreso según la cual se atribuía en exclusiva a los notarios y cónsules españoles la competencia para documentar determinados negocios (compraventa de buques españoles y constitución de hipoteca sobre buques españoles)¹⁵. Además, la apertura del Registro español a las escrituras formalizadas ante fedatarios extranjeros está en armonía con el principio general de eficacia registral en España de los documentos públicos extranjeros consagrado con carácter general en el artículo 36.1.º RH. En este sentido, la STS de 19 de junio de 2012 entiende que si el Registro español está abierto para escrituras y demás documentos públicos otorgados ante fedatarios extranjeros que satisfacen determinados requisitos de legalidad, también debe interpretarse que el concepto de documento público o escritura pública utilizado por la legislación española cubre los documentos públicos otorgados en el extranjero.

Antes de abordar el núcleo central de la cuestión, debe ponerse de manifiesto que la inscripción en el Registro de la Propiedad español carece de efectos constitutivos y es meramente voluntaria. Según el Derecho español, la inscripción en el Registro de la Propiedad español del documento público no es necesaria para que produzca la transmisión de la propiedad entre las partes, pero sí para que despliegue efectos reales frente a terceros. El artículo 1218 del Código Civil establece el efecto probatorio frente a terceros del documento público, en lo que a su otorgamiento, fecha e incluso declaraciones respecta. Pero excluye la eficacia real frente a terceros, que depende directamente de la inscripción registral.

2. REQUISITOS DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La necesidad, condiciones y efectos de la inscripción registral se determinan conforme a la ley española (art. 10.1 CC). Establecido lo anterior, la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad español por parte de los documentos públicos extranjeros está fuera de toda duda, puesto que el artículo 4 LH indica que: «*también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Este artículo es desarrollado por el artículo 36 RH, según el 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*». De esta forma, si las partes pretenden que la escritura pública de transmisión de la propiedad del inmueble, otorgada por notario extranjero, acceda al Registro de la Propiedad español será necesario que tal documento cumpla los requisitos exigidos por la legislación notarial y registral. Así debe tratarse de un documento público, la autoridad extranjera que interviene en la autorización del documento público debe tener atribuciones similares a las que tiene el funcionario público español que autoriza un documento similar, el documento público debe ser auténtico y presentarse debidamente traducido y, finalmente, el acto contenido en el documento debe ser válido.

A) *El documento autorizado por el notario extranjero debe ser un documento público*

El documento extranjero debe ser público, esto es, debe haber sido autorizado por funcionario que sea titular de la función pública en el Estado al que pertenece y dé fe y controle la legalidad de los actos extrajudiciales¹⁶. Y debe, en consecuencia, ser un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se ha otorgado para que el documento pueda ser considerado como documento público. No es necesario que la autoridad pública extranjera haya respetado las concretas formalidades exigidas por la legislación notarial española, puesto que esta normativa no es aplicable a los documentos expedidos por autoridades públicas extranjeras. Estos notarios están sometidos a su legislación notarial nacional y no a la normativa notarial española (*auctor regit actum*).

La intervención de una autoridad o funcionario público en la preparación del documento permite garantizar la identidad de los otorgantes y la fecha del acto, e inexcusablemente asegurar que el control de legalidad del acto en general

se lleva a cabo por un sujeto que tiene atribuida esta función¹⁷. La doctrina del TJUE excluye del concepto de documento público con eficacia extraterritorial ejecutiva los documentos en que el notario interviene con el único objeto de acreditar la veracidad de las firmas o el intercambio del consentimiento, y exige al notario una intervención más constitutiva del acto u fiscalizadora de las condiciones de legalidad¹⁸.

B) *Las funciones desarrolladas por el notario o funcionario público autorizante extranjero deben ser equivalentes a las desarrolladas por el notario español (equivalencia de funciones)*

El Derecho español no niega eficacia a los documentos públicos otorgados en el extranjero. Sin embargo, exige que el documento extranjero sea equivalente al documento público español. Es el conocido requisito de equivalencia de funciones y tiene consagración legal expresa, entre otros, en el artículo 97.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en el que se establecen los requisitos que han de cumplir los documentos extrajudiciales extranjeros para su inscripción, estableciéndose, entre otros, 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 esto es necesario para poder afirmar una equivalencia de efectos jurídicos entre el documento público extranjero y el español. Únicamente cuando se ha acreditado tal equivalencia podrá considerarse que el documento redactado por autoridad extranjera es un documento público a los efectos de la aplicación de la Ley material española.

Se trata de una exigencia de notable importancia que merece ser objeto de un análisis detallado, máxime si tenemos en cuenta que nuestra doctrina científica se encuentra dividida. Precisamente por su carácter controvertido y discutible, sorprende la superficialidad con la que la sentencia del TS, de 19 de junio de 2012, elimina el debate jurídico y minimiza injustificadamente las exigencias de este principio.

En el Derecho notarial existe una clasificación de sistemas notariales que básicamente diferencia entre notariado latino y notariado sajón. La principal diferencia entre ambos estriba en el control de legalidad que ejercen los notarios latinos y la ausencia del mismo en el notariado sajón¹⁹. En los segundos, el notario se limita a constatar la capacidad de los intervinientes y la prestación del consentimiento, sin que exista control de legalidad alguno. Sin embargo, en los sistemas latinos existe un control de la legislación aplicada. En definitiva, se trata de verificar que el documento público extranjero es auténtico; y, en segundo lugar, que el documento público extranjero cumple con las mismas garantías de control de legalidad que un documento público español. Si el documento

otorgado ante fedatario extranjero satisface ese mismo nivel de control de legalidad, las normas españolas que exigen el otorgamiento de documento público verían cumplida su exigencia material. La *ratio* de la norma es respetada. En tal caso, no hay motivo para exigir que el documento público sea autorizado por fedatario español.

En el caso de los documentos públicos de compraventa de inmuebles sitos en España, los notarios españoles controlan los hechos relevantes, tales como la fecha, la identidad de los sujetos otorgantes, la autenticidad y vigencia de los poderes de representación empleados si el compareciente actúa como apoderado de un sujeto principal, etc. Junto a este control de la autenticidad del documento, los notarios españoles deben realizar un *juicio de legalidad civil* del negocio jurídico. La compraventa debe ser válida con arreglo a las leyes, españolas o extranjeras, que resulten aplicables a la misma conforme a las normas españolas de Derecho Internacional Privado. Así, el notario español debe comprobar que concurren los requisitos necesarios para la existencia válida de un contrato de compraventa establecidos por la Ley material que regula dicho contrato. Pero además, dentro de este juicio de legalidad civil, el notario debe controlar otros extremos como, por ejemplo, el de la titularidad del bien inmueble a favor del vendedor en el Registro de la Propiedad español, mediante el acceso, incluso telemático, a dicho Registro; la identificación de la finca, de modo que el notario debe contrastar los datos del Registro de la Propiedad y del Catastro; la acreditación y comprobación de las cargas o gravámenes jurídicos que pesan sobre la finca y que el adquirente debe conocer para que sus expectativas no queden defraudadas; la notificación inexcusable, en su caso, al arrendatario del bien inmueble; la exigencia del certificado del arquitecto en el caso de obra nueva. Y a todo ello debemos añadir el asesoramiento legal del notario a las partes, y en especial, al consumidor. En este sentido, el notario explica los derechos y deberes de los contratantes, así como el contenido del documento de compraventa y en su caso, préstamo hipotecario, y elimina de la redacción final las cláusulas antijurídicas que pudiera haber preparado alguna de las partes. Antes de la firma también el notario procede a la lectura del documento y a la explicación de su contenido fundamental y responde, en su caso, a las cuestiones planteadas por los contratantes y sus asesores. Este juicio de legalidad civil protege intereses particulares, tanto de las partes contratantes como de terceros.

Junto al juicio de legalidad civil, está el *juicio de legalidad pública* del negocio jurídico. El notario debe controlar la legalidad de los aspectos de Derecho Público vinculados al contrato de compraventa del inmueble. Destacan dos de ellos. En cuanto a los *aspectos fiscales*, el notario debe acreditar la correlación entre precio y valor y debe también impedir la evasión fiscal, así como retener parte del precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española. A tal efecto, debe recordarse que solo los notarios españoles pueden colaborar con el fisco español a efectos de evitar fraudes fiscales. Y respecto de la vigilancia

y control del blanqueo de capitales, el notario debe comprobar que el pago del precio se produce de forma ajustada a Derecho mediante la entrega de dinero o efectos de procedencia legal y acreditada. Además, ha de cumplir con las exigencias de comunicación al Registro de Inversiones la información sobre las inversiones y exigir la declaración previa en las inversiones extranjeras en España cuando la titularidad de la inversión procede de un país calificado como paraíso fiscal. Y en el caso de adquisición por extranjero no ciudadano de un Estado miembro de la UE de inmuebles situados en cualquiera de los 1.560 municipios situados en áreas de interés estratégico, deberá exigir la acreditación de la previa autorización del Ministerio de Defensa²⁰. Este juicio de legalidad público protege intereses del Estado, tratando de colaborar con Hacienda y los poderes públicos en la lucha contra el fraude o el blanqueo de dinero.

Pues bien, en este punto un sector doctrinal entiende que si el documento público extranjero de compraventa de inmueble sito en España ha sido autorizado por fedatario extranjero que no ha realizado las mismas funciones que desarrolla un notario español cuando autoriza una escritura de venta de inmueble sito en España, tal documento extranjero no será equivalente a la escritura de compraventa exigida por el Derecho español y, por tanto, no podrá considerarse como una escritura pública de compraventa susceptible de inscripción registral. El notario extranjero no puede realizar el mismo control que lleva a cabo un notario español porque no es un funcionario público español y no dispone de medios técnicos ni legales para practicar el control que sí realiza el notario español²¹. En ningún momento esta corriente doctrinal cuestiona la validez del contrato o la transmisión de la propiedad, puesto que, según ellos, las partes pueden compelerse a otorgar nueva escritura ante notario español si de inscribir en el Registro español se trata. Con esta tesis, los intereses de las partes, de terceros y de los poderes públicos quedan perfectamente salvaguardados en detrimento de la eficacia de los documentos públicos extranjeros.

Pese a todo, no creemos que deba ser esta la interpretación que se tenga que dar a la exigencia de equivalencia de funciones, puesto que se estaría obligando a las partes a otorgar una segunda escritura pública para que el negocio jurídico produzca todos sus efectos. El TJUE ya se ha pronunciado sobre la necesidad de evitar la duplicidad de formas o condiciones exigidas por la legislación de los Estados miembros cuando esta es desproporcionada y no está justificada por razones de interés general²². Por otro lado, tampoco debe olvidarse que el artículo 57 del Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil reconoce al documento público otorgado en otro Estado miembro efectos ejecutivos, en principio de mayor alcance que los efectos registrales²³. Quedarían sin embargo por articular mecanismos que protegieran adecuadamente los intereses en presencia, tanto de terceros como de los poderes públicos y que fueran coherentes con las exigencias de integración del espacio

europeo²⁴. Una vía de solución pudiera ser el traslado del control del cumplimiento de estas condiciones a los registradores, de forma que un documento público que no ha cumplido todas estas condiciones no pueda acceder al Registro de la Propiedad, pero sin obligar a las partes a documentar doblemente el acto ante un notario español²⁵.

El principio de equivalencia de formas exige un documento equivalente, pero no idéntico. Es imposible que el documento notarial alemán sea idéntico al español en cuanto a estructura, menciones y protocolo puesto que el notario alemán aplica su legislación notarial y no la española (*auctor regit actum*).

C) *El documento público debe cumplir con los requisitos de autenticidad internacional (control de la autenticidad)*

El documento público extranjero debe venir acompañado de la legalización (art. 323.2.2.º LEC) o de trámite que lo sustituya, como la apostilla prevista en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. Con ello se garantiza la autenticidad de las firmas y de los sellos del documento, aspectos que la autoridad registral española no podría comprobar con arreglo a sus normas, y se evita el acceso de documentos falsos al Registro de la Propiedad español.

D) *El documento público extranjero debe estar traducido a lengua española oficial*

Según dispone el artículo 37.1.º RH, los documentos no redactados en idioma español podrán ser traducidos por la Oficina de Interpretación de Lenguas o por funcionarios competentes autorizados en virtud de leyes o convenios internacionales, y, en su caso, por un notario, que será quien responda de la fidelidad de la traducción. No obstante, pese al carácter obligatorio de la traducción, el artículo 37 RH *in fine* exime de tal exigencia si el registrador conociere el idioma extranjero de que se trate.

E) *El acto o negocio contenido en el documento público debe ser válido (control de legalidad del acto contenido en el documento)*

Solo acceden al Registro de la Propiedad español documentos que reflejen actos y negocios válidos. Esta validez legal debe controlarse mediante la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado españolas relativas a la capacidad, forma y fondo del negocio, ley que perfectamente puede ser una ley extranjera si así lo establecen las normas de conflictos españolas.

Así, en relación con los hechos que motivan la sentencia objeto de análisis, esto es, en relación con una escritura pública autorizada por notario alemán en Alemania y relativa a la compraventa de un inmueble sito en España, para que la compraventa sea válida las partes deben tener capacidad contractual, según sus leyes nacionales (art. 9.1 CC), la compraventa debe ser válida en cuanto al fondo, según disponga la ley que rige el contrato (arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I) y la forma de dicho contrato debe ser la exigida por cualquiera de las leyes a las que remite el artículo 11 del Reglamento Roma I.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. No obstante, el artículo 36.2 RH facilita la prueba de la ley extranjera y exime de la utilización de estos medios cuando el registrador tuviera conocimiento privado de la legislación extranjera.

V. CONCLUSIONES

1. En la transmisión de bienes inmuebles no deben confundirse los aspectos reales y los contractuales de la misma. La cuestión debe centrarse en establecer las condiciones de validez del título (contrato de compraventa) conforme a la ley que rige el contrato y el modo de transmitir el derecho real. En el caso que aborda la sentencia comentada, el primero de los aspectos se regiría muy probablemente por el Derecho alemán (arts. 3 y 4 del entonces Convenio de Roma), mientras que el segundo quedaría sujeto al Derecho español (art. 10.1 CC).

2. La transmisión de la propiedad de un inmueble situado en España se rige por la ley española, lo que implica que salvo que las partes dispongan lo contrario, la transmisión de la propiedad entre las partes tiene lugar con el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 CC). Esta función traslativa del dominio puede ser cumplida por un documento público otorgado tanto ante un notario español como ante uno extranjero.

3. El documento público extranjero tendrá acceso al Registro de la Propiedad español si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 36 RH. Esto es, debe tratarse de un documento público, la autoridad extranjera que interviene en la autorización del documento público debe tener atribuciones similares a las que tiene el funcionario público español que autoriza un documento similar, el documento público debe ser auténtico y presentarse debidamente traducido y, finalmente, el acto contenido en el documento debe ser válido.

4. Corresponde al Registrador de la Propiedad el verificar si se cumplen las condiciones para que el documento público extranjero pueda ser inscrito en el Registro español.

5. El hecho de que un notario español deba aplicar a la formalización de un documento público la legislación española (*auctor regit actum*) no significa que cuando un acto se encuentra sometido a la ley española en cuanto a la forma deba ser otorgado ante notario español.

NOTAS

¹ Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005.

² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2006.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 22 de noviembre de 2006.

⁴ Como apunta SÁNCHEZ LORENZO, S. («La eficacia extraterritorial de las escrituras públicas de compraventa de inmueble otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *La Ley*, núm. 6425, de 20 de febrero de 2006), los efectos del documento público extranjero pueden clasificarse en la eficacia probatoria del documento en juicio (art. 323 LEC), efectos ejecutivos (art. 57 del Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) y efectos registrales (aptitud como título para practicar una inscripción registral, regulada en los arts. 4 LH y 36 a 38 RH).

⁵ STJUE, de 24 de mayo de 2011, en los recursos por incumplimiento, en los asuntos C-47/08 (Comisión/Bélgica), C-50/08 (Comisión/Francia), C-51/08 (Comisión/Luxemburgo), C-53/08 (Comisión/Austria), C-54/08 (Comisión/Alemania) y C-61/08 (Comisión/Grecia), y de 1 de diciembre de 2011, en el asunto C-157/09 (Comisión/Países Bajos).

⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁷ DOUE de 27 de julio de 2012, L 201/107.

⁸ Las cuestiones relativas a las formas de los actos procesales nada tienen que ver con la forma de los actos jurídicos de carácter privado. En ámbito de un procedimiento judicial es norma generalmente aceptada por los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que el proceso se rige por la Ley del país ante cuyos tribunales se desenvuelve el proceso (*lex fori regit processum*, axioma jurídico recogido en el art. 3 LEC). Tomando esta máxima como punto de partida, se concluye que la forma de las actuaciones procesales seguidas ante nuestros tribunales queda sujeta a la Ley procesal española.

⁹ Los Registros Oficiales son Registros públicos y, por lo tanto, su funcionamiento está regulado por normas de Derecho Administrativo del Estado del que depende el Registro. En consecuencia, las formas de publicidad que ofrecen los Registros públicos, los documentos que pueden acceder a tales registros, el modo en el que las inscripciones se practican, el acceso a la información que brindan tales Registros, etc., son cuestiones reguladas por la Ley del Estado del que depende el Registro.

¹⁰ Estos actos se rigen por el Derecho Administrativo del Estado del que depende el órgano que los dicta.

¹¹ Son aquellas normas que para que un acto pueda ser considerado válido imponen la forzosa intervención de una autoridad pública, cuya función sería completar o suplir la capacidad de algún sujeto en particular. Es el caso de la preceptiva autorización judicial que el tutor precisa para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o para enajenar o gravar bienes inmuebles (art. 271 CC). Son cuestiones reguladas con carácter general en el artículo 9.1 del Código Civil, puesto que no inciden en la forma del acto jurídico sino en la capacidad del sujeto.

¹² Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE*, Ley 177 de 4 de julio de 2008.

¹³ Vid. *Inter alios*: AÑOVEROS TERRADAS, B., «Effects in Spain of a deed of sale and Purchase of a Property, Located in Spain, Authorised by a German Notary Public», en *Yearbook Private International Law*, 2005, vol. 7, págs. 277-282; ARENAS GARCÍA, R., «Denegación de la inscripción de un documento en el Registro de la Propiedad español por el hecho de ser extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, vol. V, págs. 337-349; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «*Traditio* y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», en *La Ley*, núm. 6322, de 20 de septiembre de 2005, D-208, vol. 4, págs. 1585-1589; HEREDIA CERVANTES, I., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, núm. 70 (enero/abril), págs. 122-138; SÁNCHEZ LORENZO, S., *La eficacia registral de las escrituras públicas...*, págs. 1-14.

¹⁴ BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura autorizada por notario alemán: Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012», en *La Ley*, núm. 7940, Sección Doctrina, de 9 de octubre de 2012.

¹⁵ Vid. el texto del proyecto en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 111-1, de 10 de noviembre de 2006.

¹⁶ El TJUE en las sentencias de 24 de mayo de 2011 en los recursos por incumplimiento, en los asuntos C-47/08 (Comisión/Bélgica), C-50/08 (Comisión/Francia), C-51/08 (Comisión/Luxemburgo), C-53/08 (Comisión/Austria), C-54/08 (Comisión/Alemania) y C-61/08 (Comisión/Grecia), así como en la sentencia de 1 de diciembre de 2011, en el asunto C-157/09 (Comisión/Países Bajos) además de anular el requisito de nacionalidad para el ejercicio de la profesión de notario, recalca que el elemento esencial del acto auténtico es la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado y subraya que la obligación de los notarios de autenticar un acto o contrato es «*garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares*», lo que responde a un objetivo de interés general. No obstante, el hecho de actuar en aras de un objetivo de interés general no basta por sí mismo para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público.

¹⁷ El TJUE en su sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-269/1997, *Unibank* establece 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 en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica*».

¹⁸ STJUE de 17 de junio de 1999, asunto C-269/1997, *Unibank*.

¹⁹ Sobre esta clasificación y sus efectos, PAZ-ARES, C., *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1995, págs. 85 y sigs.

²⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Del cándido europeísmo al turismo documental...*

²¹ En este sentido: BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Del cándido europeísmo al turismo documental...* CALVO-CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2011, vol. I, pág. 592.

²² STJUE de 1 de diciembre de 1998, Asunto C-410/2006, *Ambry*; o STJUE de 7 de diciembre de 2004, Asunto C-189/2003, *Comisión c. Países Bajos*, entre otras.

²³ SÁNCHEZ LORENZO, S., *La eficacia extraterritorial (...)*.

²⁴ Los intereses de las partes contratantes no son objeto de tan especial protección, puesto que la elección de un notario extranjero puede implicar una renuncia tácita a los mismos y, salvo las precisiones que son necesarias en contratos de en el que una de las partes tiene la condición de consumidor, la autonomía de la voluntad de las partes debe prevalecer.

²⁵ En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., *Deneg. Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005*.