

II. Resoluciones de la Dirección General

Por RICARDO EGEA IBÁÑEZ y
SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

DOS ESPOSOS FORMALIZAN UN CONVENIO DE SEPARACION Y AUNQUE EL DOCUMENTO, SUSCRITO EN CANADA, NO ES CLARO DEL TODO, AL HABERSE REDACTADO POR TECNICOS EXTRANJEROS, DEBE PREVALECEER LA AUTENTICA VOLUNTAD DE LAS PARTES, INTERPRETANDO TODAS SUS CLAUSULAS, DE DONDE SE DEDUCE QUE LO PRETENDIDO FUE ACORDAR LA LIQUIDACION DE SU SOCIEDAD CONYUGAL (RESOLUCIÓN DE 23 DE JUNIO DE 1988. «BOE» DE 2 DE AGOSTO).

A) *Hechos.*—I. El día 4 de enero de 1983, en Columbia Británica (Canadá), don Antonio Felipe Barrena Lorrio y su esposa, doña María Concepción Gutiérrez de la Verde, formalizaron un convenio de separación (en el que la esposa figura con el nombre de María Concepción Barrena). En dicho convenio, entre otras, se establecen las siguientes cláusulas:

«3. Excepto lo previsto en otro lugar de este convenio, el esposo y la esposa conservarán cada uno de ellos sus propios dineros, ahorros, inversiones, seguro, pensiones o similares que cada una de las partes pueda tener o vaya a tener en su propio nombre, según el caso.

12. El esposo y la esposa por la presente convienen y acuerdan no hipotecar el crédito de la otra parte, y cada una de las partes mantendrá en todo momento libre a la otra parte de toda deuda, obligación y responsabilidad que a partir de ahora puede contraerse o incurrirse, así como de toda acción, actuación, reclamación y demanda, costas, demandas y gastos de cualquier clase con respecto a dichas deudas y responsabilidades, o cualquiera de ellas, y el esposo y la esposa por la presente acuerdan hacer lo necesario y suscribir los seguros que puedan ser necesarios para el cumplimiento de este pacto.

13. Cada una de las partes renuncia, cede y libera a la otra parte de todos los derechos, título e interés en el patrimonio de la otra parte, así como todo derecho a participar, beneficiarse o administrar el patrimonio de la otra parte, y ninguna de las partes iniciará ninguna actuación, bien sea por Ley o en otra forma, contra el patrimonio de la otra, y teniéndose en cuenta además que si el esposo o la esposa falleciesen en vida de la otra parte, todos los bienes, si los hubiere, que de no ser por este pacto

pasarian a la otra parte y pertenecerían a la misma, recaerán por derecho de sucesión a una persona o personas a las cuales dichos bienes habrían sido transmitidos si el esposo y la esposa, y cada uno de ellos, hubiese fallecido sin testar y sin haber contraído matrimonio.

14. Excepto lo estipulado anteriormente en este convenio, la esposa y el esposo por la presente se liberan mutuamente de todo derecho que él o ella pudiera tener para administrar o compartir el patrimonio de la otra parte, y por la presente se relevan de todos los derechos que ella o él pudieran tener en el patrimonio según las estipulaciones de la Ley sobre Modificación de Testamentos y la Ley de Administración de Bienes de la Provincia Columbia Británica.

21. Las partes, y cada una de ellas, expresan, reconocen y acuerdan que los pagos y demás estipulaciones aquí contenidas constituyen una liquidación completa y final de todos los derechos contra la otra parte con respecto a los bienes, patrimonio y manutención de la otra parte, y en particular todos los derechos para una pensión alimenticia provisional y manutención permanente en cualquier acción que cualquiera de las partes pueda entablar contra la otra.»

Con posterioridad, el día 27 de julio de 1983, el señor Barrena compró el apartamento número 31 del edificio sito en Madrid, calle Capitán Haya, número 43, en escritura de dicha fecha ante el Notario recurrente, que se inscribió en el Registro de la Propiedad número 7 de los de Madrid el día 10 de octubre de dicho año. En la comparecencia de esta escritura, el citado señor Barrena manifestó que se encontraba casado, por lo que dicha finca fue inscrita en el mencionado Registro como ganancial de dicho señor y su esposa.

El día 19 de abril de 1985 se presentó demanda de divorcio ante el Tribunal Supremo de Columbia Británica, actuando el esposo como demandante y la esposa como demandada. El citado Tribunal dictó fallo de divorcio condicional, con fecha 28 de junio de 1985, que se transforma en sentencia absoluta de divorcio el día 11 de octubre del mismo año.

Posteriormente, el día 12 de noviembre de 1985, el esposo otorga acta de manifestación, también ante el Notario recurrente, en la que hizo constar que su situación conyugal real no era la de casado propiamente dicha, sino la de separado de cuerpos y bienes, según el convenio suscrito por ambos esposos, citado anteriormente.

Por último, el día 28 de noviembre de 1986, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España dictó auto, concediendo el exequátur a la sentencia de divorcio del Tribunal Supremo de Columbia Británica.

II. Presentada el acta de manifestación antes citada, con la que se adjuntaban otros documentos, en el Registro de la Propiedad número 7 de los de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción a que se refiere el precedente documento, por no constar en el convenio de separación el régimen económico-matrimonial adoptado, ni el régimen de las futuras adquisiciones de don Antonio Felipe Barrena Lorrio y doña María Concepción Gutiérrez de la Verde.—Madrid, 10 de marzo de 1987.—El Registrador, firmado: José Velloso Jiménez».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el derecho aplicable es el español, ya que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española. Que en el documento calificado, el señor Barrena hizo constar que su

situación conyugal real no era la de casado propiamente dicha, sino la de separado de cuerpos y bienes, según el convenio suscrito por ambos esposos el día 4 de enero de 1983. Que la nota de calificación en sí no es nada clara, pues no se sabe si el Registrador pone dos defectos o solamente uno, aunque emplea la conjunción copulativa «ni», impugnándose en todo caso ambos defectos. En realidad es un solo defecto, puesto que determinado el régimen matrimonial aplicable, el régimen de las futuras adquisiciones quedará sujeto a lo que la Ley disponga sobre el nuevo régimen matrimonial. Que las cláusulas 13 y 14 del convenio de separación son suficientemente expresivas para indicar que se ha pactado el régimen de separación de bienes, especialmente cuando el convenio se contempla en su conjunto. En el convenio se pactó liquidación de bienes y se liquidaron minuciosamente los bienes comunes, lo cual se redactó en inglés y en la forma que corresponde a la tradición jurídica de la Columbia Británica (Canadá). Que establecida la cesación de la sociedad conyugal no es preciso pactar ningún régimen especial, puesto que automáticamente entra en vigor el régimen de separación de bienes (art. 1.435, núm. 3, del Código Civil), y entrando en vigor dicho régimen, pertenecen a cada cónyuge los bienes que adquiriera por cualquier título (art. 1.437 del Código Civil). Que, por último, este tipo de inexactitudes registrales comprobables plenamente en virtud de documentos cuya validez no ha sido puesta en duda, se debe rectificar por el Registrador a instancia de parte, conforme declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1978.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que en el acta de manifestación otorgada por el señor Barrera, ya como divorciado de su esposa, el día 12 de noviembre de 1985, pero antes del exequátur del Tribunal español, se solicita se inscriba la finca inscrita con carácter ganancial, adquirida mediante escritura de compraventa el día 27 de julio de 1983, como privativa del mismo, y apoya esta solicitud en el convenio de separación de 4 de enero de 1983, realizado en Columbia Británica (Canadá), que en el momento de la compra se omitió. Que examinado dicho convenio se observa una gran anarquía en su redacción de conjunto, resultando prácticamente todas sus cláusulas ambiguas, genéricas, y omiten la idea fundamental expresada en la nota registral recurrida. Parece que se desprende de la lectura del mismo una voluntad de los esposos de acabar con la vida en común, preparar un divorcio futuro, pero no excluyen una posible reconciliación. Que, por otra parte, en la demanda de divorcio se dice que los esposos formalizaron un contrato de separación por consenso mutuo, por última vez, el día 1 de abril de 1982, antes del convenio de referencia, que lleva la rúbrica de acuerdos de separación y arreglos económicos, y la situación económica se refiere a ingresos y capital de cada cónyuge. Que de todo lo anterior se desprende la idea de que no hay apoyo legal suficiente para solicitar la modificación de la inscripción registral ya practicada. En efecto, nos encontramos con que dicha inscripción reconoce un derecho a favor de dos personas, posteriormente una sola de ellas solicita la inscripción a su favor con carácter privativo y se opina que ello exigiría un documento en el que no hubiera ninguna duda sobre la voluntad de los esposos, sobre su extensión y contenido, requisitos que indudablemente no se dan en el presente caso. Que cabe preguntarse: ¿cómo puede olvidarse una persona al comparecer en una escritura de compra de una circunstancia

tan fundamental como señalar que está separado de su esposa y que hay un acuerdo previo de separación firmado casi siete meses antes de la compra?, y ¿cómo se dejan transcurrir más de dos años desde la compra hasta el acta de manifestación en la que se solicita se modifique la inscripción registral ya practicada y que es posterior al divorcio? Que en relación con el escrito del señor Notario recurrente se hacen las siguientes consideraciones: 1.ª En el acta de manifestación, el señor Barrena manifiesta textualmente que su situación real en la fecha de compra era la de separado de su esposa y solicita se inscriba como bien privativo la finca; por tanto, no es exacto que el citado señor dijera que estaba separado de cuerpo y bienes de su esposa. Ambas expresiones no son idénticas, pues reflejan cada una voluntades distintas. 2.ª La nota de calificación recurrida es clara, contundente y concreta. En efecto, lo que se quiere indicar con los términos expresados en la misma es la falta de voluntad de los esposos en el convenio discutido, de establecer una auténtica separación de bienes, una extinción del régimen matrimonial anterior y, como consecuencia de ello, el régimen de las futuras adquisiciones de los esposos. Parece que los esposos solamente pretenden una solución momentánea y provisional que arregle su crisis matrimonial sin mayor alcance de futuro patrimonial. 3.ª Ni las cláusulas 13 y 14, individualmente consideradas ni en su conjunto con las demás del convenio, permiten asegurar que se ha pactado el régimen de separación de bienes por los esposos. En este punto, hay que precisar que el lenguaje jurídico de cualquier documento ha de ser lo suficientemente preciso y claro para poder interpretar correctamente un determinado acto, aunque el mismo se otorgue en el más apartado lugar, sobre todo teniendo en cuenta que el documento, cuya nota se recurre, se otorga en España, ante un Notario español, se solicita su inscripción en un Registro de la Propiedad español, los interesados son españoles y el Derecho aplicable es el español; además, en el propio convenio se insiste más de una vez que los esposos interesados han sido asesorados debidamente por Abogados y profesionales del Derecho. 4.ª Los artículos 1.435 y 1.437 del Código Civil, invocados por el señor Notario, no tienen nada que ver con el supuesto debatido; además, cita el número 3 del artículo 1.435, que en relación con los artículos 1.392 y 1.393 del mismo Código, se establecen los casos en que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, no dándose ninguno de estos casos en el presente supuesto. 5.ª Se rechaza el término de inexactitudes registrales, pues no hay tales y, por tanto, el Registrador no tiene nada que rectificar. Que, por último, se considera, en virtud de lo establecido en la estipulación 20 del convenio, que no sería tan difícil que la esposa prestara su consentimiento a la modificación registral pretendida.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que en el pacto de intenciones suscrito por los cónyuges no aparece de forma indubitada el convenio de separación de bienes, en los términos previstos en el artículo 1.435, números 1 y 3, del Código Civil. Y, por otra parte, de haberse disuelto no consta su liquidación, conforme a los artículos 1.392 y 1.396 del Código Civil. De ahí que no puede prevalecer la declaración unilateral de un cónyuge para desafectar un bien de la sociedad ganancial, sin el consentimiento expresado u obtenido del otro.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que para liquidar es preciso que la sociedad

de gananciales esté disuelta (art. 1.396 del Código Civil), y la sociedad concluye «de pleno derecho» cuando se convierte un régimen distinto (artículo 1.392 del Código Civil). Así, pues, pactado un régimen distinto, procedería o no la liquidación, que se realizaría de mutuo acuerdo o no, pero el régimen de separación entra automáticamente en vigor (confróntese arts. 1.394 y 1.395 del Código Civil); así que si la sociedad de gananciales estaba disuelta en la fecha que el señor Barrena adquirió, es inoperante que dicha sociedad estuviera liquidada; obsérvese que la liquidación si toma carácter contencioso puede durar años (art. 1.410 del Código Civil) y no es admisible que mientras tanto sigan las adquisiciones de cualquiera de los cónyuges teniendo carácter ganancial. Que la resolución recurrida no es nada clara, habla de un pacto, pero pocas líneas después lo que rechaza es una declaración unilateral. Por otra parte, no dice que no exista convenio de separación, sino que éste no aparece «de forma indubitada». Por tanto, se considera que el único problema de este recurso es puramente terminológico si en el convenio por el que los cónyuges se separan se produce también la separación de bienes. El artículo 4.º de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de los documentos y sentencias extranjeros, y este artículo quedaría inoperante si se exigiera que los documentos extranjeros se atengan a la terminología habitual en España, pues, evidentemente, nunca lo harán; ello es más claro en los documentos anglosajones, que responden a otros conceptos jurídicos. A un jurista británico no le interesa el régimen matrimonial, ya que en ellos no distinguen; a ellos lo que les interesa es en qué casos puede el marido interferir los negocios de su mujer o viceversa. En el documento discutido si se busca la palabra gananciales no aparecerá, porque no la conocen (el diccionario Collins no la menciona), pero en el documento queda claro que ambos cónyuges económicamente quedan desligados el uno del otro.

B) *Resolución*.—La Dirección General acuerda *estimar* el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Para ello se basa en los siguientes

C) *Fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 1.255, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil; 1, 3.º y 4.º, de la Ley Hipotecaria; 117 y 118 del Reglamento Hipotecario, y 266 del Reglamento del Registro Civil.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren las siguientes circunstancias definidoras:

En 27 de julio de 1983, el otorgante del documento ahora calificado compra, por escritura pública, un inmueble, declarando que estaba casado. En virtud de ese título en la inscripción correspondiente se hace constar el carácter ganancial de aquél.

Por acta notarial otorgada en 1985 y presentada en el Registro en 1987, manifiesta que su situación, al tiempo de la adquisición, no es la de casado, sino la de separado, según convenio suscrito entre ambos cónyuges el 4 de enero de 1983, de modo que solicita la inscripción de aquel inmueble como bien privativo suyo.

Presenta con el acta testimonio notarial de la traducción oficial de un convenio suscrito, al parecer, en Canadá, en 4 de enero de 1983, delante de dos Abogados, cuya firma no consta.

El Registrador rechaza esa petición por entender que en el convenio de separación aportado no consta el régimen económico-matrimonial adoptado ni el régimen de las futuras adquisiciones de uno y otro cónyuge.

2. La necesaria concreción del recurso gubernativo y de la resolución que en él se dicte, a las cuestiones directamente relacionadas con la nota impugnada (art. 117 y 118 del Reglamento Hipotecario), impone el análisis exclusivo de las cláusulas del convenio citado, de su preciso alcance y contenido, y en este sentido debe tenerse en cuenta que, aunque por venir redactado por técnicos extranjeros, sus términos no sean los más ajustados al ordenamiento español, la prevalencia de la verdadera voluntad de las partes como elemento rector del proceso interpretativo, en nuestro ordenamiento (art. 1.281 del Código Civil), la valoración conjunta de las cláusulas del contrato (art. 1.285 del Código Civil); el criterio de que las cláusulas contractuales deben entenderse en el sentido más adecuado para su eficacia (art. 1.284 del Código Civil), juntamente con el tenor literal de las cláusulas del aludido convenio de 4 de enero de 1983, en especial los números 3, 13, 14 y 21, permiten afirmar de modo inequívoco que lo pretendido por los otorgantes fue acordar la liquidación, hasta ese día, de su anterior régimen económico y, para el futuro, la separación de personas y la más absoluta separación patrimonial entre ellos desde el momento del otorgamiento y, en consecuencia, no procede mantener el único obstáculo alegado por el Registrador, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento Hipotecario.

D) COMENTARIO.—I. Los hechos cronológicamente se dan así: El 4 de enero de 1983, A. F., marido, y M. C., esposa, otorgan en Canadá (Columbia Británica) un convenio de separación de bienes en la forma que recoge el texto de la resolución citada.

El 27 de junio de 1983, A. F., marido, compra ante Notario en Madrid un piso en dicha ciudad sito en la calle Capitán Haya, número 43. En la comparecencia, A. F., marido, declara que está casado, por lo que se inscribe como ganancial en el Registro de la Propiedad número 7 de Madrid. El 4 de abril de 1985, A. F. presenta demanda de divorcio en Canadá; el correspondiente Tribunal dicta sentencia de divorcio condicional el 20 de junio de 1985, acordando que se transforme en divorcio definitivo el 11 de octubre de 1985.

El 12 de noviembre de 1985, el marido, A. F., otorga ante Notario en Madrid, que, a su vez, es el Notario recurrente, un acta en el que hace constar que su situación actual era la de separación absoluta, según el convenio citado hecho el 4 de enero de 1983 en Canadá (Columbia Británica).

El Registrador deniega la inscripción a que se refiere el precedente documento por no constar en el convenio de separación el régimen económico matrimonial adoptado ni el régimen de las futuras adquisiciones de A. F., marido, y M. C., mujer.

El Notario autorizante interpone recurso gubernativo contra la anterior calificación y alega que el Derecho aplicable es el español, ya que ambos ostentan la nacionalidad española; que en el convenio se pactó la liquidación de bienes y se liquidaron los bienes comunes, lo cual se redactó en inglés y en la forma que corresponde a la tradición jurídica de la Columbia Británica (Canadá); que establecida la cesación de la sociedad conyugal no es preciso pactar ningún régimen económico, puesto que entra en vigor el régimen de separación de bienes (art. 1.435, 3, del Código Civil).

II. Se trata de un documento de sustitución y liquidación de una comunidad conyugal por un convenio de separación de bienes otorgado por A. F., marido, y M. C., su mujer, ambos de nacionalidad española, aunque el documento se ha hecho en Canadá (Columbia Británica), y constituye un documento privado traducido oficialmente, hecho en presencia de dos Abogados y en el que no consta la firma de ellos. Se trata de un supuesto típico de Derecho Internacional Privado y aplicación de las normas de este Derecho, que no aparecen, a nuestro juicio, ni en la nota denegatoria del Registrador, ni en el informe del Notario, ni en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

F. ROZAS (*Tráfico jurídico externo y Derecho Internacional Privado*, página 23) señala que hay que buscar un criterio para distinguir cuándo nos hallamos ante una situación de tráfico jurídico interno o una situación de tráfico jurídico externo donde se aplican las normas del Derecho Internacional Privado. El Código Civil distingue entre normas de tráfico interno, que son todas las del Código Civil, y normas de Derecho Internacional Privado, que son las excepciones (arts. 8-12 del Código Civil). Las características de estas normas residen, según dice ROZAS, en la presencia de un elemento extranjero en la relación jurídica. La jurisprudencia extranjera, dice este autor, reglamenta aquellos hechos que no están conectados con el Estado en todos sus elementos, sino, por el contrario, en la relación jurídica existen determinados elementos de extranjería, que es lo que justifica la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado. Así, en el Código Civil español, en el artículo 9, 2, se dice que las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la última Ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la Ley nacional del marido al tiempo de su celebración; aparece, pues, en la Ley nacional común o en la Ley del marido el elemento de extranjería que hace aplicar la norma Derecho Internacional Privado del artículo 9, 2.

En el supuesto examinado por esta resolución, se trata de un convenio de separación de bienes hecho por dos españoles, pero el lugar del otorgamiento es Canadá. Aparece, por tanto, el elemento extranjero por el lugar donde se ha otorgado dicho convenio y la aplicación en la forma que vamos a exponer del artículo 11 del Código Civil.

La primera calificación que se va a hacer de un documento que se inscribe en el Registro de la Propiedad, es decir, si es un documento público o privado. PÉREZ VERA (*Derecho Internacional Privado*, parte especial, pág. 307), al hablar de la prueba extraprocesal de un documento extranjero, la primera cuestión a resolver en la calificación es si se trata de un documento público o privado. Y en este caso, considera PÉREZ VERA que no cabe aplicar la mecánica de la *lex fori* (art. 12, 1, del Código Civil), ya que ello podría dar lugar a consecuencias difíciles de resolver; en consecuencia, se impone la colaboración y adaptación de los sistemas jurídicos implicados en la cuestión que se va a calificar.

AGUILAR NAVARRO (*Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, página 365) señala cómo en todos los ordenamientos se conoce la distinción entre documentos públicos y privados; los primeros gozan de un régimen privilegiado de autenticidad en la prueba y más aún respecto a ciertos extremos de ellos, como la fecha y la firma. La calificación de un documento como público o privado puede venir dada por la Ley del Estado que ha creado o instituido la autoridad que hace el documento, y, sin embargo, su valor procesal viene dado por la *lex fori*. Dice este

autor que hay que tener en cuenta la Ley bajo la cual se hace el documento con el fin de evitar situaciones difíciles, y en este sentido cita la Sentencia de un Juzgado de Mahón de 13 de octubre de 1980, donde se demostraba la existencia de un matrimonio fundado en un libro oficial expedido en el Registro de Personas de la ciudad de Buenos Aires y que es semejante al Libro de Familia en España.

Estamos ante un documento privado según la calificación de la *lex fori* (art. 12, 1, del Código Civil), ya que se trata de un documento de separación de bienes otorgado por dos españoles en Canadá (Columbia Británica), aunque hemos expuesto la opinión doctrinal de las dificultades que la aplicación estricta de la *lex fori* plantea en los documentos extranjeros.

Este documento privado de separación de bienes se presenta en el Registro de la Propiedad con un acta notarial el 12 de noviembre de 1985; en dicha acta se manifiesta que cuando el 27 de junio de 1983 se compra el apartamento de Madrid, ya se había suscrito con anterioridad el convenio de separación de bienes en Canadá, que tiene fecha 4 de enero de 1983. El acta notarial de 12 de noviembre de 1985 va acompañada del convenio de separación hecho en Canadá, traducido y suscrito por ambos cónyuges; del texto de la resolución se deduce que fue en presencia de dos Abogados cuyas firmas no constan. El problema que se plantea es del valor de este acta notarial de 12 de noviembre de 1985.

El acta de protocolización de un documento privado no transforma dicho documento privado en documento público; después de hecha dicha acta de protocolización, el convenio según calificación de la *lex fori* (artículo 12, 1, del Código Civil) sigue siendo documento privado. El Reglamento Notarial en materia de actas de protocolización distingue:

1.º Documentos públicos autorizados en el extranjero que una vez legalizados en forma podrán ser protocolizados en España, mediante acta que suscribirá el interesado si se hallara presente. En otro caso, bastará la afirmación del Notario de haberle sido entregado el documento a tales efectos (art. 212 del Reglamento Notarial).

2.º Artículo 215 del Reglamento Notarial. Los documentos privados cuyo contenido no sea materia de contrato, podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha; pero se expresa que en tal caso la protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código Civil. La protocolización por medio de acta de un documento privado produce efectos jurídicos respecto del documento, la autenticidad de la fecha (art. 1.227 del Código Civil), pero no transforma un documento privado en documento público. En las actas de protocolización —dice GONZÁLEZ PALOMINO—, la actividad del Notario se limita a recibir el documento y después incorporarlo al protocolo notarial. Como hemos visto, el documento que se presenta en el Registro de la Propiedad es un acta del Notario que da fecha fehaciente a dicho documento extranjero, pero que no convierte el documento privado en público y que, en principio, no debía tener acceso al Registro de la Propiedad porque no cumple los requisitos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, que dice que para que puedan ser inscritos los títulos deberán ser consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico; por otra parte, no se halla en los casos y supuestos que examinamos

de acceso al expresado Registro de la Propiedad de documentos privados (NÚÑEZ LAGOS: *Estudios de Derecho Notarial*, pág. 658. E. GIMÉNEZ ARNAU: *Derecho Notarial*, pág. 767).

Podemos terminar esta cuestión con el valor de la intervención en el documento del *Notary Public*, típico del Derecho anglosajón. El Instituto del Notariado, tal como existe en los países del *Civil Law*, es desconocido en los países del Derecho anglosajón: *Common Law*. En este Derecho, el *Notary Public* tiene una sola misión, la autenticidad de firmas en el documento, en cuya redacción él no participa. Acto formal en el Derecho inglés es el contrato llamado *act under seal*; el *Notary Public* no conserva copia de los documentos a los cuales da autenticidad y su función queda reducida a la mera autenticidad de las firmas. Otra de las funciones del *Notary* son hechas por el *solicitor*, que es un término que tiene difícil traducción en los países del *Civil Law*. El *solicitor*, junto al *barrister*, son las personas sobre las cuales se funda la actividad forense en el Reino Unido. El *solicitor*, sin embargo, tiene una intervención en los llamados *conveyancing*, que indica el complejo procedimiento de transmisión de bienes inmuebles. Todo *solicitor* puede ejercer a la vez de *Notary Public*; no termina esto sin hablar de los *commissioner for oath*, que están autorizados para recibir juramentos o declaraciones juradas *affidavits*.

A este respecto, y en relación con el *Notary Public*, AGUILAR NAVARRO dice que cabe equiparar la función del *Notary Public* a la del Notario español, como se ha hecho en el Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de junio de 1979 (AGUILAR NAVARRO, *obra citada*, pág. 365). Aunque en el convenio citado, objeto de este comentario, tampoco interviene un *Notary Public*, sino solamente aparece, según el texto de la resolución firmado por las partes. Este problema de equiparación entre el *Notary Public* y el Notario francés se ha planteado también en este Derecho: MAYER (*Droit I. Prive*, pág. 288).

III. *Calificación del acto o contrato*.—Determinado si un documento es público o privado, como primera medida para que dicho documento tenga acceso al Registro de la Propiedad (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 10, 1, del Código Civil), que dice que la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles (así como su publicidad), se registrarán por la Ley donde sitúen; hay que calificar el contenido de dicho documento. En todo documento público hay dos conceptos perfectamente diferenciados: el instrumento, ya examinado, y el acto o negocio jurídico contenido en él, que vamos a examinar.

En la calificación de dicho documento, el Registrador no califica el contenido cuando dice que en el convenio de separación no consta el régimen matrimonial adoptado. El Notario, en el acta citada, dice que establecido el convenio de separación de bienes, no es preciso pactar expresamente ningún régimen económico matrimonial, pues éste ya viene dado por el artículo 1.435, 3, del Código Civil, cuando dice que existirá el régimen de separación de bienes cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales, salvo que por voluntad de los interesados fuese sustituido por otro régimen distinto. Para el Notario, el convenio está redactado en inglés, en la forma que corresponde a este territorio, pero no se alega ni se prueba el Derecho extranjero que rige la forma de los actos jurídicos realizados en Canadá (Columbia Británica) (artículo 12, 6, del Código Civil), aunque esta norma se refiera expresamente

a Tribunales y Autoridades. Por otra parte, no parece que haya un informe o aseveración del Notario para acreditar que el convenio se ha hecho bajo la forma jurídica válida en Canadá, según el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. La calificación jurídica del acto o contrato hecha por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que estamos comentando, dice que al convenio citado hay que aplicar la verdadera voluntad de las partes (art. 1.281 del Código Civil), la valoración conjunta de los términos (arts. 1.282 y 1.285 del Código Civil); todo esto permite afirmar de una manera inequívoca que se trata de un convenio que ha pretendido acordar la liquidación del régimen económico matrimonial de ambos cónyuges y pactar para el futuro la separación matrimonial de bienes.

En materia de régimen económico matrimonial, PÉREZ VERA (*Derecho Internacional Privado*, pág. 203) dice que las cuestiones son complejas, ya que existen por medio tres categorías jurídicas diferentes. Hay categorías referentes al derecho personal, a los derechos reales y al derecho de obligaciones; por eso este tema es un auténtico mosaico de legislaciones. Hay que tener en cuenta que en materia de calificación podemos encontrarnos ante unas capitulaciones de liquidación de un régimen de comunidad para pasar a un régimen de separación, y esto se funda en un concepto tan amplio como el que define las capitulaciones matrimoniales en el artículo 1.325 del Código Civil. En las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, sustituir o modificar el régimen económico de su matrimonio o cualquiera otras disposiciones por razón del mismo.

IV. La calificación del convenio reconocido en esta resolución debe ser, a nuestro juicio, un convenio de capitulaciones matrimoniales o bien, sencillamente, unas capitulaciones matrimoniales, ya que de lo que se trata es convertir un régimen de comunidad en un régimen de separación de bienes, calificación que se hace con arreglo a la *lex fori* (art. 12, 1, del Código Civil). La calificación para determinar la norma de conflicto se basa, con arreglo a la Ley española, en la *lex fori*. Se trata de unas capitulaciones matrimoniales que, según el artículo 1.325 del Código Civil, modifica el régimen económico matrimonial, transformando el régimen de comunidad en un régimen de separación de bienes (art. 1.435, 3, del Código Civil). Pero esta relación jurídica así calificada tiene un elemento de extranjería que se ha otorgado en Canadá y esto lleva consigo la aplicación del sistema jurídico del Derecho Internacional Privado (artículo 8, 12, del Código Civil).

CAPACIDAD para otorgar el convenio. En cuanto a la capacidad para modificar este convenio, se rige por la Ley personal de los otorgantes de dicho convenio. Hay que tener en cuenta que los otorgantes, el marido, A. F., y la mujer, C. M., tienen la nacionalidad española y se rigen en cuanto a su capacidad por la Ley española. El artículo 9, 1, del Código Civil dice que la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil. Estamos ante un supuesto de capacidad para otorgar este convenio, y esta capacidad se rige por la Ley española, puesto que españoles son ambos otorgantes.

Respecto a la FORMA, el problema es más complejo. En esta materia aparece el elemento de extranjería, ya que el convenio matrimonial objeto de este recurso está firmado por ambas partes en presencia de dos Abo-

gados cuya firma no consta y es otorgado en Canadá (Columbia Británica). Según UNED (*Derecho Internacional Privado*, tomo II, pág. 125), señala que además del texto general relativo a la forma de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, el artículo 11, 2, del Código Civil dice que si la Ley reguladora del contenido de los actos o contratos exigiere para su validez una determinada forma, será siempre aplicada incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1.327 del Código Civil, para la validez de las capitulaciones matrimoniales habrán de constar en escritura pública; este artículo 1.327, en relación con el 11, 2, determina que el convenio de capitulaciones matrimoniales es nulo por haberse otorgado en Canadá sin ninguna formalidad y con arreglo a los artículos 1.327 y 11, 2, del Código Civil. Por otra parte, ni en el informe del Notario, ni en el del Registrador, ni en el texto de la resolución, se hace ninguna referencia a la forma de los actos y contratos, en este caso capitulaciones matrimoniales hechas en Canadá según su legislación, que hubiese supuesto la aplicación del artículo 11, 1, del Código Civil.

Para PÉREZ VERA, se trata de hallar un correctivo a estas situaciones, ya que si se exige en el Derecho español la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad, hay que buscar en el Derecho extranjero la equivalencia de sus instituciones semejantes a las nuestras, que son las que han sido citadas. Se trata de encontrar en el Derecho extranjero niveles razonables de certeza acerca de la identidad de las partes y de la fecha del acto, con el fin de evitar las consecuencias que suponen la aplicación estricta de la Ley española, como ocurre en este caso, ya que la aplicación del artículo 11, 2, del Código Civil, en relación con el 1.327, lleva consigo la nulidad de un convenio de separación de bienes, o sea, unas capitulaciones matrimoniales hechas en documento privado.

En este sentido, el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 dice, en su artículo 12, que el contrato matrimonial es válido en cuanto a la forma, tanto si ella responde a la Ley interna aplicable al régimen matrimonial o si responde a la forma del lugar donde se ha otorgado el contrato. Este contrato debe ser hecho siempre por escrito, firmado y fechado por los esposos.

Pero es que además de las leyes de forma aplicables al convenio reguladas en el artículo 11 del Código Civil, este documento fue inscrito en el Registro de la Propiedad. Además del artículo 11 había de aplicarse el artículo 10, 1, del Código Civil, que dice que la posesión, la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su PUBLICIDAD, se aplica la Ley del lugar donde se hallan. En relación con su publicidad, los títulos para ingresar en el Registro de la Propiedad, según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, deben constar en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriben los Reglamentos. Está claro la no aplicación de esta norma (art. 10, 1, del Código Civil), en cuanto ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad un documento privado. Hay que tener en cuenta que, como excepción a la regla del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, hay una serie de documentos privados que tienen acceso al Registro de la Propiedad, como son notificación de documentos privados (art. 20 de la Ley Hipotecaria), anotación de créditos refaccionarios (art. 55 de la Ley Hipotecaria), cancelación de anotación preventiva (art. 103 de la Ley Hipotecaria), anotaciones preventivas que

tienen acceso al Registro de la Propiedad (art. 166, 11, del Reglamento Hipotecario), las anotaciones preventivas a que se refiere el artículo 172, 2, del Reglamento Hipotecario, solicitudes privadas de cancelación (artículo 208, 2, del Reglamento Hipotecario), pero en ninguno de estos casos está el supuesto de que trata esta resolución, que es, en definitiva, una modificación del régimen económico de comunidad de bienes, que pasa a ser un régimen de separación y que cabe considerarlo como unas capitulaciones matrimoniales. De ahí las dificultades que vemos del acceso de este documento al Registro de la Propiedad, no sólo por los defectos de forma (arts. 11, 2, y 1.327 del Código Civil), sino por la aplicación de la normativa que rige el Registro de la Propiedad sobre la base del artículo 10, 1, del Código Civil. Principio de publicidad que se aplica por la Ley del lugar donde se hallan los bienes inmuebles; en este caso, se trata de un piso adquirido en Madrid.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

- *SE CONSIDERA INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA CLAUSULA ESTATUTARIA POR LA QUE SE PROHIBE A LOS SOCIOS, MIENTRAS LO SEAN, DEDICARSE A LAS ACTIVIDADES QUE CONSTITUYEN EL OBJETO SOCIAL.*
- *EN CAMBIO, NO SE ADMITE EL SOMETIMIENTO DE LOS ACCIONISTAS A LA JURISDICCION TAN SOLO DE LOS JUZGADOS DE MADRID, CON EXCLUSION DE CUALQUIER OTRO FUERO, PORQUE EL ARTICULO 70, 2.º, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS ES DE DERECHO NECESARIO Y NO PERMITE LA TRANSACCION.*
(RESOLUCIÓN DE 26 DE JULIO DE 1988. «BOE» DE 20 DE AGOSTO).

A) *Hechos.*—I. El día 24 de septiembre de 1987, el Notario de Valdemoro, don José Ramón Antón Riesco, autorizó escritura de constitución de la Compañía Mercantil «Sanrese, S. A.». Los artículos 10, 32 y 33 de los Estatutos de dicha Sociedad establecen lo siguiente:

Art. 10. La acción confiere a su titular la condición de socio y le atribuye, entre otros, los derechos a la participación en las ganancias y en el patrimonio en caso de liquidación de la Sociedad, el de preferente suscripción en la emisión de nuevas acciones por aumento de capital, el de asistir y votar en las juntas generales, el de impugnar y pedir la nulidad de los acuerdos sociales y el de exigir la responsabilidad de los administradores.

Queda prohibido a los socios dedicarse fuera de la Sociedad a las actividades que constituyan el objeto social durante el tiempo que dure su calidad de socios.

Art. 32. Las cuestiones que se susciten entre la Sociedad y uno o más accionistas, o entre éstos como tales, serán resueltas con arreglo a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 67 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Art. 33. Los accionistas se someten expresamente a la jurisdicción del Juzgado de Madrid y concordantes, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles.