

FORMA DE LAS ESCRITURAS SOBRE DERECHOS REALES: ACEPTACIÓN DE TÍTULOS NOTARIALES EXTRANJEROS

Rafael ARENAS GARCÍA *

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS REALES Y TRÁFICO INTERNACIONAL: 1. Calificación y cuestión previa. 2. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. II. DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS EXTRANJEROS: 1. Los diferentes tipos de documentos en el tráfico internacional. 2. Reconocimiento y DIPr español. III. RECONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO Y RECONOCIMIENTO DEL CONTENIDO DEL DOCUMENTO: 1. Técnica conflictual y método de reconocimiento. 2. El problema de la adaptación. IV. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES, REGISTRO Y DOCUMENTOS EXTRANJEROS: 1. Registro y transmisión de los derechos reales. 2. Documentos notariales extranjeros y UE. 3. Juicio de legalidad y control de legalidad. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La eficacia en España de documentos notariales extranjeros con transcendencia real se ha convertido en un tema clásico en nuestra práctica y también en la doctrina. El debate se plantea de una forma muy simple: ¿es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad español el cambio de titularidad en un bien sobre la base de un documento notarial extranjero? Obviamente, se tratará de un documento notarial relativo a un inmueble sito en España, puesto que la competencia del Registro de la Propiedad de nuestro país se limita a aquellos bienes inmuebles situados en territorio español¹. Hace casi 20 años este problema motivó varias decisiones de los tribunales españoles que llevaron a la importante sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012² que admitía el acceso de documentos notariales extranjeros al Registro de la Propiedad español³.

* Catedrático de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona (rafael.arenas@uab.cat).

¹ El artículo 1 de la Ley Hipotecaria establece que las inscripciones o anotaciones que se realicen en el Registro de la Propiedad en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se practicarán en el Registro en cuya circunscripción radiquen los inmuebles; lo que excluye el acceso al Registro de los derechos relativos a inmuebles que radiquen fuera de España.

² STS (Sala de lo Civil) de 19 de junio de 2012, ECLI:ES:TS:2012:5354.

³ Me ocupé de esa decisión y del caso en el que se insertaba en ARENAS GARCÍA, Rafael, “Acceso de documentos públicos extranjeros al Registro de la Propiedad español”, en FONT I MAS, Maria (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, JMB Bosch, 2014, pp. 359-384. *Vid.* también BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “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”, *La Ley*, 9-X-2012.

Tras esta decisión, se han producido modificaciones legales (Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV⁴ y Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Material Civil, en adelante LCJIMC⁵), además de varias decisiones del Tribunal de Luxemburgo con relevancia para este tema; entre otras circunstancias que aconsejan volver sobre este tema.

En las páginas que seguirán, se abordará el tratamiento de los derechos reales en el DIPr, con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la materia. De ahí pasaremos a examinar en qué forma la distinción entre documentos privados y documentos públicos es relevante para la circulación internacional de los instrumentos y cómo se trata esta circulación en la regulación española. Para ello deberemos incidir en la distinción entre reconocimiento del documento y eficacia del contenido del documento, a la luz de las previsiones del DIPr en la materia. Finalmente, se abordará la relación entre circulación de documentos notariales y transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España. Será necesario volver sobre cuestiones que parecían cerradas tras la mencionada Sentencia del TS del año 2012, pero que precisan matizaciones y concreciones, así como que se de respuesta a preguntas que aún quedan abiertas. Como veremos, las diferencias entre los distintos sistemas de transmisión de los derechos reales (a través de la unión de título y modo -como sucede en España- o mediante un acuerdo abstracto de traslación de la propiedad -Alemania- o sin necesidad de modo, a través de la perfección del contrato de compraventa, como sucede en Francia) incidirá en la resolución del problema que nos ocupa.

II. DERECHOS REALES Y TRÁFICO INTERNACIONAL

1. Calificación y cuestión previa

No es sencillo delimitar el concepto de derecho real, y menos aprehender el sentido que tiene la distinción entre derechos reales y obligacionales, así como el fin que cumplen unos y otros. Tal y como veremos, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que ha abordado la cuestión no ha podido evitar las tautologías, sin que haya podido resolver de manera convincente las dudas que se plantean a la hora de calificar determinadas acciones como reales. El origen del concepto en el Derecho romano se encuentra condicionado por

⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE*, 1-III-2015.

⁵ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE*, 31-VII-2015.

su proyección sobre las relaciones de esclavitud; hasta el punto de que se ha defendido que no es que se proyectara sobre las personas la configuración de los derechos “reales” sobre las cosas; sino que, precisamente, el concepto de derecho real nace para explicar el sometimiento de una persona (el esclavo) a otra (el amo), proyectándose con posterioridad el concepto sobre las cosas. Esto es, la *res* del Derecho romano no sería originalmente la cosa; sino que sería el concepto que se reservaría a la posición particular en la que se encuentra una persona sometida a esclavitud. De esta forma, la sorpresa que los estudiantes de secundaria experimentan cuando se les dice que en la antigüedad se consideraba a las personas como cosas se atenúa bastante. No es que se considerara a las personas (los esclavos) como cosas; sino que la posición jurídica en la que se encuentra el esclavo frente a su dueño fue el molde sobre el que se construyó el concepto de derecho real, pasando a proyectarse a las cosas (en el sentido en el que hoy utilizamos ese término) y olvidándonos de que en su origen, el derecho real no establecía una relación entre una persona y una cosa, sino, como en el caso del derecho de obligaciones, también una relación entre dos personas, aunque en este caso una de ellas careciera completamente de derechos respecto a la otra⁶.

Sea como fuere, la identificación de lo que sea un derecho real plantea dificultades a partir de su naturaleza, lo que en los diferentes Derechos se atenúa por la existencia de un catálogo de derechos reales que evita tener que descender a la naturaleza jurídica. Ahora bien, en los casos que presentan conexiones con diferentes ordenamientos, este recurso a los catálogos de derechos reales es insuficiente, puesto que de lo que se tratará es de determinar si lo que en un determinado Derecho se considera como un derecho real es equivalente a lo que en otro ordenamiento se entiende que es un derecho real, para lo que, inevitablemente, deberemos adentrarnos en su naturaleza jurídica. Como en toda tarea de calificación, se hace necesario identificar el concepto que servirá de parámetro para tal operación, lo que exige interpretar qué se entiende por derecho real. Esta misma tarea ha de hacerse cuando se trata de aplicar instrumentos internacionales, ya que cuando en estos se utiliza el concepto “derecho real” deberemos dotarle de un sentido que luego deberá

⁶ Puede consultarse esta perspectiva en GRAEBER, David, *En deuda. Una historia alternativa de la economía* (trad. por ANDREANO WEYLAND, Joan de *Debt: The First 5.000 Years*, Melville House Publishing, Nueva York, 2011), Ariel, Barcelona, 2020, pp. 287-289, con cita de PATTERSON, Orlando, *Slavery and Social Death: A Comparative Study*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 31. Para una visión crítica sobre el planteamiento de Patterson, *vid.* LEWIS, David M., “Orlando Patterson, Property, and Ancient Slavery”, en BODEL, John/SCHIEDEL, Walter (eds.), *On Human Bondage: After Slavery and Social Death*, Chichester (Inglaterra), Wiley Blackwell, 2017, <https://doi-org.are.uab.cat/10.1002/9781119162544.ch2>.

proyectarse sobre los distintos supuestos posibles. Como veremos en el siguiente epígrafe, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que abordar esta cuestión en varias decisiones, que nos permiten identificar las dificultades que plantea la concreción de un concepto de derecho real que resulte útil para los supuestos conectados con más de un ordenamiento jurídico.

La calificación, sin embargo, no agota las dificultades específicas que plantean en el tráfico internacional los derechos reales. También es necesario referirse a la cuestión previa. Esta, la cuestión previa, no se limita al problema que nos ocupa y ni siquiera es específica del DIPr; pero en esta rama del ordenamiento presenta problemas particulares, tal y como veremos inmediatamente.

En principio, en cualquier problema jurídico que haya de ser resuelto puede resultar necesario pronunciarse con carácter previo sobre otra cuestión jurídica que, en otras circunstancias, podría ser resuelta de manera autónoma. Así, debiendo pronunciarse sobre quiénes tienen derechos hereditarios, podría ser necesario con carácter previo determinar la filiación de quien pretende ser hijo del causante o la validez del matrimonio con éste de quien alega ser su cónyuge viudo. En estos casos nos encontramos con una cuestión principal (sucesoria) y con una cuestión previa (filiación o validez del matrimonio).

En la transmisión de los derechos reales también pueden plantearse estas cuestiones previas. Así, en aquellos casos en los que la transmisión precisa la celebración de un contrato, la validez de dicho contrato puede constituirse en cuestión previa respecto a una principal sobre la titularidad del bien. Si se discute sobre quién es el propietario de un inmueble (cuestión principal) podría ser necesario resolver con carácter previo sobre la validez del contrato de compraventa que ha servido de título para la transmisión, siendo aquí dicha validez del contrato una cuestión previa respecto a la principal.

En supuestos conectados con más de un ordenamiento, puede suceder que Derechos diferentes rijan estas dos cuestiones. Así, en lo que se refiere a la regulación de la transmisión del bien, si se trata de un bien que se encuentra en España, será el Derecho español el que determine los requisitos para la transmisión del derecho real; ahora bien, si uno de los requisitos para la transmisión es la válida conclusión de un contrato de compraventa, y se discute sobre la validez de dicho contrato, la determinación de la misma (cuestión previa respecto a la principal de la titularidad del bien) se determinará por el Derecho rector del contrato, que puede ser un Derecho diferente del español, debiendo aplicarse, en principio, el Reglamento Roma I para la determinación de dicho Derecho rector del contrato. De esta forma, no hay nada que impida que el contrato de

compraventa de un bien inmueble situado en España se rija por un Derecho diferente del Derecho español, si bien la transmisión de la propiedad del bien sí que estará siempre sujeta a lo que establezca el Derecho español, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.1 CC, que prevé que los derechos reales se regirán por el Derecho del lugar de situación del bien. Deberemos volver más adelante sobre esta idea.

2. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo

El Tribunal de Luxemburgo ha tenido que abordar la interpretación del concepto “derecho real” en el marco de la interpretación del art. 24 del Reglamento 1215/2012 y sus antecedentes, con el fin de determinar si una determinada acción entraba o no en la competencia exclusiva que regula dicho precepto. La sentencia más reciente que se ha ocupado de este precepto es *Ellmes Property Services Limited*⁷. En ella se trataba de interpretar si una acción por la que un propietario en régimen de propiedad horizontal pretendía prohibir a otro propietario la modificación de un elemento privativo debía ser considerada como una acción real.

Más allá de la resolución del caso, a los efectos que aquí nos ocupan, interesa destacar que el Tribunal recuerda que el concepto de derecho real debe interpretarse de manera autónoma⁸, indicando que la diferencia entre el derecho real y el personal es que el primero grava un bien corporal y surte efectos frente a todos, mientras que el personal solamente puede invocarse frente al deudor⁹. La diferenciación puede parecer evidente; pero en la práctica se pueden plantear dificultades, puesto que, en última instancia, también los derechos que surgen de obligaciones personales pueden ser exigidos frente a personas diferentes de las que se comprometieron inicialmente, pero que se colocan en la posición del obligado inicialmente. Y en ocasiones, el contenido del derecho real es fruto

⁷ STJ (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C-433/19, ECLI:EU:C:2020:900.

⁸ *Vid.* el núm. 23 de la Sentencia.

⁹ *Vid.* el núm. 26 de la Sentencia, con cita de la Sentencia *Schmidt* [STJ (Sala Segunda) de 16 de noviembre de 2016, *Wolfgang Schmidt y Christiane Schmidt*, C-417/15, ECLI:EU:C:2016:881]; que, a su vez, cita la Sentencia *Komu* [STJ (Sala Séptima) de 17 de diciembre de 2015, *Virpi Komu y otros c. Pekka Komu y Jelena Komu*, C-605/14, ECLI:EU:C:2015:833]; ésta a la Sentencia *Weber* [STJ (Sala Tercera) de 3 de abril de 2014, *Irmengard Weber c. Mechthilde Weber*, C-438/12, ECLI:EU:C:2012:212] y ésta, a su vez, el Auto *Gaillard* [ATJ (Sala Sexta) de 5 de abril de 2001, *Richard Gaillard c. Alaya Chekili*, C-518/99, ECLI:EU:C:2001:209], que se remite a la Sentencia *Lieber* [STJ (Sala Quinta) de 9 de junio de 1994, *Norbert Lieber c. Willi S. Göbel y Siegrid Göbel*, C-292/13, ECLI:EU:C:1994:241]. Basándose todas estas decisiones, en última instancia, en lo que se indica en el “Informe Schlosser” (DO, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, núm. 166)

de un acuerdo o viene condicionado por un acuerdo. En el caso *Ellmes Property Services Limited* era necesario determinar si la acción en la que se exigía que quien era propietario en régimen de propiedad horizontal no diera al inmueble un uso diferente al que resultaba del documento de constitución de dicha propiedad horizontal tenía o no carácter real; para lo que habría que determinar si el derecho a que el resto de propietarios diera a sus inmuebles el uso pactado era una dimensión del derecho de propiedad o surgía del compromiso de quienes habían creado la comunidad de propietarios. En la sentencia *Ellmes* el Tribunal de Justicia concluye que serán los tribunales nacionales los que deberán determinar si, de acuerdo con su Derecho, la acción puede dirigirse contra cualquiera o solamente frente a aquellos que están vinculados por los estatutos de la comunidad de propietarios¹⁰.

De acuerdo con esto, por tanto, al menos cuando se aplique Derecho de la UE, deberemos entender que nos encontramos ante un derecho real cuando éste puede ser alegado por su titular frente a cualquier persona que utilice o pretenda la utilización del bien objeto del derecho. En algunos casos será más sencillo identificar el carácter real del derecho y de la acción que se ejercita (una acción reivindicatoria basada en la propiedad de un inmueble, por ejemplo); mientras que en otros pueden plantearse más dudas. Así, como se acaba de ver, incluso respecto al derecho de propiedad, cuando la acción no pretenda la garantía del uso de la cosa objeto del derecho real, sino algo diferente¹¹. En lo que se refiere a otros derechos distintos del de propiedad será preciso determinar si en ellos se aprecia esa vinculación entre terceros y titular del derecho a través del bien objeto del mismo, que es, como hemos visto, elemento distintivo de los derechos reales. En este sentido, el derecho de propiedad se presenta como el modelo de derecho real, del que el resto son, de alguna manera, limitaciones o matizaciones. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es muestra de ello, cuando afirma que las acciones sobre derechos reales inmobiliarios a las que se refiere el art. 24.1 del Reglamento 1215/2012 son aquellas “que tienen por objeto, por una parte, determinar el alcance, la consistencia, la propiedad y la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes

¹⁰ Vid. núm. 33 de la sentencia.

¹¹ Tal y como sucedía en el caso *Ellmes*, en el que el dueño lo que pretendía era que otro propietario ajustara la utilización de su bien a lo que resultaba de los estatutos de creación de la propiedad horizontal. Me remito para un comentario más amplio de este tema a ARENAS GARCÍA, Rafael, “Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia contractual en la jurisprudencia del TJ”, *La Ley Unión Europea*, 2021, vol. IX, núm. 89, pp. 56-79.

y, por otra, garantizar a los titulares de tales derechos la protección de las prerrogativas que les atribuye su título¹².

En cualquier caso, se hace necesario profundizar en esta caracterización de los derechos reales desde una perspectiva comparada y, especialmente, europea, teniendo en cuenta, además, el cierto valor simbólico que tiene atribuir a un derecho la condición de derecho real, me remito para ello a la contribución, en este mismo volumen, de Elena Lauroba¹³.

II. DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS EXTRANJEROS

1. Los diferentes tipos de documentos en el tráfico internacional

La categoría “documentos” incluye una variedad enorme de escritos (incluidos, por supuesto, aquellos en formato electrónico) que incluyen afirmaciones o declaraciones, tanto por parte de una persona como varias. Tan documento es el que recoge una sentencia judicial como una escritura notarial de compraventa, un testamento hológrafo, un acta de notoriedad, el papel en el que un grupo de amigos reflejan las reglas de su peña de quinielas o, incluso, la hoja de libreta escolar en la que se juran amor eterno dos adolescentes. Obviamente, sin embargo, no todos estos documentos tienen el mismo régimen y, tanto en el tráfico interno como en el internacional, es esencial distinguir entre documentos privados y documentos públicos¹⁴. Los primeros son obra de particulares, mientras que los segundos han sido redactados por una autoridad pública ejerciendo como tal y según las formalidades previstas en su Derecho¹⁵.

¹² Vid. núm. 24 de la sentencia *Ellmes*, núm. 44 de la sentencia *Reitbauer y otros* [STJ (Sala Primera) de 10 de julio de 2019, *Norbert Reitbauer y otros c. Ernico Casamassima*, C-/22/17, ECLI:EU:C:2019:577]; y núm. 42 de la sentencia *Weber*, núm. 26 de la sentencia *Komu* y núm. 30 de la sentencia *Schmidt*, ya citadas (*supra* n. núm. 9).

¹³ LAUROBA LACASA, Elena, “Panorama de derechos reales en los Estados miembros de la UE: una transformación continua y discreta”, XXXX.

¹⁴ En ocasiones, también se diferencia entre documentos públicos y documentos oficiales, *vid.* FONT I MAS, Maria, “Lliçó 6. Documents públics estrangers”, en FONT, Albert/FONTANELLES, Josep Maria/GARDEÑES, Miguel/GARRIGA, Georgina, *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 147-163, p. 150.

¹⁵ Art. 1216 CC. Esta distinción tradicional en la actualidad responde también al concepto autónomo de documento público que se maneja en la UE. *Vid.* FONT I MAS, Maria, *loc. cit.*, p. 151. El art. 43.e) de la LCJIMC define documento público (a los efectos del Título V de la Ley) como 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 establecido por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin”. La definición es la que utiliza la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, *cf.* IGLESIAS BUHIGUES, José Luis, “Artículo 43. Definiciones”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando Pedro/PALAO MORENO, Guillermo (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanc/Registradores de España, 2017, pp. 468-476, p. 475. Sobre la distinción entre documento público y documento auténtico, *vid.* NOGUEROLLES PEIRÓ, Nicolás,

La distinción es relevante, porque los primeros no se conectan de manera inmediata con ningún ordenamiento jurídico específico, mientras que los segundos sí, en concreto con el ordenamiento de la autoridad que emite el documento. De esta forma, en los documentos públicos puede distinguirse entre documentos nacionales y extranjeros; mientras que esta distinción no tiene sentido respecto a los documentos privados. Un documento privado no se vincula de manera especial con ningún ordenamiento jurídico y, por tanto, la única cuestión que deberemos determinar respecto a él es si la forma en que se ha adoptado es suficiente en función del contenido, y de acuerdo con la ley que rija la forma de los actos según el DIPr que tomemos como referencia para juzgar el caso. En los documentos públicos, sin embargo, antes de entrar a valorar el contenido del documento es preciso determinar si se le atribuye la condición de documento público. Obviamente, desde la perspectiva del DIPr de la autoridad que ha producido el documento este deberá considerarse como público en el caso de que se haya producido válidamente; pero si el documento ha sido producido por una autoridad extranjera, entonces no bastará con constatar que ha sido válidamente formulado por dicha autoridad extranjera, sino que deberá examinarse si se acepta su condición de documento público en el ordenamiento que tomamos como referencia; lo que exigirá, como veremos inmediatamente, determinar si puede ser equivalente a los documentos públicos del Estado en el que se quiere que despliegue efectos el documento. En función del caso, puede determinarse la equivalencia con un documento público, entendido como categoría genérica, o, en otros casos, dicha equivalencia deberá predicarse de un específico tipo de documento. Por ejemplo, una escritura notarial.

Cada Estado puede regular de una manera diferente la aceptación de documentos públicos extranjeros en su sistema. En el siguiente epígrafe examinaremos el régimen de reconocimiento en el DIPr a la luz de la práctica y de la regulación existentes.

Antes de pasar a esto, sin embargo, conviene insistir en que todavía no hemos entrado a examinar el contenido del documento, sino que estamos tan solo valorando si el documento puede ser considerado como público a la luz de un ordenamiento diferente de aquél en el que se produjo. La distinción entre reconocimiento del documento y del contenido del documento es esencial para el problema que nos ocupa.

2. Reconocimiento y DIPr español

“Artículo 60. Inscripción de documentos públicos extranjeros”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando Pedro/PALAO MORENO, Guillermo (dirs.), *op. cit.*, pp. 735-775, p. 737.

El Derecho español parte, para la aceptación de los documentos públicos extranjeros, de la necesaria equivalencia entre tal documento y los que expiden autoridades españolas. La Resolución de la DGRN de 11 de junio de 1999¹⁶ ya lo dejó claro cuando afirmó que para que un documento extranjero tenga fuerza en España deberán “haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente”¹⁷, añadiendo que para determinar si el documento extranjero se corresponde con uno español “se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento español para ser considerado como público y los exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento”¹⁸. A partir de aquí, concreta los requisitos para la equivalencia en que el documento haya sido autorizado por un funcionario que sea titular de la función pública de dar fe; y que se hayan observado las solemnidades requeridas por la ley. En la actualidad, este requisito de equivalencia se recoge en el art. 60 de la LCJIMC, donde se indica que los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si la autoridad extranjera que ha intervenido en la confección del documento lo hizo desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas y el documento surte, en su país de origen, los mismos efectos “o más próximos efectos” que surten en España los documentos equivalentes¹⁹.

Como no podía ser de otra forma, el precepto plantea ciertas dudas, que son inevitables en toda regulación de DIPr. Así, podría discutirse en qué casos se da esa equivalencia de funciones y si éstas incluyen, por ejemplo, el asesoramiento que en España realizan los Notarios a las partes²⁰. Una interpretación del precepto que permita dotarle de sentido nos ha de llevar a limitar los requisitos en cuanto a la equivalencia a aquellos que se refieren al papel de la autoridad en la formalización del documento, sin extenderlo a otras funciones que, en el marco de la redacción del mismo, pueda realizar la autoridad²¹.

¹⁶ BOE, 13-VII-1999; *Aranzadi*, RJ 1999\4375.

¹⁷ Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁸ Fundamento de Derecho Cuarto.

¹⁹ La dicción del precepto es la siguiente: “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 se desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”.

²⁰ Sobre esto, *vid.* NOGUEROLÉS PEIRÓ, Nicolás, *loc. cit.*, pp. 762-764.

²¹ *Id.* en este sentido NOGUEROLÉS PEIRÓ, Nicolás, *loc. cit.*, p. 762.

Podría plantear alguna duda también la referencia “siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento”; ya que esta referencia genérica a la “intervención en la confección del documento” podría interpretarse como incluyendo aquellos casos en los que una autoridad interviene en un documento, pero sin ser autora del mismo; así, por ejemplo, cuando se limita a legitimar las firmas del documento. Entiendo, sin embargo, que tan solo los documentos en los que la intervención de la autoridad sea la de autoría podrán ser considerados como públicos, ya que esto es lo que distingue a los documentos públicos y privados, como hemos visto, y el precepto se refiere únicamente a documentos públicos.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria mantiene la misma idea, cuando indica que la inscripción de un hecho o acto sobre la base de un documento público extranjero requiere que el documento haya sido otorgado por una autoridad extranjera competente según el Derecho de su Estado y que la intervención de la autoridad extranjera en la confección del documento se haya hecho desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas, y surtiendo los mismos efectos en el país extranjero que surtiría en España dicho documento o los efectos “más próximos”. Esta Disposición Adicional Tercera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria incluye otras condiciones; pero éstas ya no van referidas al reconocimiento del documento, sino del hecho o acto que contiene²².

En ocasiones no será suficiente con determinar la equivalencia genérica del documento público extranjero con un documento público español, sino que será necesario considerar que es equivalente a un específico documento. Cuando de lo que se trate sea de averiguar si el documento extranjero puede ser considerado como equivalente a una escritura notarial española será necesario examinar la regulación de la misma en el art. 17.1 de la Ley del Notariado²³, donde se indica que las escrituras públicas tienen como contenido las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. El art. 144 del Reglamento Notarial reitera lo establecido en el art. 17 de la Ley del Notariado y en su art. 145 se añade que la autorización o intervención del instrumento público implica del deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que

²² *Vid. infra* epígrafe III.

²³ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, *Gaceta de Madrid*, 29 de mayo de 1862, texto consolidado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1862-4073>.

el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes. De esta forma, se concreta la intervención del Notario, lo que ha de servir de modelo para juzgar si la intervención de la autoridad extranjera que ha otorgado el documento público es equivalente a la que realizaría un Notario español. De esta forma, si aquella autoridad no verifica la identidad de los otorgantes o no emite un juicio de capacidad y legitimación, o se abstiene de verificar la libertad en la prestación del consentimiento, así como que éste se adecua a la legalidad y a la voluntad de los otorgantes e intervinientes, no sería posible considerar el documento extranjero como equivalente a un documento notarial español, con las consecuencias que ello tenga en función del efecto que se pretendiera de dicho documento público.

Finalmente, aparte de este control de equivalencia en cuanto a la función de la autoridad extranjera interviniente, será necesario, si se quiere que el documento extranjero se inscriba en un registro público, que éste venga provisto de la correspondiente legalización, tal y como se desprende de lo previsto en el art. 36 del Reglamento Hipotecario²⁴. Este requisito, en principio limitado al Registro de la Propiedad, se extiende también a otros registros en función de lo previsto en el art. 5.3 del Reglamento del Registro Mercantil²⁵. En el Reglamento del Registro Civil (RRC) también se prevé la exigencia de legalización de los documentos extranjeros²⁶. El requisito de la legalización será sustituido por la apostilla en el caso de documentos que provengan de Estados en los que se encuentre en vigor el Convenio de La Haya sobre supresión de la legalización²⁷ y no será precisa ni legalización ni apostilla en aquellos casos en los que se aplique un instrumento internacional que exima de este requisito. Así, por ejemplo, los documentos públicos que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 no precisarán ni legalización ni apostilla²⁸. De igual forma, varios convenios bilaterales suscritos por

²⁴ Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, *BOE*, 16-IV-1947, versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>.

²⁵ RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, *BOE*, 31-VII-1996, versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-17533>.

²⁶ Art. 88 del RRC (Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, *BOE*, 11-XII-1958, versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486&p=20151107&tn=1#cprimero>): “A salvo de lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo”.

²⁷ Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, *BOE*, 25-IX-1978. Puede consultarse la situación actual del Convenio en la página web de la Conferencia de La Haya de DIPr: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=41>.

²⁸ Art. 61 del Reglamento 1215/2012.

España prevén la exención de legalización²⁹. Ahora bien, si el documento extranjero no entra en ninguno de estos supuestos de exención, será preciso que vaya acompañado de la correspondiente legalización³⁰.

III. RECONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO Y RECONOCIMIENTO DEL CONTENIDO DEL DOCUMENTO

1. Técnica conflictual y método de reconocimiento

En el epígrafe anterior hemos examinado en qué condiciones se procederá al reconocimiento del documento extranjero como tal; pero este reconocimiento no implica que se considere como eficaz el acto o negocio jurídico que recoge el documento. Este es un problema de una naturaleza completamente diferente, aunque, como veremos, la regulación positiva no diferencia suficientemente ambas dimensiones. En cualquier caso, sin embargo, no existen dudas sobre la necesidad de abordar el régimen de eficacia de los documentos extranjeros desde estas dos perspectivas: una vez que el documento se admite como tal, es necesario verificar si el contenido del documento puede ser considerado como eficaz.

Esta segunda fase, a su vez, puede ser abordada a partir de dos técnicas diferentes. La validez del contenido del documento puede examinarse tanto desde una perspectiva conflictual como desde el método del reconocimiento. De acuerdo con la primera de estas opciones (técnica conflictual) lo que deberá examinarse es la validez del acto o negocio que se contenga en el documento considerando la capacidad de los intervinientes, el cumplimiento de los requisitos de forma y la legalidad del contenido; partiendo siempre de lo que establecen las normas de DIPr del ordenamiento que tomamos como referencia.

²⁹ *Vid.* art. 15 *in fine* del Convenio hispano francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil de 23 de marzo de 1969 (*BOE*, 14-III-1970); art. 23 del Convenio entre España e Italia sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil y Mercantil de 22 de mayo de 1973 (*BOE*, 15-XI-1977) o art. 16.2 del convenio entre España y Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 (*BOE*, 16-II-1988), entre otros.

³⁰ *Vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, en *id* (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2022, t. I, pp. 1087-1189, pp. 1117-1124.

Esto es, si se pretende determinar si el contenido del documento es eficaz en España, deberemos considerar las normas del DIPr español. Volveremos sobre ello enseguida.

El método del reconocimiento parte de una perspectiva diferente. Se asume que el contenido es eficaz desde la perspectiva de un ordenamiento determinado y, a partir de ahí, se establecen una serie de controles con el fin de determinar si esa eficacia en el ordenamiento extranjero puede ser trasladada al que se toma como referencia (en este caso, el español, pues se trata de determinar la eficacia en España de documentos públicos extranjeros). El método del reconocimiento es especialmente adecuado en aquellos casos en los que existe una decisión de la autoridad extranjera; así, por ejemplo, en el caso de un divorcio judicial o notarial, por ejemplo; pero no tanto cuando nos encontramos ante un negocio jurídico, puesto que en este caso la intervención de la autoridad, aunque sea la autora del documento que recoge el negocio, no implica la adopción de una decisión. Más adelante examinaremos las condiciones que podrán ser consideradas en el reconocimiento del contenido de los documentos públicos extranjeros; pero antes hemos de volver sobre la forma en que puede determinarse la eficacia de su contenido a partir de la técnica conflictual.

Tal y como se ha adelantado, el examen de la eficacia del contenido del documento exige considerar la capacidad de los intervinientes, la forma del acto o negocio y el contenido del mismo, según la distinción entre estatutos reales, personales y formales que ya se conoce desde la Edad Media³¹. Si proyectamos este análisis, por ejemplo, sobre un contrato de compraventa de un bien inmueble nos encontraremos con que, desde la perspectiva de una autoridad española, deberemos determinar la capacidad de las partes en el contrato a partir de lo que establezcan sus leyes nacionales, de acuerdo con lo previsto en el art. 9.1 CC; pero teniendo en cuenta también la regulación de la excepción del interés nacional en el art. 13 del Reglamento Roma I³². En caso de que no resultara aplicable el Reglamento Roma I (porque el contrato se hubiera celebrado con anterioridad al 17 de diciembre de 2009³³) tendría que tenerse en cuenta lo previsto en el art. 11 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, aplicable en España desde el 1 de septiembre de 1993. Para contratos celebrados con anterioridad

³¹ Originalmente, estatutos personales, reales y mixtos, *vid.* SYMEONIDES, Symon C., “Accommodative Unilateralism as a Starting Premise in Choice of Law”, *Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay*, Frankfurt del Meno, Recht und Wirtschaft, 2005, pp. 417-434, pp. 419-421.

³² Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO* núm. L 177 de 4 de julio de 2008.

³³ Art. 28 del Reglamento Roma I.

a dicha fecha debería tenerse en cuenta la regulación del DIPr autónomo español sobre excepción del interés nacional (art. 10.8 CC). Además, deberán tenerse en cuenta las reglas sobre representación, que plantean frecuentes problemas en los supuestos internacionales³⁴.

La forma del contrato debería ajustarse a lo previsto en el art. 11 del Reglamento Roma I, en el art. 9 del Convenio de Roma de 1980 para los contratos celebrados entre el 1 de septiembre de 1993 y el 17 de diciembre de 2009 y por lo que establece el art. 11 CC para los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993.

En cuanto al contenido, deberemos aplicar el Reglamento Roma I, salvo que por razones temporales -como hemos visto- sea preciso recurrir al Convenio de Roma de 1980 o, para contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, al art. 10.5 CC. El Reglamento Roma I prevé que los contratos se regirán, en primer lugar, por el Derecho acordado por las partes; de tal manera que no existe inconveniente para que el contrato de compraventa (o relativo a cualquier otro derecho real) en relación a un inmueble situado en España se rija por un Derecho diferente del español. En cualquier caso, las normas internacionalmente imperativas españolas deberían ser consideradas, aunque nada más fuera porque el lugar de ejecución del contrato (en lo que se refiere a la transferencia o constitución del derecho real) debe realizarse en España³⁵. La necesaria aplicación de las normas internacionalmente imperativas españolas sobre forma se deriva del art. 11.5 del Reglamento Roma I³⁶. En caso de que no haya acuerdo entre las partes sobre la ley aplicable al contrato sí resultaría aplicable el Derecho español, tal y como se desprende del art. 4.1.c) del Reglamento Roma I, llegando a la misma solución en el art. 4.3 del Convenio de Roma de 1980.

Si por razones temporales el contrato ha de regirse por lo previsto en el art. 10.5 CC, en defecto de elección de ley se aplicará la ley española, por estar el bien inmueble situado en España; pero es posible la elección de otra ley por las partes, aunque -a diferencia de lo que se contempla en el Reglamento Roma I y en el Convenio de Roma- la ley elegida ha de tener alguna conexión con el litigio. De esta forma, no podrá elegirse una ley que no presente ningún vínculo con el caso; pero sería posible, por ejemplo, someter el contrato al derecho de la nacionalidad o residencia de alguna de las partes, eludiendo, por

³⁴ *Id.*, por ejemplo, la Resolución núm. 3936/2023, de 16 de enero, de la DGSJFP, *Aranzadi RJ 2023\1368*.

³⁵ Art. 9 del Reglamento Roma I y art. 7 del Convenio de Roma de 1980.

³⁶ Art. 9.6 del Convenio de Roma.

tanto, la aplicación del Derecho español, aunque las normas internacionalmente imperativas españolas tendrían entrada a partir de lo establecido en el art. 8 CC.

Como puede verse, por tanto, sea cual sea el instrumento que se aplique al contrato relativo a un derecho real sobre un inmueble situado en España, es posible que tal contrato se rija por un Derecho diferente del español. Conviene subrayar esto porque en ocasiones la práctica parece dar por sentado que al tratarse de un inmueble situado en España el Derecho que ha de regir los contratos a él referidos deberá ser el español y, como hemos visto, no tiene por qué ser así necesariamente.

Si en vez de optar por una aproximación conflictual, lo hacemos a partir del método del reconocimiento el punto de partida ha de ser la existencia del negocio, acto o decisión desde la perspectiva de un ordenamiento extranjero; lo que, como hemos visto, no será posible en aquellos casos en los que estamos ante un acuerdo entre particulares que no ha recibido el refrendo de una autoridad pública. A partir de esta constatación, se hace necesario examinar si se dan las condiciones para admitir su eficacia en el Estado en el que se quiere que despliegue efectos, lo que incluirá el control de orden público y puede extenderse también al control de la competencia de la autoridad extranjera que ha intervenido en el documento o de la ley aplicada. A continuación, veremos cómo se traduce lo anterior en el DIPr español.

Tal y como resulta de la naturaleza de los actos y negocios jurídicos contenidos en documentos públicos que acceden al Registro de la Propiedad, la aproximación es netamente conflictualista. Así resulta de lo previsto en el art. 36 del Reglamento Hipotecario, donde se indica que los documentos otorgados en el extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado. En el segundo párrafo se hace, además, referencia expresa a la capacidad de los intervinientes y a los requisitos formales de acuerdo con “la legislación que sea aplicable”, por lo que parece que lo que exige es que se verifique, de acuerdo con lo que habíamos examinado antes, que el acto o negocio jurídico puede ser considerado como válido según el Derecho aplicable a la capacidad de los intervinientes, el contenido del acto y la forma del mismo. Esta es una idea que en la actualidad, a efectos procesales, recoge con bastante precisión el art. 323.3 de la LEC³⁷. También ha sido recogida por la

³⁷ “Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”.

Doctrina de la DGRN; así, por ejemplo, en su Resolución núm. 1020/2019, de 18 de diciembre³⁸, donde se indica que el poder otorgado en el extranjero ha de ser “sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable” y con mucha claridad en la Resolución de la DGRN de 20 de enero de 2011³⁹, donde se analiza con detalle la aplicación del Reglamento Roma I y del Convenio de Roma en relación a un contrato de compraventa que presentaba vínculos con España y con Venezuela documentado por un notario en Venezuela; entre otras.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria también asume este acercamiento conflictualista en su apartado 1.c), donde se indica que un documento público extranjero no judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que “el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”; pero añadiendo un requisito que responde más a la lógica del reconocimiento, puesto que el apartado d) del mismo número se indica que no se procederá a la inscripción cuando ésta “no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”. Sorprende esta mezcla entre acercamiento conflictual y el basado en el método del reconocimiento; pero no es previsible que produzca problemas en la práctica; al fin y al cabo, el orden público al que se refiere esta letra d) del apartado 1 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria también tiene que ser considerado en el sector del Derecho aplicable, puesto que no podrá tener aplicación una ley extranjera que sea contraria al orden público español (art. 12.3 CC).

En definitiva, el reconocimiento del contenido del documento público extranjero precisará el recurso a la técnica conflictual, debiendo determinarse la legalidad del acto o negocio de acuerdo con el Derecho aplicable que resulta de la aplicación del sistema de DIPr español; lo que con frecuencia implicará la aplicación el Reglamento Roma I, dado su carácter universal (art. 2) y que por razones temporales ha de aplicarse a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. Tal y como hemos visto, sin embargo, también será necesario tener en cuenta las normas sobre capacidad del DIPr español de origen autónomo, aunque sin olvidar la regulación de la excepción de interés nacional en el mencionado Reglamento.

2. El problema de la adaptación

³⁸ Aranzadi RJ 2018\5981.

³⁹ Aranzadi RJ 2011\3435.

La constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España, cuando se hace a partir de lo previsto en un Derecho extranjero, plantea problemas que no son de fácil solución. En primer lugar, dado que el art. 10.1 CC prevé que los derechos reales se rigen por el Derecho del lugar de situación del bien, de esta forma, el derecho real deberá ajustarse a las exigencias de la regulación española. Como excepción a lo anterior, tendremos aquellos casos en los que el derecho no es fruto de un negocio jurídico, sino que es creado por decisión de una autoridad. La Resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2004⁴⁰ se enfrentó a este problema, negándose la inscripción de una “hipoteca asegurativa” dictada por un Tribunal alemán sobre un inmueble situado en España con el argumento de que no se ajustaba a las previsiones del Derecho español. Entiendo que la solución no es correcta, pues tratándose del reconocimiento de una decisión dictada por un Tribunal alemán, el reconocimiento debería ajustarse a lo previsto en el Reglamento 44/2001 (aplicable por razones temporales), que no prevé ningún control de ley aplicada en el reconocimiento⁴¹. Ahora bien, en los casos de documentos notariales, este control respecto a la ley aplicada sí que debería practicarse, lo que exigiría que el derecho real constituido o transmitido se ajustara a las previsiones del Derecho español.

Llegados a este punto, el debate se podría reconducir al clásico sobre la consideración de los derechos reales como *numerus clausus* o *numerus apertus*. De optar por lo segundo, nada obstaría a que los derechos que se hubieran constituido en el extranjero, y que por las razones que fueran no se acomodaran a un específico derecho real español, fueran inscritos como tales derechos extranjeros aunque detallando su contenido y configuración. Esta interpretación, sin embargo, se enfrenta a la dificultad de que el ordenamiento español opta claramente por la vía de la adaptación en estos casos; una vía que tiene un origen europeo, como veremos inmediatamente; y que puede conducirnos a considerar que los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles ubicados en España deberán ser necesariamente reconducidos a algún tipo de derecho real previsto por el Derecho español; aunque siempre con la advertencia de que no solamente deberá considerarse el denominado Derecho civil común, sino que también deberán tenerse en cuenta el resto de Derechos civiles españoles.

⁴⁰ Aranzadi RJ 2004/5295. Con anterioridad, en el mismo sentido, encontramos la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1992. Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, “Artículo 61. Adaptación”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando Pedro/PALAO MORENO, Guillermo (dirs.), *op. cit.*, pp. 776-810, pp. 804-805.

⁴¹ Me remito al comentario que hice a dicha resolución, ARENAS GARCÍA, Rafael, “Derechos reales. Nota a la Res. de la DGRN de 23 de febrero de 2004”, *REDI*, 2005, vol. LVII, núm. 1, pp. 374-378.

La adaptación, como se acaba de adelantar, ha sido recogida en nuestro ordenamiento de origen interno, pero no puede pasarse por alto su presencia en el Reglamento 1215/2012. Seguramente pensando en casos como aquel al que se tuvo que enfrentar la Resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2004 que se acaba de comentar, en la revisión del Reglamento 44/2001 se introdujo una previsión que instaba a las autoridades nacionales a adaptar las medidas que habían sido decretadas en otro país. El art. 54.1 del Reglamento indica que si “una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares”. En parecidos términos se recoge la figura de la adaptación en el art. 31 del Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones⁴²

La adaptación es una figura clásica en DIPr, necesaria para poder ajustar normas e instituciones procedentes de distintos ordenamientos⁴³. Supone siempre modificar las consecuencias de alguna regla o institución a fin de hacerlas compatibles con las exigencias de reglas o instituciones de ordenamientos diferentes. En el caso que nos ocupa, implicaría que el derecho que ha sido constituido en el documento público extranjero se modifica (adapta) a fin de convertirlo en un derecho propio del ordenamiento jurídico español. Ciertamente, puede chocar que se modifique lo que ha sido acordado por los intervinientes en el documento que pretende ser inscrito; pero esto no es más escandaloso que la modificación, por ejemplo, de una decisión judicial, tal y como prevé el Reglamento 1215/2012.

En la actualidad pocas dudas hay de que el ordenamiento español. El art. 61 de la LCJIMC regula con detalle la adaptación, no solamente para las resoluciones, sino también para los documentos públicos extranjeros, indicando que “el registrador procederá a su [de la decisión o del documento] 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”. Como puede apreciarse, la inspiración en el art. 54.1 del Reglamento 1215/2012, que acaba de ser mencionado, es evidente. Ahora bien, conviene destacar que en el art. 61 LCJIMC se añade que antes de la inscripción “el

⁴² Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, *loc. cit.*, p. 798.

⁴³ Vid. por todos la obra clásica de BOUZA VIDAL, Nuria, *Problemas de adaptación en derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977.

registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar”. De esta manera, se evita que la modificación se produzca al margen del conocimiento del interesado. Aunque la norma no lo indica, se deduce que, de esta forma, se ofrece al interesado la posibilidad de retirar la solicitud de inscripción en caso de que esté disconforme con la adaptación que implicaría.

IV. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES, REGISTRO Y DOCUMENTOS EXTRANJEROS

1. Registro y transmisión de los derechos reales

El acceso de los documentos notariales extranjeros al Registro de la Propiedad español tendrá como objetivo en la mayoría de los casos la inscripción de un cambio de titularidad sobre un bien inmueble situado en España. La pregunta que ha de responderse aquí es si será posible que esa transmisión se realice sobre la base de un documento notarial extranjero o, por el contrario, sería necesario que el documento notarial que sirviera de base a la transmisión fuera un documento notarial español. Tal y como se ha adelantado, esta fue la cuestión que se debatió hace casi veinte años con ocasión de la solicitud de inscripción de una escritura notarial alemana en relación a un inmueble ubicado en España y que dio lugar a la ya mencionada STS de 19 de junio de 2012⁴⁴. Como sabemos, la respuesta que se dio entonces fue la de que era posible la admisión de un documento notarial extranjero, y ello a la luz de la regulación española -que admite de manera generalizada la inscripción de documentos públicos extranjeros, tal y como hemos visto- e, incluso, a partir de exigencias derivadas del Derecho de la UE. Más de diez años después de aquella sentencia podemos volver sobre este tema teniendo en cuenta los nuevos elementos normativos y diferentes perspectivas.

En primer lugar, hemos de examinar la relación que existe la transmisión del derecho real, el documento público y la inscripción en el Registro. Cada ordenamiento jurídico puede adoptar soluciones diferentes para la transmisión del derecho; desde convertir en constitutiva la inscripción hasta reducir el contenido del Registro a un mero medio de prueba. De igual forma, la documentación pública de la transmisión puede resultar

⁴⁴ *Vid. supra* n. núm. 2.

obligatoria o simplemente potestativa. Optar por una u otra solución puede condicionar la forma en que se valore la admisión de documentos públicos extranjeros en el Registro. En el caso de España, como es sabido, quien de buena fe adquiere del titular registral y, a su vez, inscribe la adquisición, gozará de una posición inatacable si la adquisición ha sido a título oneroso⁴⁵. De esta forma, el Registro va más allá de la publicidad para ofrecer una seguridad jurídica que puede llegar a ser absoluta si se dan las circunstancias que han sido mencionadas (buena fe y adquisición a título oneroso).

Ahora bien, la transmisión del derecho es también posible al margen del Registro. En el Derecho español esa transmisión exige título y modo; esto es un negocio jurídico que sea fundamento de la transmisión y la transferencia de la posesión⁴⁶. Esta transferencia de la posesión puede ser real o ficticia, constituyendo el otorgamiento de escritura pública de compraventa una forma de *traditio* que perfeccionaría la transmisión del derecho⁴⁷. De acuerdo con esto, por tanto, la transmisión del derecho puede resultar de la mera documentación (en documento público) del contrato de compraventa. Aquí el documento no tiene por objeto la transmisión de la propiedad, sino que éste efecto le viene atribuido por el ordenamiento jurídico al convertir el otorgamiento de dicho documento en un sustituto de la entrega de la posesión. En otros casos (en la constitución de una hipoteca, por ejemplo), la situación es diferente, puesto que aquí la constitución del derecho real ha de hacerse necesariamente en escritura pública; esto es, el documento público tiene por objeto la creación del derecho; un derecho que no quedará válidamente establecido hasta que no se produzca la inscripción en el Registro de la Propiedad⁴⁸.

Insistimos en estas cuestiones porque pueden ser relevantes para la regulación de la admisibilidad de documentos extranjeros. El Registro de la Propiedad, al igual que otros registros públicos, se conectan directamente con la administración pública española y, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad, ejerce sus funciones de manera exclusiva respecto a los bienes inmuebles situados en España. No es admisible que la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España resulte afectada por el contenido de los registros de propiedad extranjeros. A partir de aquí, cuanto más intensa sea la conexión del documento público con el Registro, más razones habrá para excluir

⁴⁵ Art. 34 LH.

⁴⁶ Art. 609 CC.

⁴⁷ Art. 1462.2 CC: “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

⁴⁸ Art. 145 LH.

que un documento extranjero pueda ser considerado. Si, en cambio, el documento público tiene una razón de ser diferente de la inscripción en el Registro será más difícil excluir el acceso de documentos públicos extranjeros. Así, cuando se trata de la compraventa de un inmueble, tal y como hemos visto, aunque el inmueble esté situado en España el contrato puede registrarse por un Derecho extranjero. En estas circunstancias ¿qué razón habría para que la escritura en la que se documenta el contrato no fuera otorgada por un Notario extranjero (del país cuyo Derecho se aplica al contrato, por ejemplo; pero podría ser cualquier otro). Dado que el Derecho español otorga a esa escritura la condición de mecanismo sustitutivo de la entrega de la posesión ¿qué razones habría para negar el acceso al Registro de la Propiedad si el documento extranjero es equivalente a uno español y cumple con las condiciones para ser admitido que hemos examinado en los epígrafes precedentes? La situación, sin embargo, podría ser distinta en aquellos sistemas en los que la transferencia de la propiedad exige un acuerdo que tenga como fin precisamente la transmisión del derecho; tal y como sucede en Alemania. En este caso sería más fácil justificar que el documento público tendría que ser nacional y no extranjero, tal y como sucede en Alemania, donde tan solo los notarios alemanes pueden otorgar los documentos en los que se transfiere la propiedad de inmuebles ubicados en Alemania⁴⁹. En el caso de España, la constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble situado en España se realiza por medio de una escritura notarial que tiene por objeto precisamente la constitución del derecho real y la inscripción en el Registro de la Propiedad español, por lo que podría estar menos justificado en este caso el recurso a un documento público extranjero; aunque con la regulación vigente no sería imposible la inscripción en el Registro de la Propiedad español de una escritura extranjera de constitución de hipoteca sobre un inmueble situado en España. La dicción de los preceptos relevantes de la LCJIMC y de la LH, así como la doctrina de la STS de 19 de junio de 2012 nos conducen a ello. En caso de que se quisiera restringir esta posibilidad sería necesario abordar una reforma legislativa. Ahora bien, ¿sería compatible una hipotética restricción a la admisibilidad de documentos notariales extranjeros con las exigencias del Derecho de la UE? La STS de 19 de junio de 2012 plantea que la no admisión de documentos notariales extranjeros podría ser contraria al Derecho de la UE⁵⁰;

⁴⁹ Vid. SPELLENBERG, Ulrich, “Art. 11 EGBGB”, en *Münchener Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch*, Múnich, 5ª ed., 2010, t. 10, pp. 1685-1742, pp. 1707-1708. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “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”, *La Ley*, 9-X-2012

⁵⁰ Fundamento de Derecho Tercero.

pero el argumento precisaría más desarrollo, tal como ya se indicó entonces⁵¹ y como ha venido a constatar la doctrina del Tribunal de Luxemburgo de los últimos años, tal y como veremos en el siguiente epígrafe.

2. Documentos notariales extranjeros y UE

Tal y como se acaba de indicar, el TS español había señalado, en 2012, que el rechazo a la admisión de documentos notariales extranjeros otorgados en otros Estados miembros de la UE, podría vulnerar las previsiones sobre libre prestación de servicios dentro de la Unión. Unos años después, el Tribunal de Luxemburgo tuvo que enfrentarse a ese problema, aunque en el marco de la interpretación de la Directiva sobre libre prestación de servicios de los abogados⁵². De todas formas, algunos de los razonamientos de la sentencia serán relevantes para el tema que nos ocupa. En concreto, en dicha decisión se afirma que la “llevarza del Registro de la Propiedad constituye así un componente esencial de la administración preventiva de la justicia, en la medida en que pretende garantizar una correcta aplicación de la ley y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, objetivos que forman partes de las misiones y responsabilidades del Estado”⁵³; lo que acaba conduciendo a considerar que “el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trata ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares”⁵⁴.

Es decir, el Tribunal de Justicia considera en ese caso que no es contrario limitar a los notarios del propio país el otorgamiento de documentos relativos a derechos reales inmobiliarios. A continuación, examinaremos cómo se podría proyectar esta jurisprudencia sobre el Derecho español y, en concreto, como podría matizar la doctrina que se deriva de la Sentencia del TS del año 2012. Lo examinaremos a continuación.

⁵¹ *Vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, *loc. cit.*; ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, p. 378

⁵² STJ (Sala Quinta) de 9 de marzo de 2017, *Leopoldine Gertraud Piringier*, C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196.

⁵³ *Vid.* núm. 58 de la Sentencia.

⁵⁴ *Vid.* núm. 65 de la Sentencia.

El punto de partida es que, obviamente, limitar a los documentos notariales españoles el acceso al Registro en lo que se refiere a la creación o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España es una limitación a la libre prestación de servicios, en tanto en cuanto impide que los notarios establecidos fuera de España ofrezcan los servicios que ofrecen los notarios españoles en relación a los inmuebles situados en España⁵⁵.

Ahora bien, el hecho de que sea una limitación a la libre prestación de servicios no implica que no pueda estar justificada. Para determinar si fuera admisible a partir del canon establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sería preciso examinar si se trata de una limitación no discriminatoria, que responde a un fin general, que es adecuada para ese fin de interés general, que la restricción que introduce es proporcional al fin de interés general que pretende amparar y que no existe una medida alternativa que consiga ese fin de interés general con una lesión menor de la libertad de establecimiento⁵⁶. Que la medida no es discriminatoria resulta de que los nacionales de los diferentes Estados miembros pueden establecerse como notarios en España y prestar, por tanto, los servicios a los que se refiere la medida. El fin de interés general que pretende cubrir sería el que define la STJ de 9 de marzo de 2017: el buen funcionamiento del Registro de la Propiedad, al que acceden solamente documentos públicos, interesando que estos documentos sean producidos por profesionales que están sometidos a un control especial por el Estado en cuyo registro ha de practicarse la inscripción⁵⁷. Este es un punto en el que es necesario introducir algunos matices. Como hemos visto, la posibilidad de restringir la entrada de documentos notariales extranjeros se vincula con el papel que estos documentos desempeñan en el Registro de la Propiedad. El hecho de que el notario deba comprobar la capacidad de quien intervienen en el acto y garantice la legalidad del mismo es relevante para justificar la exclusión. A esto, creo que habría que añadir que el documento fuera directamente orientado a la inscripción registral. Como hemos visto, en el caso del Derecho español, la escritura de compraventa es documento inscribible, pero su objeto es la documentación de un contrato que será válido e, incluso, implicará la transmisión de la propiedad sin necesidad del acceso al Registro; por eso aquí podrían plantearse más dudas en lo que se refiere a la limitación del acceso al Registro a los

⁵⁵ *Vid.* en este sentido los núms. 51 y 52 de la STJ de 9 de marzo de 2017.

⁵⁶ Este es un test utilizado con frecuencia por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. *Vid.* la STJ (Sala Primera) de 9 de noviembre de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica*, C-433/04, ECLI:EU:C:2006:702.

⁵⁷ *Vid.* núm. 64 de la STJ de 9 de marzo de 2017.

documentos extranjeros. Si el Derecho español previera la necesidad de un acuerdo abstracto sobre la transferencia de la propiedad, al igual que el Derecho alemán, estaría más justificado excluir los documentos notariales extranjeros del acceso al Registro.

Además de lo anterior, la medida restrictiva de la libre prestación de servicios ha de ser adecuada y proporcional. Sobre ambas dimensiones se pronuncia la STJ del año 2017, entendiendo que en tanto que la función del notario es relevante para garantizar la capacidad de los intervinientes y la legalidad del acto, es adecuado limitar el acceso a los documentos producidos por profesionales que están sometidos a un control específico por el Estado del Registro. De esta forma, se garantiza su formación, las reglas sobre conflicto de intereses e, incluso, la remuneración⁵⁸.

Asumiendo, por tanto, que en las circunstancias que se han mencionado la exclusión de los documentos notariales extranjeros del Registro de la Propiedad español sería una medida que responde a un fin de interés general, que es adecuada para el mismo, no discriminatoria y proporcional; aún deberíamos examinar si no hay otras medidas alternativas que pudieran conducir al mismo resultado con un daño menor a la libre prestación de servicios. En el caso español es preciso examinar también este punto, para lo que se hace necesario considerar la relación existente entre el notario y el encargado del Registro de la Propiedad; ya que de esa relación podrían resultar alternativas a la exclusión de los documentos extranjeros que, sin embargo, garantizaran el fin de interés general al que responde dicha exclusión.

La clave para esta última fase es considerar que el registrador realiza un control de legalidad del documento que accede al Registro. Es cierto que es un control limitado, puesto que ha de descansar en las verificaciones que ha hecho el notario y, especialmente, en las relativas a la capacidad de las partes; pero el registrador realiza un control de legalidad que va más allá del juicio de legalidad que corresponde al notario. Esta es una cuestión que resultará relevante para el tema que nos ocupa y que merece un apartado específico. Nos ocuparemos de ello en el siguiente epígrafe.

3. Juicio de legalidad y control de legalidad

De acuerdo con el art. 145 del RN, el notario ha de verificar que el otorgamiento se adecua a la legalidad. El RD 45/2007, de 19 de enero, que modificó dicho RN añadía que esta

⁵⁸ *Vid.* núm. 60 de la STJ de 9 de marzo de 2017.

verificación debería conducir a la denegación de la autorización o intervención notarial cuando la autorización o intervención notarial implicara la infracción de una norma legal o no se hubiera acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos; además de cuando todos o alguno de los otorgantes carecieran de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento. Este añadido, sin embargo, fue anulado por el TS por medio de su Sentencia de 20 de mayo de 2008⁵⁹. La Sentencia resolvía un recurso planteado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y que, en lo que se refiere a la modificación del art. 145 del RN, indicaba que no había base legal para que la norma reglamentaria privara a los ciudadanos de un otorgamiento que la legislación civil impone como obligatorio para la consecución de sus intereses⁶⁰. De acuerdo con el planteamiento de los recurrentes, el juicio de legalidad que lleva a cabo el Notario puede conducir a realizar en el propio documento las advertencias necesarias, pero sin llegar al punto de negar el otorgamiento. La redacción del art. 145 del RN que resulta del RD 45/2007 implicaría que el notario realizaría un control de legalidad que se adelantaría a la realización del acto y contrato y se inmiscuye en el control de legalidad que realizan los Registradores y los órganos que resuelven los recursos que se pueden plantear contra la calificación de los registradores⁶¹. El TS acoge este argumento y concluye que no existe base legal para establecer la obligación de que los notarios denieguen el otorgamiento cuando consideren que es contrario a la ley, debiendo encauzar su juicio de legalidad hacia la advertencia a las partes y en el propio documento, tal y como prevé el art. 194 del RN. La sentencia añade que lo anterior no “supone un juicio negativo sobre la viabilidad jurídica del establecimiento de un control de legalidad a cargo de los notarios” sino que se trata “solamente de que su establecimiento [el del mencionado control de legalidad], por las razones indicadas y las que se expresan seguidamente, ha de responder a la voluntad del legislador plasmada en la correspondiente norma de adecuado rango legal”. Así pues, en tanto no se produzca esa modificación legislativa, el notario realizará un juicio de legalidad que se podrá reflejar en el propio documento, pero no propiamente un control de legalidad, que queda atribuido al encargado del registro en el que se intente la inscripción del documento.

⁵⁹ STS (Sala de lo Contencioso, Sección 6) de 20 de mayo de 2008, ECLI:ES:TS:2008:2176.

⁶⁰ *Vid.* Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia.

⁶¹ *Vid.* más *in extenso* las argumentaciones del recurrente en el mencionado Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia.

Esta distribución de funciones entre el notario y el registrador, a la luz de la normativa española vigente, incide en la valoración de una hipotética denegación de la admisión en España de los documentos notariales extranjeros. Si el notario extranjero realiza una función equivalente a la del notario español (juicio de legalidad) y, además, el encargado del registro realizará un control de legalidad en relación al documento podría ser más difícil justificar la exclusión del documento extranjero, puesto que el juicio de legalidad del notario quedaría, de alguna forma, subsumido en el control de legalidad que realiza el registrador. No obstante lo anterior, aún quedaría la verificación de la capacidad de los intervinientes, una función que realiza el notario y que el Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia de 9 de marzo de 2017 considera relevante para justificar que se limite a los notarios del país del registro el otorgamiento de los documentos que acceden a éste⁶².

De acuerdo con lo que se ha visto hasta aquí resultaría, por tanto, que una hipotética prohibición de acceso de documentos notariales extranjeros al Registro de la Propiedad español no sería necesariamente contraria al Derecho de la UE. La negativa estaría más justificada cuanto más vinculado estuviera el documento notarial al Registro y también en la medida en que fuera más intenso el control de legalidad o regularidad del acto que realizara el notario.

V. CONCLUSIÓN

La tradicional admisión de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad español se mantiene tras las novedades legislativas de los últimos años. Éstas, además, confirman un acercamiento basado en la diferenciación entre, por una parte, el reconocimiento del documento en sí y, por otra parte, la admisión del contenido del documento. En lo que se refiere al primera, la clave se encuentra en la identificación de la equivalencia entre el documento público extranjero y uno español. En la segunda, la preferencia la tiene el método conflictual, sin que exista prácticamente rastro del método específico del reconocimiento.

El Tribunal Supremo español había mantenido que un hipotético rechazo a la inscripción de documentos notariales extranjeros sería contrario a la libre prestación de servicios que garantiza el Derecho de la UE. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo de los últimos años niega, sin embargo, esta contradicción, resultando, por tanto, posible -desde

⁶² *Id.* núm. 64 de la STJ de 9 de marzo de 2017.

la perspectiva del Derecho de la UE- restringir a los documentos notariales españoles el acceso al Registro de la Propiedad español. Ahora bien, este rechazo estaría más justificado en la medida en la que el documento estuviera orientado de manera directa a la inscripción registral y también de acuerdo con la intensidad del juicio de legalidad que realizara el Notario.

El sistema español de articulación entre la función notarial y registral en lo que se refiere a la constitución y transferencia de los derechos reales sobre bienes inmuebles funciona de manera satisfactoria, por lo que de intentar cualquier modificación del mismo debería hacerse con extremo cuidado y teniendo en cuenta todas las implicaciones, incluidas las internacionales; algunas de las cuales han sido consideradas en este trabajo.