

LA EFICACIA REGISTRAL DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN ESPAÑA

(Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012)

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, Investigador en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Extracto:

RECIENTEMENTE el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido a resolver, en Sentencia de 18 de junio de 2012 (rec. núm. 489/2007), un recurso de casación en el que se planteaba la cuestión de la eficacia en España, a efectos registrales, de una escritura otorgada ante notario alemán, dándole validez, y, por tanto, estableciendo su aptitud para generar la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad español.

Los argumentos fundamentales de la sentencia que comentamos son dos: en primer lugar, la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea excluiría la posibilidad de interpretar que se pueda imponer la intervención en todo caso de un notario español lo que constituiría una restricción de la libertad fundamental antes citada; y en segundo lugar, entendiéndose que los efectos de la escritura pública alemana debían regirse por lo previsto en el Derecho español, esto es, los previstos en el artículo 1.462 del Código Civil, y no los previstos en el Derecho alemán, donde se exige un segundo acuerdo de carácter dispositivo para que se produzca la transmisión de la propiedad.

Palabras clave: registro de la propiedad, escritura pública, derecho de la Unión Europea.

REGISTRATION EFFECTIVENESS OF PUBLIC DOCUMENTS OF EU MEMBERS STATES IN SPAIN

(Commentary on the judgment of the Civil Division of the Supreme Court of June 18, 2012)

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, Investigador en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Abstract:

RECENTLY Spanish Civil Supreme Court has solved, in its decision of June 18, 2012 (num. appeal 489/2007) an appeal in relation to the effectiveness of a sold public document signed by a German notary in Spain for registration effects. The Court's decision gives validity to the document and establishes its ability to entry into the Spanish Property Registry.

Decision's fundamental arguments are principally two: in one hand, the freedom to provide services in European Union excludes the possibility of an interpretation that imposes the intervention of a Spanish notary in every case; in the other hand, understanding that a German public document effects must be governed by provisions of Spanish law, article 1.462 of Civil Code, and not by German law that requires a second agreement of disposition to produce the transfer effect of ownership.

Keywords: property registry, public document, European Union law.

Sumario

1. Introducción.
2. Supuesto de hecho.
3. Decisión y fundamentos del Tribunal Supremo.
 - 3.1. Las libertades económicas en la Unión Europea, una eventual limitación no justificada y la ley que rige la forma de contrato.
 - 3.2. La ley española como ley aplicable al fondo del asunto.
4. Voto particular.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de 18 de junio de 2012 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (núm. rec. 489/2007) pone fin a la discusión sobre la eficacia registral en España de los documentos notariales extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, haciéndolo además con una fundamentación europeísta nada desdeñable¹.

Los argumentos fundamentales de la sentencia del Supremo se pueden reducir a dos: en primer lugar, la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea excluiría la posibilidad de exigir, para la entrada en el Registro de la Propiedad español, la intervención de un notario español en todo caso, pues constituiría una restricción de la libertad fundamental antes citada; y en segundo lugar, conforme al Supremo, los efectos de una escritura pública alemana sobre un bien inmueble español a efectos de determinar su aptitud de inscripción en el Registro de la Propiedad español deben regirse por lo previsto en el Derecho español [art. 10.1 Código Civil (CC)], esto es, en el artículo 1.462 del CC, donde la escritura pública tiene efecto de transmisión, y no por el Derecho alemán, donde se exige un segundo acuerdo de carácter dispositivo para que se produzca la transmisión de la propiedad.

La pertenencia de España a la Unión Europea ha propiciado un cambio trascendental en la forma de interpretar y aplicar el Derecho español. No cabe duda de que el contexto de relaciones entre ordenamientos de diferentes niveles cada vez más entrelazados en el que estamos inmersos², hace necesario partir de la perspectiva del *multilevel constitutionalism*³, sobre todo tras la entrada

¹ Sobre la discusión acerca de la eficacia jurídica a efectos registrales de un documento notarial extranjero y sobre este caso en particular con antelación a la decisión del Supremo, permítaseme remitir a un trabajo anterior en el que abordé la cuestión y defendí la solución finalmente asumida por el Tribunal Supremo. Este trabajo «A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea», ganador del Concurso de Artículos de 2010 que celebró la revista *Lunes 4,30 Revista de asuntos registrales*, se puede encontrar en dicha revista, núm. 487, 2010, págs. 37-43; y una reproducción del mismo en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 180, 2011, págs. 1.971-1.976.

² En este sentido es necesaria «una interpretación específica de las relaciones entre ordenamientos». Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, 2011, pág. 20.

³ BILANCIA DE MARCO, E. (coord.), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Giuffrè, Milán, 2004. Precisamente, la teoría del sistema jurídico multinivel «permite analizar el ordenamiento complejo español en el que se integran y entrelazan normas producidas en diferentes niveles normativos». GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, op. cit. pág. 20.

en vigor del Tratado de Lisboa, con la apertura de un nuevo horizonte constitucional en el espacio europeo⁴.

Así, el ordenamiento jurídico mantiene su unidad, pero está caracterizado por una naturaleza compleja, al estar compuesto de diferentes niveles, con una pluralidad de normas emanadas por diversos órganos, ya sean estos internos o externos⁵.

Además, con independencia que se mantenga una visión monista o dualista, la integración europea difumina de forma progresiva los límites entre ordenamientos y determina la prevalencia del Derecho de la Unión⁶; quizá con la única salvaguarda de las reservas o límites constitucionales que en cada caso imperen en los sistemas constitucionales de los Estados miembros⁷.

Partiendo de estas premisas, el objeto de este pequeño trabajo es comentar la sentencia del Tribunal Supremo arriba indicada y tratar de delimitar su significado e importancia de cara precisamente a la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho español.

2. SUPUESTO DE HECHO

Una ciudadana alemana compró la mitad indivisa de la propiedad sobre un apartamento situado en el Puerto de la Cruz, Tenerife, a otro ciudadano alemán, viudo y residente en Berlín, que se reservaba el usufructo vitalicio de la misma, a través de escritura pública otorgada por un notario alemán el 24 de octubre de 1984⁸.

⁴ Sobre el nuevo horizonte constitucional, SARRIÓN ESTEVE, J., «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *Revista CEFLegal*. CEF, núm. 121, 2011, págs. 53-102.

⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 55-59.

⁶ Mucho se ha discutido sobre la separación de los ordenamientos nacionales y el comunitario o europeo, si bien hay que convenir en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ha cambiado su nombre con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009) siempre ha mantenido una posición monista; frente a la posición dualista de los Tribunales Constitucionales y Supremos de los Estados miembros. En cualquier caso, ciertamente en la práctica el Derecho comunitario o europeo impregna y se integra en el nacional y prevalece sobre el mismo. Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J., «La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción», *Estudios de derecho Judicial*, 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

⁷ Y es que, tanto si nos aproximamos a la relación entre Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional desde una perspectiva monista como dualista, los derechos y principios fundamentales no son idénticos en el Derecho de la Unión y los ordenamientos nacionales, por los que estos mantendrán en gran medida cierto carácter nacional y serán definidos por el tribunal nacional competente. *Vid.*, ROSSI, L.S., «How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon», *Yearbook of European Law*, 2008, pág. 69. Sobre los límites constitucionales a la integración europea he desarrollado un extenso trabajo en SARRIÓN ESTEVE, J., «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *Revista CEFLegal*. CEF, núm. 131, 2011, págs. 81-142.

⁸ Además, constaba el consentimiento de la copropietaria de la otra mitad indivisa de la finca.

Este ciudadano alemán era titular de esta mitad del inmueble, que había sido adquirido en partes iguales por él y otra ciudadana alemana también viuda en España y registrada en el Registro de la Propiedad español. Pues bien, tras el fallecimiento del usufructuario, la adquirente trató de inscribir la compraventa en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

Para ello, se presentó en dicho Registro el documento notarial alemán de compraventa, debidamente apostillado y con liquidación de impuestos, además de con su traducción oficial, junto con un certificado de hechos donde el notario alemán acreditaba la capacidad legal de los contratantes⁹, una transcripción literal en castellano de certificado de defunción del antiguo usufructuario, y una interpretación del propio notario sobre algunos aspectos del ordenamiento español, solicitando la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz denegó la inscripción, alegando que no consideraba el documento adecuado para acceder al Registro de la Propiedad español al «carecer de plena fuerza legal en España y ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán»¹⁰.

Contra esta calificación registral se interpuso recurso gubernativo alegando la adecuación del documento notarial alemán¹¹; que fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) confirmando la calificación registral¹².

Para la DGRN hay que diferenciar entre la forma de los contratos en cuanto un modo de exteriorización de la voluntad negocial, y como requisito de fondo del negocio jurídico que supone una forma de control de los efectos jurídicos del mismo. Según este razonamiento, cuando el ordena-

⁹ En esta certificación el notario alemán declaraba que en los documentos notariales alemanes se aprecia de forma implícita dicha capacidad si no se hace constar lo contrario.

¹⁰ En particular, el Registrador realizó la siguiente calificación: «Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz. Calificación practicada por don Pelayo, Registrador de la Propiedad Interino de Puerto de la Cruz, en relación con el título que causó el Asiento 2.105 del Diario 24.º. Hechos: Se solicita la inscripción de una escritura denominada de compraventa otorgada ante Notario alemán. Nota de calificación: No se practica la inscripción de dicho documento porque no se considera adecuado para acceder al Registro de la Propiedad español, al carecer de plena fuerza legal en España y ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán».

¹¹ Para ello se alegaba que el documento notarial alemán es un título público inscribible, y que el juicio del registrador era subjetivo, careciendo de la citación de las normas civiles o registrales infringidas y de los extremos de la escritura notarial que infringen dicha normativa; que el documento notarial alemán cumple las exigencias de la normativa española, que se ha mantenido la equivalencia de formas, pues reúne los requisitos que caracterizan un documento público español y el notario alemán es empleado público competente; que no existe disposición legal alguna en el ordenamiento español que excluya de eficacia legal en España a las escrituras públicas alemanas; que no existe en el ordenamiento español sobre inversiones extranjeras exigencia alguna de que las ventas entre no residentes sobre bienes inmuebles situados en España se formalicen ante un notario español; y que por tanto concurren todos los requisitos formales para la transmisión de la propiedad mediante escritura pública notarial alemana, siendo innecesaria la exigencia de la ratificación de los herederos del vendedor, todo y que el bien inmueble ya ha sido transmitido al comprador.

¹² *Vid.*, Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, que, por cierto, esta doctrina había sido confirmada por la DGRN en Resolución de 20 de mayo de 2005 denegando el acceso al Registro de la Propiedad de Denia de otro documento notarial alemán.

miento español exige la escritura pública, esta forma pública tiene un carácter de control de legalidad, no meramente de prueba fehaciente de la expresión del consentimiento y de la autenticidad y capacidad del que presta el mismo. Así, el notario español daría fe de que el otorgamiento es conforme con el ordenamiento español, en un juicio constitutivo de un control de legalidad, protegiendo, además, a las partes contratantes mediante el control de la titularidad y poder de disposición del vendedor, las cargas, gravámenes, etc. Sin olvidar que verifica las cuotas pendientes; y controla la procedencia de la retención del IRPF por parte del comprador, consigna la referencia catastral y realiza comunicaciones a Hacienda y Ayuntamientos que evitan la prescripción de impuestos.

Conforme al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario quedan sometidos en la forma a las normas imperativas de la ley del país en el que el inmueble está situado¹³. El artículo 10.1 del CC nos remite a la normativa del lugar de situación de los inmuebles. Y según el ordenamiento español, la escritura pública autorizada por el notario español es no solo el instrumento del contrato, sino también el título traslativo del dominio, constituyendo título y modo de transmisión de la propiedad. Pero el documento notarial alemán carecería de la eficacia traslativa de dominio, y de fuerza legal para conllevar la transmisión de la propiedad, no pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad¹⁴.

Esta decisión de la DGRN fue recurrida en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia que anuló la resolución al entender que no existe ninguna norma jurídica en el ordenamiento español que prive de eficacia, a efectos registrales, a una escritura otorgada por un notario extranjero; y alegando que varios preceptos de la legislación española permiten el acceso al Registro de títulos extranjeros¹⁵. Decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Audiencia Provincial¹⁶.

Los argumentos esgrimidos en vía judicial son básicamente los siguientes: los artículos 4 de la Ley Hipotecaria (LH) y 36-38 del Reglamento Hipotecario (RH) admiten el acceso al Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros; no existe una norma en el ordenamiento jurídico español que prive de eficacia a la escritura pública otorgada ante notario extranjero, a efectos registrales;

¹³ Artículo 4 del Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. Diario Oficial núm. L 266 de 09/10/1980 P. 0001-0019. Hay que tener en cuenta, no obstante, que este convenio ha sido sustituido por el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, conocido como Reglamento Roma I.

¹⁴ Para un análisis de la RDGRN, a favor, *vid.*, FAJARDO LÓPEZ, L., «Acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras otorgadas por notarios extranjeros de países miembros de la Unión Europea: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, págs. 333-342; en sentido más crítico, SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Diario La Ley*, núm. 6425, 20 de febrero de 2006, págs. 1.461-1.471; JÉREZ DELGADO, C., «La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 715, págs. 2.531-2.559.

¹⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de marzo de 2006.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 391/2006, Sección 4.ª, de 22 de noviembre de 2006. Para un estudio muy crítico con esta sentencia, véase BRANCÓS NÚÑEZ, E., «Inscripción Registral de Documentos Extranjeros. El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta», *La notaría*, 37-38, 2007, págs. 119-149.

y finalmente que los principios de Derecho comunitario respecto a la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales (arts. 49, 53, y 56 del Tratado de la Comunidad Europea) garantizarían la eficacia de dichos documentos.

La sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, alegándose por parte del Abogado del Estado en representación de la DGRN dos motivos:

- Infracción de los artículos 4 de la LH y 36 de su reglamento; e
- Infracción de los artículos 609, 1.462 y 10.1 del CC, y artículo 33 del RH.

3. DECISIÓN Y FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Las libertades económicas en la Unión Europea, una eventual limitación no justificada y la ley que rige la forma de contrato

El Tribunal Supremo comienza considerando que los argumentos del recurso de casación, así como la decisión del Registrador de la Propiedad confirmada por la DGRN parten de una interpretación del Derecho que cuestionaría la libre prestación de servicios en la Unión Europea y la exigencia de intervención de un notario español, en todo caso, supondría la imposición de una restricción a la libre circulación de bienes que no estaría justificada en este caso¹⁷.

Sobre esta cuestión, tuvimos oportunidad de sostener en un anterior trabajo en el que tratamos de analizar la cuestión de la eficacia registral en España de documentos notariales extranjeros desde la doble perspectiva europea y española, que desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el mercado interior se rige por las libertades económicas fundamentales, y en este sentido, la interpretación mantenida por la DGRN podría constituir una restricción a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de capitales consagradas en el Tratado¹⁸.

Así pues, la constatación del Supremo es acertada en cuanto a considerar que la imposición de la intervención, en todo caso, de un notario español para exigir que una escritura pública sea inscribible en el Registro de la Propiedad supondría una restricción a las libertades económicas, pero afec-

¹⁷ «Un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea (arts. 56 a 60 del Tratado); y la necesidad de intervención en todo caso de un notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español». Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 2.

¹⁸ SARRIÓN ESTEVE, J., «A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea», *op. cit.*

taría a la libre prestación de servicios, y en su caso, a la libre circulación de capitales, no a la libre circulación de bienes.

En efecto, si acudimos a la doctrina del Tribunal de Justicia, este ha desarrollado toda una jurisprudencia aplicando el test de proporcionalidad respecto a los denominados *mandatory requirements*, que sustentarían restricciones u obstáculos justificados a las libertades económicas fundamentales iniciada en la famosa sentencia *Cassis de Dijon* (1979)¹⁹ respecto a la libre circulación de mercancías, y que se ha aplicado a la libre prestación de servicios, en las sentencias *Manfred Säger* (1991)²⁰ y *Gebhard* (1995)²¹; y a la libre circulación de capitales en la sentencia *Comisión v. Bélgica* (1992)²².

De tal forma, para que una medida restrictiva o una limitación de una libertad económica fundamental sea conforme con el Derecho de la Unión, es necesario que cumpla los siguientes requisitos: debe ser proporcionada, esto es, apropiada y necesaria para el objetivo que la justifica, y la menos restrictiva entre las que fueran apropiadas, no pudiendo causar inconvenientes desmesurados en relación con el fin perseguido por la medida, como exige el Tribunal de Justicia desde la sentencia *Rau Lebensmittelwerke* (1982)²³.

Razonamos que el desarrollo de esta jurisprudencia puede ser el reflejo de la necesidad de ponderar las reglas generales relativas a las libertades económicas fundamentales y sus excepciones, y que por tanto, el Tribunal de Justicia resolvería siempre el conflicto de los intereses en juego aplicando de forma analógica la *rule of reason* americana²⁴; y concluimos que en este caso en concreto «No está claro si una restricción del tipo planteado quedaría justificada, pero parece difícilmente justificable»²⁵.

¹⁹ STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78.

²⁰ STJCE de 25 de julio de 1991, *Manfred Säger*, C-76/90.

²¹ STJCE de 30 de noviembre de 1995, *Reinhard Gebhard*, C-55/94.

²² STJCE de 4 de junio de 1992, *Comisión v. Reino de Bélgica*, C-503/99.

²³ STJCE de 10 de noviembre de 1982, *Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVB*, C-261/81. En esta sentencia el TJCE deja claro que es necesario que los *mandatory requirements* sean proporcionales al objetivo que persiguen, y si hay varias opciones para conseguir los mismos objetivos se debe escoger el menos restrictivo para la libre circulación de mercancías. El Tribunal de Justicia utilizaría así un test de dos escalones. Sobre esta exigencia de proporcionalidad se pueden ver las SSTJCE de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM v. Confederation du commerce luxembourgeois*, C-362/88, protección de consumidores; de 4 de junio de 1992, *Debus*, C-13/91, y C-113/91 FJ 16; de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido v. Comisión*, C-180/1996, FJ 50-53; de 3 de julio de 2003, *Joseph Lennox v. Industria Lavorazione Carni Ovine*, C-220/01, FJ 76 y ss.; de 5 de junio de 2007, *Klasd Rosengren y otros v. Riksaklagarem*, C-170/04, FJ 43-57.

²⁴ *Vid.* SARRIÓN ESTEVE, J., «A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea» (2), *op. cit.* pág. 1975. Se ha entendido que desde *Cassis de Dijon*, el Tribunal de Justicia habría introducido la técnica de la *rule of reason* propia del Derecho anglosajón, conforme a la que un principio general puede ser modulado de forma racional en cada caso concreto. Sobre la introducción de esta *rule of reason* por parte del TJCE *vid.*, ROSSI, L.S., y CURZON, S.J., «What "Rule of Reason" for the EU Internal Market?», *Studi sulla integrazione europea*, 2008, núm. 2, págs. 299-301; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., (dir.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 750.

²⁵ SARRIÓN ESTEVE, J., «A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea» (2), *op. cit.* pág. 1975.

En todo caso, es interesante tener en consideración que frente a una hipotética necesidad de un instrumento europeo que desarrollara reglamentariamente la libre circulación de documentos notariales, esta se podría producir sin que exista dicha regulación en la medida en que los documentos cumplan los requisitos exigidos por la legislación aplicable.

Considera el Supremo aplicable el Reglamento 593/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio (Roma I), que establece la validez de la forma de un contrato celebrado entre personas o sus representantes en un mismo país en la celebración si cumplen los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo o la ley del país donde se haya celebrado el contrato, que también aparecería en el artículo 11.1 del CC²⁶.

Esto aplicado al caso de autos implicaría lógicamente que la forma del negocio jurídico otorgado ante el notario alemán sería válida en la medida en que cumpla los requisitos de forma exigidos por la ley aplicable al fondo del asunto (que como veremos es la ley española) o la forma del país del lugar de celebración del contrato, esto es, la ley alemana.

En este sentido, obvia decir que al reunir la escritura pública de compraventa otorgada ante notario alemán los requisitos de la legislación alemana, el contrato sería válido.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, si en lugar de acudir al Reglamento 593/2008/CE, acudiéramos al Convenio de Roma, que era el aplicable en el momento en el que se solicitó la inscripción, y quizá es el instrumento que razonablemente debería haber sido aplicado, nos encontramos con la misma solución, conforme a lo previsto en el artículo 9.1 del mismo, que establece que «un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se haya celebrado».

Por otro lado, no podemos dejar de hacer constar que la forma, en todo caso, debería regirse por la ley alemana, y que una correcta aplicación de la norma de reenvío al Derecho español nos llevaría al artículo 11.1 del CC que remite a la ley del lugar de otorgamiento la regulación de las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y actos jurídicos otorgados, por tanto, en el caso que comentamos, la ley aplicable a la escritura otorgada en Alemania ante el notario alemán se regiría en cuanto a la forma por la ley alemana en todo caso.

3.2. La ley española como ley aplicable al fondo del asunto

El fondo del asunto que determina o no la eventual inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición de la mitad pro indiviso del bien inmueble sito en Tenerife es la transmisión de la propiedad, si esta se ha producido o no.

²⁶ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 3.

En el mismo Fundamento Jurídico Tercero, el Supremo considera aplicable la ley española, ya que conforme al artículo 10.1 del CC, la posesión, propiedad y demás derechos sobre bienes inmuebles se regirán por la ley del lugar donde se hallen.

Como hemos mencionado al plantear el supuesto de hecho, el instrumento aplicable es el Convenio de Roma, que establece que la ley que rige el contrato es «la ley del país con que presente los lazos más estrechos» (art. 4.1.) entendiendo que en el caso de un contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario «se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble» (art. 4.3); por lo que es aplicable, efectivamente, el artículo 10.1 del CC, y por el mismo, las normas españolas sobre transmisión de bienes inmuebles.

El Tribunal Supremo entiende aplicable el artículo 1.462 del CC, que no limitaría en la redacción actual «sus efectos de *traditio ficta* a los supuestos en que la escritura pública de venta se hubiera otorgado ante notario español» y en este sentido «*la escritura otorgada fuera de España, que sea formalmente válida, producirá los mismos efectos* y, por tanto, significará la realización de la "entrega" que nuestro Derecho exige para el nacimiento del derecho real objeto de la inscripción registral, salvo que de la misma resultare o se dedujere lo contrario»²⁷.

La interpretación literal que realiza el Tribunal Supremo del artículo 1.462 del CC, parece la más adecuada en relación con el Derecho de la Unión Europea, toda vez que una interpretación que exigiera requisitos a escrituras públicas otorgadas en otros Estados miembros de la Unión Europea que no se exigen a las otorgadas en España, implicaría una restricción no justificada que afectaría a la libre prestación de servicios tal y como hemos comentado con antelación.

Pero lo relevante es que una vez se ha admitido la equivalencia de forma entre un documento público de un Estado miembro de la Unión Europea y uno español, «carecería de sentido la exigencia de volver a escriturar el mismo negocio ante un notario nacional y habría de ser considerado dicho requisito como una reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria»²⁸.

El Tribunal Supremo justifica la adecuación de esta interpretación en diversos argumentos:

- Al considerar que en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos formales, haciendo referencia al Libro Verde de la Comisión Europea sobre la promoción de la libre circulación de documentos públicos²⁹.
- El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, se refiere a las inversiones extranjeras en España, estableciendo que pueden ser titulares de las mismas las personas físicas extranjeras no residentes en España o jurídicas domiciliadas en el extranjero y entidades

²⁷ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 6.

²⁸ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 8.

²⁹ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 7. Se refiere al documento COM (2010) 747 Libro Verde «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil», 14 de diciembre de 2010, accesible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:ES:PDF>

públicas de soberanía extranjera (art. 2) siendo el objeto de su inversión la adquisición de inmuebles en España [art. 3 e)] que no exige para su formalización el otorgamiento de escritura ante notario español³⁰.

- Una escritura otorgada ante un notario alemán puede producir plenos efectos probatorios en España conforme al artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³¹.
- Resultaría evidente que «el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto a la función de fe pública ejercida por ambos, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma»³².

Sentada la equivalencia entre la escritura pública otorgada ante notario español y ante notario alemán, el Supremo entiende que hay que aplicar a la escritura notarial alemana los efectos previstos en el artículo 1.462 del CC, no debiendo acudir al Derecho alemán para determinarlos. Así, en el Fundamento Jurídico siguiente razona que:

«aceptado que la escritura de compraventa autorizada por un notario alemán queda integrada en el concepto de "escritura pública" a que se refiere el artículo 1.462 del CC, han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicha norma respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto. No se ha de acudir al Derecho alemán para determinar sus efectos ya que ello supondría admitir que la transmisión de la propiedad se rige por aquel y no por el Derecho español»³³.

Por ello, al ser aplicable el Derecho español y los efectos que este confiere a la escritura pública, no sería exigible un segundo negocio jurídico de disposición conforme al Derecho alemán. En el Derecho alemán se exige para la transmisión de la propiedad dos negocios jurídicos, uno de carácter obligatorio y un negocio de disposición posterior, pero en España es suficiente con uno³⁴.

Por ello, el Tribunal rechaza los motivos del recurso de casación, no constatando vulneración alguna de los preceptos alegados.

4. VOTO PARTICULAR

Existe un voto particular formulado por los Magistrados don Rafael Gimeno Bayón Cobos y don José Ramón Ferrándiz Gabriel en el que disienten del fallo, fundamentalmente en relación a la

³⁰ Aquí cabría añadir que exigirlo sería imponer un límite a la libre prestación de servicios, y habría que justificarlo.

³¹ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 9.

³² Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 9. En este sentido, y en base al principio *auctor regit actum*, «la escritura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente» sin que pueda justificarse un control formal que equivaldría a exigir que el notario extranjero aplicara los requisitos administrativos vigentes en España, e incluso algunos no existentes en el momento del otorgamiento de la escritura.

³³ Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo 9.

³⁴ Véase nota anterior.

interpretación dada al artículo 1.462 del CC por la sentencia «al haber dado la mayoría por supuesta una equiparación total entre escritura pública y tradición, pese a que la misma no resulta de la letra del precepto»³⁵, en la medida en que el artículo 1.462 establece una excepción a la equivalencia del otorgamiento de escritura y la entrega de la cosa, en la medida en que en la misma «resultare o se dedujere claramente lo contrario»³⁶.

Lo que sucede es que para entender el significado de la escritura pública, los Magistrados discrepantes acuden al Derecho alemán, para razonar que el significado del negocio jurídico otorgado ante el notario alemán no implicaba entrega de la cosa, sino un mero negocio obligacional³⁷.

Así, argumentan sustancialmente que habría que entender, al no constar nada añadido a la escritura de compraventa, que de una compraventa otorgada ante notario alemán no se deduce la *traditio*. Y esto porque no habría «referencia alguna a la realización, anterior o coetánea, de alguna de las modalidades de la *traditio* exigida en el Derecho español para poder deducir que el comprador adquirió conforme al artículo 1.462 de nuestro CC el dominio sobre la cosa vendida»³⁸. ¿Dónde queda aquí, cabría preguntar, la propia modalidad de adquisición por otorgamiento de escritura pública del 1.462 del CC?

Por ello entienden que el problema estribaría en el desconocimiento del Derecho español por parte del notario alemán, y «la conveniencia de la intervención de nuestros notarios para la salvaguarda de las reglas esenciales del sistema jurídico traslativo del dominio que los legisladores españoles siguen manteniendo vigente»³⁹.

Nada más lejos de la realidad, dado que a un notario alemán no le es exigible el conocimiento del Derecho español. La cuestión es si de la escritura pública otorgada ante notario alemán podía o no deducirse la voluntad de disposición. Pero lo relevante en nuestra opinión de la interpretación del artículo 1.462 del CC es que del mismo se deduce que la escritura pública implica entrega de la cosa, salvo que de la misma se dedujere lo contrario. Esto necesariamente conlleva a la presunción *iuris tantum* de que una escritura pública, sea otorgada ante un notario español o extranjero, en la medida en que cumpla los requisitos exigibles a la función pública, implicará transmisión de la propiedad, salvo que se interprete lo contrario de la misma, esto es, de su contenido.

³⁵ Voto particular, fundamento 4, párrafo 2.

³⁶ Voto particular, fundamento 4, párrafo 3.

³⁷ Así razonan que «en el Derecho alemán, la propiedad del bien inmueble vendido no se transmite con la compraventa, que, al igual que en el Derecho español, constituye un negocio jurídico meramente obligacional, en el sentido de fuente de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida y del comprador de pagar a cambio el precio pactado» Voto particular, fundamento 5, párrafo 3.

³⁸ Voto particular, fundamento V, núm. 4.

³⁹ Voto particular, fundamento V, núm. 5.

5. CONCLUSIONES

En la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo pone fin a la discusión sobre la eficacia registral de documentos públicos notariales de otros Estados miembros de la Unión Europea sin necesidad de esperar a que se elabore en el ámbito de la Unión Europea un instrumento que garantice la libre circulación de documentos notariales, y lo hace aplicando el Derecho español y asumiendo la interpretación del mismo más conforme con el Derecho de la Unión Europea.

Los fundamentos de la sentencia del Supremo se pueden resumir en dos, y vamos a considerarlos en el orden inverso al planteado en la sentencia:

En primer lugar, los eventuales efectos registrales en España de una escritura pública alemana, deben regirse por lo previsto en el Derecho español, al que nos remite el Reglamento 593/2008/CE. Tal y como hemos comentado en el trabajo, sería más acertado considerar el Convenio de Roma al que sustituye el Reglamento citado, que era el aplicable en el momento de los hechos resueltos, aunque, no obstante, la solución es la misma: la aplicabilidad del Derecho español ex artículo 9 y, en particular, los artículos 11.1, 10.1 y 1.462 del CC.

En segundo lugar, y aplicable el Derecho español, hay que interpretar el artículo 1.462 del CC en el sentido de que no cabe exigir la intervención en todo caso de un notario español a efectos de posibilitar la inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad, pues, en caso contrario, afectaría a las libertades económicas fundamentales de la Unión Europea.

En realidad, se podría ver afectada la libre prestación de servicios, y en su caso, la libre circulación de capitales, aunque no la libre circulación de bienes. Y es que aplicando la doctrina del Tribunal de Justicia sobre los *mandatory requirements*, una restricción consistente en la exigencia de la intervención de notario español en todo caso debería justificarse adecuadamente en razones de seguridad e interés público, y ser proporcional, no pudiendo causar inconvenientes desmesurados en relación con el fin perseguido por la medida.

Pero no parece, por otro lado, que esta restricción sea querida por el legislador español. Efectivamente, una correcta aplicación de la norma de reenvío al Derecho español nos lleva al artículo 11.1 del CC que remite a la ley del lugar de otorgamiento la regulación de las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y actos jurídicos otorgados, por tanto, en el caso que comentamos, la ley aplicable a la escritura otorgada en Alemania ante el notario alemán se regiría en cuanto a la forma por la ley alemana en todo caso. Pero además, conforme al artículo 10.1 del CC, la posesión, propiedad y demás derechos sobre bienes inmuebles se regirán por la ley del lugar donde se hallen, y al tratarse de un bien inmueble sito en España, sería aplicable el artículo 1.462 del CC que no limitaría en la redacción actual sus efectos a un documento otorgado ante notario español, posibilidad que podría preverse en un futuro por parte del legislador español si así lo considera necesario.

Es cierto que el voto particular entiende que el problema estribaría en el desconocimiento del Derecho español por parte del notario alemán, y «la conveniencia de la intervención de nuestros nota-

rios para la salvaguarda de las reglas esenciales del sistema jurídico traslativo del dominio que los legisladores españoles siguen manteniendo vigente».

Sin embargo, consideramos que una buena interpretación de la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, exige que una restricción de este tipo a la libre prestación de servicios tenga que ser clara y estar debidamente justificada. Si cabe una interpretación más conforme con las libertades económicas fundamentales de la Unión Europea, deberíamos aplicar la misma siempre que queden a salvo los límites constituidos por los derechos y principios constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- BILANCIA, DE MARCO, E. (coord.): *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Giuffrè, Milán, 2004.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E.: «Inscripción Registral de Documentos Extranjeros. El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta», *La notaría*, 37-38, 2007, págs. 119-149.
- FAJARDO LÓPEZ, L.: «Acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras otorgadas por notarios extranjeros de países miembros de la Unión Europea: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, págs. 333-342.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, 2011.
- JÉREZ DELGADO, C.: «La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 715, págs. 2.531-2.559.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J.: «La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción», *Estudios de derecho Judicial*, 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., (dir.): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.
- ROSSI, L.S.: «How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon», *Yearbook of European Law*, 2008.
- ROSSI, L.S., y CURZON, S.J., «What "Rule of Reason" for the EU Internal Market?», *Studi sulla integrazione europea*, 2008, núm. 2, págs. 299-301.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Diario La Ley*, núm. 6.425, 20 de febrero de 2006, págs. 1.461-1.471.

SARRIÓN ESTEVE, J.: «A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea», *Lunes 4,30 Revista de asuntos registrales*, núm. 487, 2010, págs. 37-43.

- «A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 180, 2011, págs. 1.971-1.976.
- «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *Revista CEFLegal*. CEF, núm. 121, 2011, págs. 53-102.
- «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *Revista CEFLegal*. CEF, núm. 131, 2011, págs. 81-142.