

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Reflexiones sobre la doctrina de la DGRN relativa al juicio de equivalencia funcional contenida, entre otras, en la resolución de 6 de noviembre de 2017

por Vicente DOMÍNGUEZ CALATAYUD
Registrador de la Propiedad

Los documentos otorgados en el extranjero o por funcionario extranjero, y este lo es por tratarse de una escritura de apoderamiento autorizada por el Cónsul de Suecia en Benidorm ejerciendo funciones notariales, deben superar un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación con los documentos públicos españoles que resulta exigido por los artículos 4 LH, 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y por la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El juicio de equivalencia implica la comprobación de la concurrencia en el otorgamiento del documento público extranjero de los elementos estructurales que dan fuerza al documento público español a los meros efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad español y sin que tal juicio sea esencial a efectos extrarregistrales.

El juicio de suficiencia se extiende o alcanza a la comprobación:

- A) de que sea autorizado por quien tenga atribuida en el país del otorgamiento la competencia para dar fe pública.
- B) de que tal autoridad haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate; singularmente, tratándose de escrituras públicas, que el funcionario autorizante dé fe de o garantice la identificación del otorgante, su capacidad y su legitimación para el acto o negocio de que se trate y su intervención surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen a los que produce en España la intervención del funcionario equivalente.
- C) de que el documento autorizado por el funcionario equivalente resulte sustancial y formalmente válido conforme a la Ley aplicable.

Aunque el funcionario español al que más propiamente compete la emisión del juicio de equivalencia es el notario, la DGRN nos recuerda algunas cuestiones relevantes al respecto:

- A) la acreditación del principio de equivalencia no es un requisito estructural de la escritura pública autorizada por el notario español, ni compete en exclusiva a este.
- B) es decir, el juicio de equivalencia con el contenido y alcance antes indicado puede ser emitido o no por el notario toda vez que este no está obligado a conocer el Derecho extranjero, pudiendo cumplirse utilizando cualquier medio de prueba idóneo del Derecho del país del otorgamiento relativo a las funciones del funcionario autorizante y a los efectos del desempeño de las mismas.
- C) el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar tal equivalencia si no constare el juicio notarial sobre la misma y puede disentir de la que apreciara el notario autorizante siempre que lo motive expresa y adecuadamente.

Todo ello diferencia de una manera evidente y palmaria el juicio de equivalencia funcional y de efectos del documento presentado a inscripción del juicio de suficiencia de los poderes ejercitados en el negocio representativo concreto, ya que:

- A) tal juicio de suficiencia es un requisito estructural de la escritura y una obligación ineludible del notario autorizante tal como resulta del párrafo tercero del fundamento de derecho 8, de la resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002 sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que nos dice que, en caso de incumplimiento, ello «obligaría a negar al documento así redactado la cualidad de escritura pública inscribible a los efectos de lo establecido en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria, por no cumplir los requisitos exigidos por la legislación notarial respecto del juicio notarial de capacidad y legitimación de los otorgantes...».
- B) y, por otra parte, el registrador debe limitar su calificación al cumplimiento por el notario de los requisitos del juicio de suficiencia establecidos en el artículo 98.1. de la Ley 24/2001 sin que pueda revisar el fondo del mismo juicio de suficiencia ni exigir, a tal efecto, acompañamiento o transcripción de la escritura de apoderamiento.

Por su parte, el ámbito de ambos juicios es totalmente diferente, la propia DGRN reconoce expresamente, como no podría ser de otra forma, que son «juicios distintos» por lo hasta aquí dicho y también por su diferente ámbito: el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera para comprobar si ejerce funciones equivalentes a las de la autoridad española por lo que al juicio de equivalencia se refiere y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas concedidas en el negocio de apoderamiento a los efectos de legitimar al representante para el otorgamiento del negocio representativo concreto de que se trate por lo que al juicio de suficiencia se refiere.

Siendo juicios distintos, realmente tan distintos, por las razones apuntadas y produciendo su deficiencia efectos también diferentes: la insuficiencia de las facultades representativas afecta a la eficacia del negocio representativo y en

consecuencia a su inscribibilidad o ininscribibilidad en el Registro; mientras que la falta de equivalencia o, mejor dicho, de su mismo juicio por quien corresponda a la mera cuestión de su accesibilidad o no al Registro sin otros efectos más allá de este; siendo tan distintos ambos juicios por todo lo dicho razonablemente deberían ser objeto de expresiones distintas y diferenciadas en la escritura que formalice el negocio representativo incluyendo en este concepto el negocio de subapoderamiento. Tal expresión separada sería necesaria por lo dicho en todo caso, incluidos aquellos en los que ambos juicios sean positivos o negativos y, además, especialmente útil en los siguientes casos:

- A) cabe que haya equivalencia funcional e insuficiencia de facultades representativas; en este caso, evidentemente, se tienen que hacer necesariamente dos juicios expresos, distintos y diferenciados lo cual dejará claro al poderdante la posibilidad de otorgar ante el mismo funcionario extranjero la correspondiente ratificación.
- B) cabe que haya falta de equivalencia funcional y, sin embargo, las facultades del apoderamiento sean suficientes para el negocio representativo en cuyo caso dado que la falta de equivalencia no produce efectos extrarregistrales y solo da lugar a la ininscribibilidad del documento extranjero, deberá hacerse, igualmente, dos juicios expresos, distintos y diferenciados lo cual dejará claro al poderdante la necesidad, a los solos efectos de su inscripción en el Registro, de elevar a escritura autorizada por notario español, u otro con funciones equivalentes a las de este, el documento autorizado por el funcionario extranjero carente de funciones equivalentes a las del fedatario español.

Es por todo ello que la DGRN nos dice que el notario autorizante de la escritura que contenga el negocio representativo tiene que realizar los dos juicios de forma separada sin necesidad de ajustarse a fórmulas sacramentales ni adoptar necesariamente la forma de informe separado bastando hacer constar, junto a las reseñas concernientes a los datos del otorgamiento del documento y de la ley conforme a la que se ha autorizado, que «el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...) entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares.

Dada la diferencia entre ambos juicios tanto en cuanto al ámbito al que se refieren, como en cuanto al funcionario que debe o puede realizarlos y su distinta trascendencia que en ambos casos decide finalmente su inscribibilidad o no en el Registro lo cual finalmente es una decisión que ha de adoptar el registrador de la propiedad o mercantil en el ejercicio de su función calificadora desarrollando el principio de legalidad (cfr. arts. 3 y 18 LH) respecto de la escritura otorgada por el notario en el ejercicio de su función fedante y también en el ejercicio del control de legalidad que es inherente al desempeño de la citada función, como lo es a cualquier funcionario que intervenga en el ejercicio de su función pública, funciones las de uno y otro, notario y registrador, que nunca pueden dar lugar a o facilitar resultados contrarios a los queridos por la ley aplicable al caso (art. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) que debe ser siempre interpretada en el sentido que más favorezca su efectivo cumplimiento y, además en el caso que nos ocupa, en el sentido que más y mejor favorezca la seguridad jurídica como

principio rector de nuestro Estado de Derecho garantizado por el artículo 9.3. CE especialmente en su aplicación al tráfico jurídico no teniendo, por todo ello, lugar en la interpretación de tales normas opciones hermenéuticas basadas en suposiciones o sobreentendidos que impliquen infrautilización de la intervención notarial o de la calificación registral que conllevarían inevitablemente por ruptura de la cadena lógica de sus presupuestos esenciales una excepción inadmisibles a la aplicación protectora de la seguridad del tráfico jurídico de los principios registrales de legitimación y fe pública, devaluación de los estándares de seguridad jurídica impensables en un Estado de Derecho como lo es el nuestro que, por ello, por serlo y para serlo, garantiza, como antes dije, la seguridad jurídica como uno de sus principios rectores (cfr. art. 9.3. CE). Tal degradación de los estándares de seguridad jurídica no solo no se puede llevar a cabo en virtud de interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales o de la práctica profesional sino que tampoco puede resultar de una norma legal pues la norma que así lo hiciera podría ser objeto de un reproche de inconstitucionalidad toda vez que en un Estado de Derecho como lo es el Reino de España los niveles de seguridad jurídica solo pueden ser objeto de elevación o reforzamiento y nunca, ni siquiera por una ley, objeto de devaluación o debilitamiento.

Por otra parte, el alcance del juicio notarial de suficiencia de los poderes viene recogido en el artículo 98.2. de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre que nos dice al respecto que «La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario». A la vista de este precepto cabe preguntarse si es admisible una interpretación doctrinal o jurisprudencial o consagrada por la práctica profesional extensiva de su alcance para incluir en él un efecto no previsto relativo a una materia tan diferente del juicio de suficiencia de las facultades representativas, según hemos visto, como es el juicio de equivalencia funcional. Por otro lado, cabe preguntarse también si es admisible la interpretación que subsume juicios tan diferentes como el de equivalencia y el de suficiencia dentro de este último a la vista del artículo 60 de la Ley 29/2015 y de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015 que configuran tal juicio como un requisito exclusivamente de inscribibilidad alcanzable de diversas formas siempre que, como tal requisito, permita la plena calificación registral que como tal requisito indispensable para la inscripción exige.

Además de las dudas fundadas en estas reflexiones, la pretendida subsunción del juicio de equivalencia funcional dentro del juicio de suficiencia de los poderes que obligatoriamente ha de dar el notario y sin el cual la escritura no merece la calificación de escritura pública inscribible por ser elemento estructural de ella convierte el juicio de equivalencia de funciones en un elemento estructural de la escritura y en un juicio obligatorio para el notario que queda de esta manera constreñido a conocer el Derecho extranjero lo cual es una obligación en el desempeño de su función pública que no le impone ley alguna con la que, además, se elimina cualquier otro medio de prueba del Derecho extranjero que no sea el del notario que obligatoriamente ha de dar con ocasión de emitir el obligatorio, ese sí, juicio de suficiencia de las facultades representativas del apoderado (cfr. art. 36 RH).

Además, otra consecuencia de la subsunción del juicio de equivalencia dentro del de suficiencia, es que no hay ámbito para el ejercicio de la función calificadora. Aunque la suficiencia de los poderes ha quedado sustraída al ámbito del principio de legalidad en su variante calificación registral y al folio registral accede una

legitimación ni calificada ni calificable por el registrador que, no obstante ello, firma todo el asiento; al menos su calificación se ciñe a comprobar que el juicio de suficiencia de los poderes ha sido emitido por el notario con los requisitos exigidos por el artículo 98 de la Ley 24/2001; algo de calificación se salva aunque se le prohíba al registrador calificar la legitimación y revisar la suficiencia declarada por el notario. Sin embargo, en el caso del juicio de equivalencia resulta que si no lo hace el notario, lo puede hacer el registrador bajo su responsabilidad o hacerse de otras maneras e incluso, cuando se hace separadamente del juicio de suficiencia hay un ámbito calificable que resulta del párrafo decimoquinto y penúltimo del Fundamento de Derecho 4 de la resolución de 6 de noviembre de 2017, ¿cómo puede ser que con estas características del juicio de equivalencia se pueda proponer su emisión supuesta, sobreentendida, y solapada con el juicio de suficiencia que lo haría totalmente inalficable por el registrador?; ello produciría la paradoja de que en el juicio de suficiencia que es exclusivo del notario y obligatorio para él algo califica el registrador, mientras que en el juicio de equivalencia que ni es exclusivo de él ni es obligatorio para el notario, al darse supuesto y sobreentendido dentro del juicio de suficiencia, la calificación registral queda sin ámbito y eso que estamos ante un requisito que no produce efectos fuera del ámbito registral, es decir, estamos ante algo que se requiere solo a efectos de la inscripción en el Registro. ¿Es lógico y admisible sustraer a la calificación registral algo que es exclusivamente requisito para la inscripción, con las enormes diferencias que hay entre una titularidad inscrita y otra que no lo ha sido, y hacerlo por la vía de solaparlo con otro juicio que presenta grandes diferencias con el solapado?, ¿puede el registrador ser responsable sin calificar, puede el Registro desenvolver los súper protectores principios de legitimación y fe sin un juego pleno y claro del principio de legalidad a través de la calificación registral?, ¿es defendible que no aparezca ni en la escritura ni, por ello, tampoco en el asiento del Registro referencia alguna expresa y separada al cumplimiento de un requisito para la inscripción como es el juicio de equivalencia funcional teniendo en cuenta las importantes diferencias que existen entre una titularidad jurídica inscrita y otra no inscrita? ¿en qué condiciones de protección registral queda un tercero, un subadquirente, cuando en el folio registral no queda constancia alguna de la equivalencia funcional, le protegería la fe pública registral si se declarara la nulidad de la inscripción por falta de equivalencia del título que la motivó? Puede desenvolver el juicio notarial de equivalencia y, en general, cualquier juicio notarial sus efectos más allá de su función de condicionar el otorgamiento de la escritura y hacer que esta se pueda autorizar y produzca los importantes efectos que le son propios?, ¿puede un juicio notarial sin calificación registral acceder directamente a los folios del Registro y quedar protegida su correlativa consecuencia por los principios de legitimación y fe pública registrales?, ¿es compatible la subsunción, el solapamiento de un juicio notarial dentro de otro con la claridad que ha de presidir la redacción de las escrituras públicas dados sus trascendentales efectos?, ¿es ese pretendido solapamiento compatible por si solo con la correcta comprensión del instrumento por sus otorgantes y con una correcta depuración de las responsabilidades en las que, en su caso, hubiera podido incurrir el notario autorizante? ¿Es admisible ampliar por la vía que sea el alcance excepcional (excepcional por constituir una excepción al principio de legalidad establecido en la LH y su trasunto la calificación registral) de un juicio notarial que solo obliga al notario a dispensar su función en caso de ser positivo y que por virtud de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001 pasa, omitiendo la calificación registral, a determinar el contenido de

un asiento del Registro en materia que estrictamente no entra dentro de la fe pública notarial a la que también desnaturaliza?, ¿es admisible, digo, ampliar esa excepción a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva para entender que «cabalmente» presupone el juicio de equivalencia de funciones del notario extranjero autorizante de la escritura de apoderamiento?

Todas estas dudas surgen como consecuencia de la pretensión de subsumir el juicio de equivalencia dentro del de suficiencia de los poderes, pretensión que se sostiene en pronunciamientos administrativos no precisamente claros y en cierta práctica profesional pero que carece en absoluto de respaldo legal. Cuando el legislador ha querido limitar el ámbito del principio de legalidad y de su trasunto, la función calificadora, lo ha hecho, como no podía ser de otro modo, mediante una ley que ha fijado con claridad la reducción de la calificación y, en ese sentido, es clara la diferencia que se puede observar entre el artículo 60 de la Ley 29/2015 y la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015 por un lado y el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, por otra. Excepcionar o limitar el alcance de una norma legal (cfr. art. 18 LH) solo se puede hacer mediante otra norma de igual rango pero no mediante doctrina administrativa por muy autorizada y reconocida que esté ni en la prestación de un servicio profesional por digno y apreciado que este sea. Es una cuestión de rango normativo, de seguridad jurídica en definitiva, de supremacía de la Ley a la que estamos sujetos todos: ciudadanos y poderes públicos.

Pero es que la norma que sancionara la subsunción supuesta del juicio de equivalencia dentro del de suficiencia, por todas las razones y dudas expuestas, traería consigo una rebaja en los estándares de seguridad jurídica lo que, como antes dije, la haría susceptible de reproche de inconstitucionalidad ya que en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro, los estándares de seguridad jurídica se pueden mantener o elevar pero nunca reducir ya que ello conculcaría los artículos 1, 9.3 y 24 CE.

Es por todo lo dicho que el juicio de equivalencia de funciones y efectos del documento extranjero puede y el juicio de suficiencia de las facultades representativas debe ser formulado por el notario autorizante del negocio representativo de forma expresa y separada aunque sin sujeción a fórmulas sacramentales y uno y otro juicio deben ser calificados por el registrador (quien bajo su responsabilidad puede apreciar tal equivalencia por tratarse de una cuestión de prueba del Derecho extranjero) con el ámbito que de las leyes resulte y caso de discrepar de los juicios notariales, de uno, de otro o de ambos, poner de manifiesto tal disenso en su nota de calificación de forma expresa y motivada para cada juicio. Lo que sucede es que como el registrador puede calificar la suficiencia dada por el notario o entenderla concurrente cuando el notario no lo haga, cosa que nunca sucederá porque este está obligado a dar el juicio de suficiencia y dentro de él se subsume el de equivalencia, nunca podrá ponerse una nota de calificación exclusivamente dirigida a exigir el juicio de equivalencia expreso y diferenciado y solo cabrá formular esa nota dentro de otra que considere que no concurre la equivalencia que el notario ha debido supuestamente valorar con ocasión de formular el juicio de suficiencia de las facultades representativas, una consecuencia más de esta doctrina de la subsunción que amplía el ámbito de una excepción al sistema vía esta, la de las sucesivas ampliaciones de la excepción, que pueden terminar con la calificación registral y, precisamente por ello, con la intensa y potente protección del tráfico jurídico que deriva de la inscripción registral y que es una consecuencia lógica de nuestro Estado de Derecho.