

**RDGRN 25 septiembre 2007**

(= capitulaciones matrimoniales ante Notarioa extranjero)

***Cuestiones:***

1º) ¿Qué Ley rige, en este caso, el fondo de las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante notario italiano?

2º) ¿Qué Ley rige, en este caso, las exigencias de forma de las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante notario italiano?

RDGRN 25 septiembre 2007

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO Por comparecencia en el Registro Civil de S., doña J. solicitó la inscripción de acuerdo matrimonial de separación de bienes, aportando documento formalizado ante la notaría de M. (Italia), doña M., extendido en lengua italiana, legalizado con la apostilla de La Haya y acompañado de la correspondiente traducción oficial al idioma español.

SEGUNDO Visto lo solicitado, el Magistrado Encargado del Registro Civil dictó el acuerdo por el que expresó que, teniendo presente el contenido de los artículos 266 del RRC 1325 CC que exigen para su anotación en el Registro Civil español que el régimen económico matrimonial se de termine en escritura pública o capitulaciones que debe autorizar un notario español, si es que los cónyuges cambian el mismo que tenían o quieren pactar uno distinto al general legal, y teniendo asimismo presente que uno de los cónyuges es español, lo que le sujeta a la Ley española, no ha lugar a practicar la anotación solicitada, por cuanto que el título acompañado no es de los admitidos en nuestra legislación registral para el fin pretendido.

TERCERO Notificado dicho acuerdo a la interesada, J., ésta interpuso recurso en el que alegó: Que los artículos 1325 del CC y 266 del RRC no exigen que la escritura de capitulaciones matrimoniales sea autorizada por un notario español; que según el artículo 9 del Código Civil son válidas cuando sean conformes bien a la Ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento; y que según el Acuerdo de La Haya de 5 de octubre de 1961, para la legalización de los actos públicos extranjeros es suficiente la apostilla.

CUARTO De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal; y el

Magistrado Encargado del Registro Civil remitió las actuaciones, con su informe, a esta Dirección General.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Vistos los artículos 9.2, 9.3, 10, 11, 1216, 1217, 1218, 1280, 1315, 1325 y 1333 del Código Civil; 15, 23, 26, 27, 76 y 77 de la Ley del Registro Civil; 1 y 17 bis de la Ley del Notariado; 323 y 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 80, 81, 85, 263, 264, 265 y 266 del Reglamento del Registro Civil; los Reglamentos (CE) del Parlamento Europeo 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 y 805/2004, de 21 de abril de 2004; la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006; las Resoluciones de esta Dirección General de 20 de septiembre de 1995 y 19-4ª de junio de 2003 y 8-3 de enero de 2004 (estado civil) y 11 de junio de 1999, 7 de febrero de 2005, 20 de mayo de 2005, 4 de julio de 2005 y 23 de mayo de 2006 (recursos gubernativos), entre otras; y la Instrucción de este Centro Directivo de 20 de marzo de 2006.

SEGUNDO Se ha intentado por estas actuaciones que tenga acceso al Registro Civil una escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas por unos esposos, él de nacionalidad italiana, y ella de nacionalidad española, ambos con residencia habitual en Italia, que contrajeron matrimonio en España en 2000. Las capitulaciones se formalizan en escritura pública autorizada en Italia en 2004 por notario italiano, y en las mismas conviene que su régimen económico matrimonial será el de separación de bienes, procediendo a la disolución del previo régimen económico de gananciales entre los mismos existentes. El convenio capitular formalizado por notario italiano, extendido en lengua italiana, legalizado con la apostilla del Convenio de La Haya de 1961 y acompañado de la correspondiente traducción oficial al idioma español, se presenta en el Registro Civil español competente, en este caso el de S., a fin de obtener su constancia tabular mediante la indicación correspondiente al margen de la inscripción del matrimonio al amparo de lo previsto en el artículo 77-1 de la Ley del Registro Civil, conforme al cual «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal».

TERCERO El Encargado del Registro Civil deniega la práctica de la indicación solicitada porque, a su juicio, los artículos 266 del Reglamento del Registro Civil y 1325 del Código Civil exigen, para la constancia en el Registro Civil español del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges, que se determine en capitulaciones formalizadas en escritura pública autorizada por un notario español, toda vez que entiende que, al ser español uno de los cónyuges, es la Ley española la que debe regir el acto.

Por el contrario, la recurrente sostiene que ni el Código Civil, ni la legislación sobre Registro Civil exigen que el notario autorizante del convenio capitular haya de ser español. Se centra, pues, el debate en torno a la interpretación del artículo 1327 del Código Civil al disponer que «Para su validez, las capitulaciones habrá de constar en escritura pública», en relación con el alcance de tal exigencia en el ámbito de la eficacia registral de las capitulaciones matrimoniales.

CUARTO Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen económico del consorcio conyugal distinto del legal, siendo aquél y no éste el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Partiendo de esta caracterización contractual de las capitulaciones, se discute aquí como cuestión que ha de ser objeto de elucidación si el título formal para la

práctica del correspondiente asiento registral de indicación (cfr. art. 77 LRC) puede estar integrado por una escritura pública autorizada por un notario italiano, siendo ésta la nacionalidad de uno de los cónyuges e Italia el país de la residencia habitual del matrimonio. Esto es, la cuestión gira en torno a la validez formal de dicho título y su aptitud para provocar el acceso registral de los pactos capitulares que contiene. Se trata, pues, de una cuestión que ha de ser abordada desde la perspectiva de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos extranjeros.

QUINTO En nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 11 del Código Civil favorece la validez formal de las capitulaciones matrimoniales adoptando un sistema de puntos de conexión alternativos, de manera que la falta de reconocimiento de validez formal del acto o negocio jurídico no se dará sino cuando dicha validez sea rechazada conjuntamente por todos las Leyes llamadas por los citados puntos de conexión alternativos, esto es, la Ley del lugar en que se otorguen, la Ley aplicable al contenido, la Ley personal del disponerte o la común de los otorgantes. Basta que una sola de estas Leyes admita la validez formal del acto o contrato para que tal validez sea reconocida a los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico.

No obstante, cuando la Ley aplicable al fondo de las capitulaciones, determinada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 9 n.º 3 del Código Civil, exige una forma jurídica ad solemnitatem, como sucede con el Derecho español que exige para tales pactos capitulares escritura pública bajo sanción de nulidad (cfr. arts. 1327 y 1280 n.º3 del Código Civil), tal forma ha de ser observada por exigencias del párrafo segundo del artículo 11 del Código, de manera que en tales casos la llamada *lex causae* impone una unidad de régimen entre el fondo y la forma, como ha destacado nuestra más autorizada doctrina internacionalista (vid. también Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1977). El planteamiento anterior conduce a la necesidad de despejar como cuestión previa la de determinar cuál ha de ser la Ley aplicable a la regulación del contenido o fondo del acto o contrato, pues en función de que sea una u otra, podrá quedar predeterminada la aplicación de la *lex causae* también a la validez formal de aquellos conforme al párrafo segundo del citado artículo 11 del Código Civil.

SEXTO Pues bien, el singular planteamiento de la cuestión respecto de las capitulaciones matrimoniales hecha por el artículo 9 n.º 3 del Código Civil, enfocado no a determinar una Ley aplicable, sino a señalar las distintas Leyes que pueden ser empleadas como parámetros de validez de las capitulaciones, supone que, a los efectos del artículo 11 n.º 2, pueden ser varias las Leyes que reconozcan dicha validez de fondo, cuyo régimen sobre imposición o no de determinadas formalidades puede divergir. En tal caso, se hace preciso determinar selectivamente cuál de las Leyes concurrentes reclamadas por cualquiera de los puntos de conexión alternativos del citado precepto rige el fondo de las capitulaciones a efectos de determinar la exigibilidad o no de formalidades impuestas con carácter ad solemnitatem.

La doctrina más autorizada apunta como guía de solución el criterio favor *validitatis* que impregna el artículo 11 del Código Civil, en materia de forma de los actos y contratos, lo que inclinaría a acoger como principio de elucidación del tema el de entender que la Ley rectora del fondo de las capitulaciones ha de ser la menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas de las capitulaciones, en este caso la menos formalista entre la Ley española y la italiana. Pero en este caso no se cuestiona ni por el Encargado del Registro Civil ni por el recurrente (ni por el Ministerio Fiscal que se ha adherido al recurso) la exigibilidad de escritura pública como condición de validez de las capitulaciones y de aptitud para acceder a la publicidad registral, ni la condición

de tal del documento calificado, sino que se plantea si tal exigencia ha sido cumplimentada mediante el documento que se presenta a inscripción, toda vez que ha sido otorgado ante un notario italiano. La cuestión queda, pues, centrada en el ámbito de la protección del tráfico jurídico externo y en la eficacia registral de los documentos extranjeros.

SÉPTIMO Para analizar la cuestión desde la perspectiva citada, hay que partir del principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral civil, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional artículos 2, 3 y 4 de la Ley del Registro Civil), que están fundados, entre otros extremos, en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Encargado (cfr. art. 27 de la Ley del Registro Civil), lo que en determinadas materias, como es el caso de las capitulaciones matrimoniales, se traduce en la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (cfr. artículos 1327 del Código Civil y 77 de la Ley del Registro Civil).

Ahora bien, si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1216 del Código Civil, la cuestión se complica cuando se trata de un documento extranjero. Desde luego este documento habrá de tener en España fuerza con arreglo a las Leyes (cfr. artículos 81 del Reglamento del Registro Civil, 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario), por haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente, pero esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro Civil.

Desde esta perspectiva, no resulta suficiente intentar resolver el problema por aplicación de los reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de las distintas formas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cfr. artículos 1278 y ss. del Código Civil), mientras que aquí, como antes se ha apuntado, no se trata sólo de la cuestión de la validez de las capitulaciones, sino concurrentemente de otra adicional, cual es la relativa a la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro Civil español. Para resolver este último problema, es el artículo 12.1 del Código Civil el que debe tenerse presente, conforme al cual «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española». En efecto, si el documento público español, por reunir unas características especiales, es el vehículo formal adecuado para inscribir en el Registro Civil unas capitulaciones matrimoniales, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio Ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para permitir la inscripción en el Registro Civil del convenio capitular en el mismo contenido, de

acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas.

Desde este punto de vista debe afirmarse que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado «por un Notario o empleado público competente» (artículo 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (artículo 1216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad).

Si se comparan, pues, los requisitos básicos indicados del documento extranjero calificado, se observará que éste no debe ser rechazado del Registro Civil español, por llenar el documento público italiano presentado a calificación los requisitos antes citados.

OCTAVO Ahora bien, todavía ha de darse un paso más en el proceso interpretativo en curso ya que la problemática ligada al estatuto formal en las situaciones privadas internacionales ha impuesto una evolución normativa con primacía de las soluciones particulares sobre las generales, determinando una importante relativización de la tradicional regla *locus regit actum* que, en el Derecho español, evidencia la confrontación de soluciones acogidas en los apartados primero y segundo del artículo 11 de nuestro Código Civil. Esta dispersión y especialidad de las pautas rectoras del estatuto formal en el ámbito del Derecho internacional privado para determinar la validez o la eficacia jurídica de cada categoría de acto o negocio jurídico se explica, en buena medida, por el significado polisémico de la palabra «forma» cuando se aplica a las relaciones jurídicas, dada la polivalencia funcional de la forma como requisito de los actos y negocios jurídicos.

La forma puede entenderse, simplemente, como el modo sensible de exteriorización de una voluntad o consentimiento negocial, y entonces, en principio, cualquier forma, por razón del lugar de celebración del acto o por virtud de cualquier otra conexión alternativa, podría servir como prueba siquiera procesal de esa voluntad o consentimiento a fin de salvar la existencia del negocio. En este sentido, nuestro Derecho está imbuido de un espiritualismo o antiformalismo que despoja a cualquier forma de aptitud exclusiva para apreciar la presencia del consentimiento. Pero el sometimiento legal de un acto, a veces, a determinadas formalidades puede operar con valor *ad solemnitatem*, esto es, como elemento constitutivo *sine qua non* del propio acto o relación jurídica documentada, o bien como condicionante inexcusable de ciertos efectos jurídicos (traditorios, ejecutivos, de aptitud registral, etc.). Este doble alcance o significado de la forma se advierte en el actual artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando la cuestión formal se reduce sólo a un problema de fiabilidad de determinada forma como expresión y prueba fehaciente del consentimiento, y de la autenticidad y capacidad de quien lo presta, la intervención de una autoridad extranjera que así lo certifique, cuando el acto tenga lugar en el extranjero, debe merecer, lógicamente, una consideración equivalente a la forma intervenida por una autoridad del foro, y así lo ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Dirección General, aceptando esa

posible equivalencia de las formas en materia de poderes formalizados ante autoridades extranjeras (véanse las Resoluciones de 11 de junio de 1999 y 21 de abril de 2003). Por ello no cabe duda de que la autenticidad de cualquier documento notarial como forma del consentimiento pueda reconocerse con carácter transfronterizo.

Más problemático parece, en cambio, pretender una eventual equivalencia de las formas cuando la intervención de determinada autoridad del foro, como un Notario, se exige como un requisito de eficacia del acto, a fin de proteger determinados intereses del foro, pues entonces la Ley que rige los efectos será la que realice el control de la equivalencia de la forma, control que puede quedar mediatizado por una falta de equivalencia en tales casos de las autoridades al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo, ni serle tampoco exigible el conocimiento ni la aplicación cabal de un ordenamiento jurídico foráneo, ajeno a su competencia y jurisprudencia. Pero este problema tan sólo se plantea cuando hay una falta de coincidencia entre *ius* y *forum*, esto es, cuando la Ley que rige el fondo del acto o negocio documentado no es concomitante con la de la nacionalidad de la autoridad del foro.

NOVENO Este es precisamente el problema que parece subyacer en el razonamiento seguido por el Encargado del Registro Civil para fundamentar la desestimación de la práctica del asiento registral al no provenir el documento calificado de autoridad del foro, pues, según resulta de la resolución denegatoria, el Magistrado entiende que la intervención del notario español es necesaria, al quedar sujetas las capitulaciones matrimoniales a la Ley española por ostentar uno de los cónyuges esta nacionalidad.

Sin embargo, este último razonamiento no puede tener amparo en este recurso. Ciertamente la intervención del notario español podría defenderse como necesaria con arreglo a la tesis antes apuntada ?dada la exigencia de escritura pública establecida en el artículo 1327 del Código Civil si la Ley española fuese la *lex causae*. Sin embargo, pese a la nacionalidad española de uno de los contrayentes, nada obsta a la competencia de la Ley italiana para regir el fondo del acto (al amparo del citado artículo 9.3, y por lo que resulta del propio contenido del documento que se presenta a inscripción), y por ello cabe entender que el documento autorizado por la notaria italiana cumple las exigencias de autenticidad en relación con la realidad fáctica que narra, así como la adecuación de su otorgamiento a aquella legislación, que en este caso es la aplicable.

Por todo ello, teniendo en cuenta que: a) los artículos 27 de la Ley del Registro Civil y 81 de su Reglamento admiten la eficacia registral de los documentos auténticos extranjeros, sean judiciales, administrativos o notariales, con fuerza en España con arreglo a las Leyes y Tratados internacionales; b) que el documento calificado ha sido apostillado con arreglo al Convenio de La Haya, llenando con ello el requisito supletorio de la legalización de los documentos autorizados por funcionario extranjero, que exigen como garantía de su autenticidad los artículos 88 y 90 del Reglamento del Registro Civil, al asegurar la legitimidad de la firma y del cargo del notario autorizante; c) que la intervención del notario italiano puede ser equivalente a la del notario español a los efectos de certificar de forma fehaciente el consentimiento prestado por los cónyuges al contenido de las capitulaciones y de probar la capacidad de los mismos; d) que la legislación italiana es competente para regular el fondo del acto capitular (artículo 9.3), dada la residencia habitual en aquel país de los otorgantes, y que en cuanto a las capitulaciones otorgadas en el extranjero tan sólo se impone imperativamente la Ley española a la forma, cuando las mismas se otorguen ante

autoridad diplomática o consular española, por exigencias del principio auctor regit actum (cfr. art. 11 n.º 3 CC; y e) que no se observa nada que pueda ser contrario al orden público, entre otras razones, cabe concluir que el documento notarial presentado es susceptible de ser indicado en el Registro Civil español, conforme a la Ley reguladora de éste.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso y revocar la calificación recurrida.

- - - -