

LA ESCRITURA OTORGADA ANTE NOTARIO EXTRANJERO.

Ignacio Gomá Lanzón.
Notario.

I

FORMA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La cuestión que es objeto de este trabajo, de gran actualidad, es qué valor y efectos ha de tener en España la escritura otorgada ante un notario extranjero. Y esta pregunta puede descomponerse en otras más concretas y cercanas como las siguientes:

- ¿Ha de admitirse para integrar una escritura pública en España un poder otorgado en el extranjero mediante un simple legitimación de firmas?
- ¿Vale la donación de inmuebles sitos en España hecha ante un notario francés?
- ¿Será inscribible una venta de inmueble situado en España hecha ante un Notario extranjero?
- ¿Puede formalizarse la constitución de una sociedad anónima domiciliada en España ante un Notario italiano?

Y por supuesto, la misma pregunta podría hacerse en un sentido inverso, interrogándonos si tales documentos autorizados por un notario español producirán los mismos efectos en el extranjero.

Estas preguntas, tan concretas y específicas, no son siempre fáciles de resolver. Una rápida respuesta a estas preguntas sería: si el documento viene debidamente traducido y apostillado ¿por qué no?

Sin embargo, todos sabemos que la cuestión no es tan sencilla. Un adecuado planteamiento exige situarnos en el mapa legislativo, mapa en el que aparecen diversos países, cada uno con sus peculiaridades propias.

En este sentido, la primera idea evidente que hay que tener en cuenta es que la eficacia de las leyes llega hasta la frontera del Estado que las promulga, que es hasta donde alcanza la soberanía de éste. No obstante, las relaciones jurídicas no tienen fronteras y en muchas ocasiones, y cada vez más frecuentemente, tales relaciones jurídicas se ven conformadas por uno o varios elementos –personales, reales o formales– vinculados a legislaciones diversas, por lo que la primera dificultad que se plantea es la determinación de la norma que haya de ser aplicada.

La resolución de estos conflictos se encomienda al Derecho internacional privado que, curiosamente, como señalaba recientemente el profesor francés de esta materia Pierre CALLÉ, no se ha ocupado en exceso del tema que nos ocupa, como si entendiera que requerir la ejecución de un acto formalizado en el extranjero fuera un atentado menos grave a la soberanía que exigir el respeto de la cosa juzgada en sentencia, y de hecho la doctrina se ha olvidado tanto de la cuestión de los actos auténticos que algún autor se ha atrevido a calificarlos como los “parientes pobres” del Derecho internacional privado¹.

En todo caso, es evidente que esta rama del Derecho se ha convertido en uno de los sectores del ordenamiento jurídico más de moda, por la mayor frecuencia actual del elemento extranjero; pero también ha devenido uno de los más complicados por la existencia de normas de diferente rango y ámbito (no olvidemos que al día de hoy sigue siendo básicamente un derecho interno de cada país) y porque juegan en él diferentes mecanismos de reenvío y excepción, principios y axiomas, que hace que las soluciones no sean fácilmente previsibles. Es, como recientemente nos recordaba Juan ALVAREZ-SALA, un Derecho altamente abstracto, un “Derecho sobre Derechos” y ello lo convierte en un “Derecho exquisito”, fruto de la diversidad y la dispersión, solo al alcance de expertos que sepan integrar sus normas en el juego superior de los principios, un “Derecho de profesores”, capaces de explicar el verdadero funcionamiento del sistema, sin que importe tanto la letra de la ley...² Quizá, habría que concluir, un Derecho poco *notarial*, en el sentido de que el Notario, acostumbrado a aplicar normas positivas, generalmente nacionales, con el objeto de obtener la máxima seguridad, entiende mal que lo que autorice pueda ser puesto en entredicho por principios o por normas extranjeras.

Pero es que además, y aquí nos encontramos con una segunda dificultad, una vez establecida con claridad la norma que haya de ser aplicada, el resultado puede no ser satisfactorio. Dado que, como es tradicional en el Derecho internacional privado, se pueden descomponer a través del conocido recurso de los estatutos los diversos elementos del negocio -personales, reales y formales- y aplicarles normas diversas, cabe que a una misma relación jurídica se le pueden aplicar leyes diferentes según contemplemos el estatuto personal, real o formal, con la consiguiente falta de armonía del resultado obtenido.

Ciertamente, a nosotros nos interesa fundamentalmente el aspecto formal del negocio jurídico, es decir, el modo en que el negocio queda plasmado. Pero es que, aun restringiéndonos sólo al aspecto formal, las soluciones no son internacionalmente unánimes y ello puede producir, a su vez, dos tipos de problemas.

Por un lado puede producirse un problema de validez del negocio cuando una ley exija una determinada forma con carácter constitutivo y otra ley involucrada en el mismo no lo haga.

Por otro, aun siendo válido el documento por razón de la forma, puede ser que no despliegue la eficacia que se pretende, por razón de una discrepancia sobre el valor

1 CALLÉ, P: “*L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et execution en France*”. Revue Critique, julio-setiembre, 2005, pág. 380.

2 ALVAREZ-SALA WALTHER, J: “*Documentos extranjeros y registros españoles: ¿conflictos de leyes o conflictos de intereses?*” El Notario del Siglo XXI, nº 2, julio-agosto 2005, págs.24 a 29.

del documento entre las dos grandes concepciones no ya del documento, sino del Derecho:

- El sistema legal europeo continental, con supremacía de la ley que los jueces se limitan a interpretar y aplicar; es la ley la que otorga eficacia especial a determinados documentos, aunque su empleo fraudulento pueda ser corregido por los tribunales.
- El sistema jurisprudencial, en el que la manifestación formal del Derecho se produce a través de las declaraciones jurisprudenciales y la ley mantiene un papel, en cierto modo secundario. No existe una predeterminación legal de la eficacia de la prueba.

A ello hay que añadir un elemento más, y muy importante, como es la pertenencia de España a la Unión Europea que tiene entre sus objetivos primordiales el logro de la libre circulación de personas, capitales y servicios, y sobre todo, desde la cumbre de Tampere de 1999, la convergencia de los sistemas jurídicos para lograr un espacio europeo de justicia; pero esta pretensión choca con la realidad de que la Unión Europea a su vez alberga en su seno sistemas jurídicos legales y jurisprudenciales de distinta naturaleza, lo que evidentemente dificulta la armonización pretendida.

Por otro lado, creo que no está de más decir que estos problemas de la forma no son siempre bien entendidos por los especialistas en materia internacional que prefieren, en su mayoría, primar la circulación internacional a la seguridad o la justicia, cuestión por el contrario sensible para los que nos dedicamos precisamente a la formalización de negocios jurídicos legales y seguros y nos sentimos, más allá de intereses corporativos, vinculados a esta tarea como una vocación.

2. LA FORMA: UNA BREVE REINVINDICACIÓN.

Forma, formalismo, solemnidad... todos estos términos parecen conducir hoy a algo rancio y envarado, a trámites burocráticos obstaculizadores de la vida misma que existe y se desarrolla al margen del Estado. Es más, la forma, el formalismo sugiere falta de sinceridad y autenticidad, porque parece que quiere ocultar el fondo real de las cosas, los intereses realmente existentes, y atenerse a lo expresado, a lo patente, a lo que se sujeta a las normas. Por ello en los ámbitos internacionalistas se las denomina “formalidades extrínsecas”.

Sin embargo, tal concepción es errónea. Como señalaba ARISTÓTELES, el ente concreto es el compuesto hilemórfico, que integra materia y forma. La materia es aquello de que está hecha una cosa; la forma es lo que hace que algo sea lo que es. Y en el ente llamado acto o negocio jurídico, también podemos encontrar este compuesto hilemórfico. La materia sería la voluntad y la forma, la declaración. Por ello, cuando hablamos de forma de los actos y negocios jurídicos no estamos hablando de trámites y burocracia, sino del ser mismo del negocio jurídico, inseparable de su materia y que le da su ser, tanto en los negocios formales como en los no formales.

Es más, en otros estadios de la evolución jurídica, la forma no era sólo el medio de expresión del negocio, sino el negocio mismo. Entre los romanos, por ejemplo, la obligación no nacía del nudo pacto, sino del cumplimiento de unos rituales o del pronunciamiento de determinadas palabras o el empleo de símbolos (forma dat esse rei).

Posteriormente, como es sabido, y por influencia de los canonistas, triunfa el principio de libertad de forma (consagrado en España en el Ordenamiento de Alcalá) y se establece que la obligación surge simplemente de la voluntad, con algunas excepciones en determinados negocios formales.

Pero incluso en esta tendencia espiritualista, todo acto o negocio jurídico tiene una forma, porque ha de expresarse de alguna manera, oral o escrita. De no ser así, la voluntad negocial se quedaría en un mero pensamiento y no tendría relevancia jurídica alguna.

La cuestión no es, pues, si la voluntad ha de ser expresada, pues ello es evidente, sino si la ley va a aceptar cualquier forma de expresión para dar validez al negocio jurídico. La forma es la respuesta a la pregunta siguiente: ¿cómo debe realizarse un acto para tener relevancia jurídica y que la ley lo proteja y ejecute, de ser necesario? Utilizando los términos aristotélicos, el *ente jurídico* necesita para existir una materia – la voluntad- y la forma determinada que convencionalmente se establezca.

Así, es posible que la ley de un determinado país no exija formalidad alguna (concebida en este sentido) y entienda que “de cualquiera manera que uno quiera obligarse, queda obligado”. Sin embargo, en muchas ocasiones, incluso en los sistemas espiritualistas, la ley exige en ocasiones que la voluntad se exprese de una determinada manera, para que el acto tenga relevancia jurídica y el ordenamiento lo tenga en cuenta. Las razones pueden ser de muy diverso tipo, como nos hace ver Pilar BLANCO LIMONES³:

- Resguardar a las partes de actuaciones precipitadas o poco reflexivas: la llamada *función admonitoria*.
- Facilitar la prueba de la existencia y finalidad del acto o negocio de que se trate: la *función probatoria*.
- Posibilitar que los negocios jurídicos nazcan sin vicios o irregularidades: la *función depuradora o de encauzamiento*.
- Reducir los litigios: la *función de economía procesal*.

Estas finalidades son las que hacen que a veces la ley exija la forma con carácter constitutivo y obligatorio. Pero lo que es importante señalar es que, aun siendo la expresión en forma pública del negocio jurídico voluntaria en la mayoría de las ocasiones, las partes acuden en la realidad viva a ella constantemente como elemento de cristalización y seguridad del negocio perfeccionado y para acogerse a la mayor fuerza jurídica que va anudada a un negocio creado con un distintivo de calidad.

Como señalaba brillantemente Roberto BLANQUER “el tema de la forma no ha sido objeto de análisis y estudio detenido como consecuencia del predominio de las concepciones espiritualistas, que consideraban las formalidades y solemnidades como trabas a la justicia y como pervivencia de modos primitivos y toscos”. “Sin embargo – sigue diciendo- las formas se manifiestan como instrumentos de seriedad y certeza en el momento de la perfección, como medios de cristalización y recuerdo del acto y conocimiento, aplicación y realización de su contenido.....”; todo ello vinculado a la

³ BLANCO LIMONES, P.: “Forma de los actos jurídicos”, en Derecho Internacional Privado, Vol. II, dirigido por Calvo Caravaca y Carrascosa González, Comares, 3º ed, pág. 2.

trascendencia procesal de determinadas formas auténticas y fehacientes, como medios de prueba justificativos del recurso de casación por error en la apreciación de la prueba, como medio de prueba sólo desvirtuables por medio de querrela, y como título ejecutivo y en el ámbito extrajudicial, como punto de partida de la posible eficacia frente a tercero del negocio formalizado⁴. En definitiva el fondo queda debidamente manifestado, cristalizado, conservado y legalizado, lo que en definitiva simplifica la tarea del Derecho de dar a cada uno lo suyo, pues ya se sabe qué es lo de cada uno.

De entre las posibles formas, hay que destacar la importancia histórica de la forma escrita frente a la oral, en su aspecto de recuerdo y cristalización del negocio documentado. Después de una primera fase caracterizada por la oralidad y el formalismo⁵, el desarrollo de la escritura permite la corporeización del negocio jurídico en el documento (en definitiva, como señalaba RODRIGUEZ ADRADOS, un bien mueble al que se le ha incorporado una grafía que explica el pensamiento jurídicamente relevante se su autor⁶), facilitando así la aplicación de la justicia.

Ahora bien, la cuestión esencial de la teoría del documento, como dice el mismo RODRIGUEZ ADRADOS, es la autoría o cualidad de autor del documento, que no es el que materialmente lo confecciona, el amanuense, ni siquiera el que lo firma, sino aquél de quien procede el pensamiento contenido en el mismo.

Este problema se solventa en un tipo de los documentos escritos, la escritura pública que, al ser redactada por el notario, incorpora a la idea de recuerdo y cristalización del negocio, predicable de todo documento, la virtud de la certeza indiscutible de su autoría y existencia por haber sido autorizada por un funcionario del Estado; razón por la cual, la ley atribuye a las declaraciones de voluntad expresadas de esta manera una verosimilitud prima facie que le permite anudar sin más los efectos que la misma ley tiene previstos para el negocio realizado, con lo cual se evitan engorrosas pruebas y trámites⁷.

Estas, y no otras, son las razones por las cuales las partes acuden voluntariamente a la forma escrita y particularmente a la pública, y por las que la ley en ocasiones la exige, a veces como forma de ser y a veces como forma de valer⁸.

4 BLANQUER UBEROS, R: "Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil", Academia Matritense del Notariado, EDERSA, 1977, pág. 226.

5 El Derecho romano clásico se rige por los principios de formalismo y oralidad (mancipatio per aes et libram, la stipulatio...). La stipulatio romana era forma constitutiva, pero necesitaba ser probada, por medios distintos. Posteriormente, se comienza a poner por escrito, para formalizar más tarde la stipulatio, que tiene carácter constitutivo; y la evolución termina con la presunción iuris et de iure de que si el documento existe, las palabras han sido pronunciadas. En las compilaciones de Justiniano, la stipulatio es ya simplemente un acto escrito.

6 RODRIGUEZ ADRADOS, A: "Documento". Escritos jurídicos, III, pag. 11. Madrid, 1996.

7 Pero la intervención pública no queda ahí: es que el notario **ayuda a las partes a configurar el negocio** y lo adapta al Ordenamiento jurídico. Ya Casiodoro, respecto de los escribas visigóticos, decía que son aquellos que no fallan contiendas sino que tienen por misión prevenirlas, deslindando con claridad los derechos de cada parte, imprimiendo a sus voluntades la misma fijeza e inmutabilidad que la ley, purgándolas de toda ambigüedad, asegurándolas frente a toda negativa sobre su existencia o sobre sus términos. Pero hay algo más: con motivo de la forma notarial, y la condición de funcionario del fedatario, el Estado aprovecha para cumplir funciones que no son puramente formales pero que interesan a la comunidad, imponiéndole que controle el fondo del asunto para adaptarlo a la ley y que cumpla además funciones conexas de tipo fiscal, inversiones extranjeras o de protección a terceros,.....

8 La distinción entre "formas de ser" y "formas de valer", paralela a la de formas "ad solemnitatem" o "ad probationem" se debe a GONZÁLEZ PALOMINO. Las primeras son formas constitutivas, sin las cuales el

Concluamos esta digresión diciendo, como lo hacía IHERING, que el peso de la forma no entorpece sino que garantiza y vigila la regularidad de los intercambios ya que la forma es para la libertad una manera de ser, de reforzarse y de protegerse y la califica de enemiga jurada de la arbitrariedad y gemela de la libertad.

3. CONCLUSIÓN: LA FORMA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Dicho la anterior, es preciso señalar que la cuestión que aquí nos interesa es que los distintos ordenamientos jurídicos difieren a la hora de determinar qué negocios jurídicos son formales o no formales y también, en el caso de los primeros, en las formalidades requeridas. En definitiva, cada legislación tiene su propia definición del “ente jurídico” aristotélico y ello puede plantear un conflicto de leyes cuando un acto ha de ser calificado por normas de diferentes países.

Pero, como hemos destacado, no hay que perder de vista que la forma no es una cuestión externa al acto, una “formalidad externa” fácilmente prescindible, sino que entra dentro mismo de la definición de negocio jurídico que cada ordenamiento quiera hacer, de sus propios valores y preocupaciones, de su balance y equilibrio de libertades y garantías.

Por ello cabe decir que esta cuestión no es sólo un problema técnico, como el conflicto de leyes, o corporativo, de defensa de intereses particulares. Es, en el fondo, algo más: un problema político en el que se tensa el tradicional e histórico binomio justicia-seguridad del tráfico; globalización-defensa de lo propio; conflicto entre sistemas jurídico legales continentales (más avanzados y correspondientes a la fase romana del derecho justiniano) y sistemas anglosajones de tipo jurisprudencial (más primitivos correspondientes a la fase romana pretoriana).

También es, cómo no, un problema corporativo porque afecta al quehacer diario de los notarios; no obstante lo cual hay que decir que existen entre éstos diversas sensibilidades, unas más proclives a mantener una postura más restrictiva con el documento extraño, por los riesgos que el mismo supone, y otros más propensos a admitir la libre circulación del documento, sobre todo en el contexto europeo.

En todo caso, es hoy una materia que se nos plantea últimamente, en toda su crudeza, por la generalización del elemento extranjero en las transacciones, la globalización, el comercio internacional y la facilidad de los desplazamientos y de las comunicaciones y en particular, en el mundo del Derecho documental, por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, emitida en los últimos tiempos, como tendremos ocasión de examinar.

acto no llega a tener existencia jurídica (matrimonio, capitulaciones matrimoniales, donación de inmuebles...). Las segundas son títulos de legitimación destinados a actuar inmediatamente en el tráfico, pues permiten demostrar su existencia y extensión, lo que no sería fácil conseguir extrajudicialmente de otro modo.

II LA VALIDEZ DE LOS DOCUMENTOS EXTRANJEROS.

Pues bien, entrando en el asunto objeto de nuestro estudio, y situada la cuestión en el aspecto formal, lo primero que hemos de hacer es descartar materia:

Por un lado, como es obvio, descartaremos las cuestiones de fondo y presumiremos que el notario extranjero ha cumplido los requisitos sustantivos del testamento, por ejemplo, y éste contiene institución de heredero, de ser necesaria, respeta legítimas y reservas, el testador es capaz, etc. ; o de tratarse de una venta, se han cumplido los requisitos de capacidad, representación, tradición, o licencias o autorizaciones previas; y lo mismo tratándose de cualquier otro negocio jurídico. Estos asuntos son evidentemente importantísimos, pero no son el objeto de nuestro trabajo.

Aunque sí entrarían dentro de nuestro estudio no voy a detenerme demasiado en las formalidades exigibles a los documentos extranjeros como tales documentos extranjeros: legalización o apostilla, traducción y justificación de la ley extranjera; ni tampoco a las formalidades exteriores de los documentos, folios sellos, y apariencia de autenticidad formal.

Lo que nos interesa es cómo insertar en un determinado orden jurídico un acto o negocio formalizado públicamente de acuerdo con las disposiciones y normas de otro ordenamiento jurídico diferente. Es, en definitiva, el problema de la forma de los negocios jurídicos, y ello nos aboca irremediablemente a hacer una mención del art. 11 del Código civil y disposiciones concordantes. Ahora bien, desde ahora señalo que será una mención sucinta porque este precepto se refiere a la validez de los negocios jurídicos y nosotros nos queremos centrar en la eficacia de la escritura.

El sistema legal parte de un principio general, que es la regla "*locus regit actum*", con arreglo a la cual la ley natural de la forma de estos actos es la *lex loci*. Dice el art. 11: "*Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen*".

Esta era la regla tradicional, constitutiva del llamado estatuto formal. Sin embargo, la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974, introdujo nuevos puntos de conexión que la mayoría de la doctrina considera que tienen carácter alternativo, no sucesivo, de modo que para que el acto o negocio sea válido bastará con que se cumplan los requisitos de forma previstos en cualquiera de dichas leyes.

Así, sigue señalando este artículo: "No obstante, serán también válidos

- 1) "los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como"
- 2) "los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes."
- 3) "Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen".

Aparte, se establecen reglas especiales para el otorgamientos en lugares singulares. Dice el precepto: *"Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado a que pertenezcan"*.

A estos criterios alternativos se añade uno imperativo, por intervenir en el acto una autoridad española: *"Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero"*.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el art. 11 es la norma básica o de última remisión, pero existen otras reglas especiales dentro del Derecho español, e importantes tratados internacionales. Entre las primeras pueden citarse las relativas a los títulos cambiarios (arts. 99 y 64 de la Ley Cambiaria y del Cheque), formas de celebración del matrimonio (arts. 49 y 50 del Código Civil, formas de constitución de la adopción (art. 9.5 del Código civil).

En cuanto a los Tratados, es fundamental en el ámbito contractual el artículo 9 del Convenio de Roma de 19 junio 1980 y en el sucesorio el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado en 1988, que, al igual que el de Roma, tiene carácter erga omnes

El primero establece un sistema alternativo entre la *lex loci* y la que rige el contenido. El contrato celebrado entre ausentes desde países diferentes será válido con arreglo a la forma admitida en cualquiera de ellos. Los contratos de consumo se registrarán por la ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor. Y los relativos a derechos reales inmobiliarios o derechos de utilización de un inmueble quedarán sometidos a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que según esa ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo (art. 9.6).

Esta última norma tiene gran importancia para el objeto de nuestro estudio. La excepción relativa a que la norma imperativa sea aplicable independientemente de la ley del lugar y del fondo es interpretada por parte de la doctrina en el sentido de que debe tratarse no sólo de normas imperativas sino de normas de orden público internacional, con obligación de una aplicación restrictiva.

El Convenio de La Haya suministra un extenso índice de sistemas jurídicos donde buscar la validez formal: la ley del lugar en que el testador hizo la disposición, la ley de la nacionalidad del testador, la de su domicilio, la de su residencia habitual (en estos tres casos, tanto referidos al momento en que dispuso como al de su fallecimiento), y respecto de los bienes inmuebles, el lugar en que estén situados. Esta norma ha desplazado al artículo 11 en materia de formas de disposición por causa de muerte, pero no totalmente, ya que el Convenio admite también la validez formal conforme a la ley designada por las normas de conflicto de los Estados parte y como hemos visto el artículo 11 admite también la ley reguladora del contenido, no comprendida en el Convenio. Sin embargo, parece que el Convenio puede afectar a la regla imperativa contenida en art. 669 del Código Civil, que prohíbe a los sujetos al Derecho común el otorgamiento de testamento mancomunado.

Sin embargo, pese a la importancia de tales normas convencionales o especiales (en particular es importante el mencionado art. 9.6 del Convenio de Roma), el artículo 11 sigue vigente como precepto general. De este precepto interesa destacar que para la doctrina mayoritaria, el art. 11 se refiere a la forma como requisito de validez del acto o negocio, pues al hablar de “validez” parece estar presuponiendo que alguno de los puntos de conexión exige algún requisito formal. No tiene sentido que si ninguno de los puntos de conexión establece forma alguna, vaya a sufrir el negocio alguna merma en su eficacia o validez por este motivo: sobraría el precepto. La norma, en definitiva, se inspira en el principio del *favor negotii*, es decir, está dirigida a evitar nulidades por motivos de forma y favorecer la validez del acto. Lo que pretende es que un determinado negocio que sea formal de acuerdo con alguna de las leyes aplicables, sea válido si se ha sujetado a la forma, más liviana, establecida por las normas a las que se remiten los otros puntos de conexión. Si, por ejemplo, dos extranjeros celebran unas capitulaciones en España en documento privado, en España serían válidas esas capitulaciones si tal forma fuera admisible en la legislación común de ambos, aunque en nuestro país sean un documento formal.

Sin embargo, la sencillez del sistema se ve complicada por el segundo apartado del artículo cuando dice: *"Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero"*.

Realmente, si, como acabamos de decir, el apartado primero del art. 11 se refiere a los negocios formales, su contenido quedaría limitado por el apartado segundo, que hace caso omiso de la ley del lugar y remite a la reguladora del contenido, si esta establece algún requisito formal imperativo.

Al respecto hubo una polémica doctrinal muy interesante, en cierto sentido ya superada⁹. Una parte de la doctrina sustentaba una aplicación literal del precepto (ALONSO HORCAJADA, IGLESIAS BUHIGUES): el precepto es claro en sus términos, lo que significa que exigiendo la ley del fondo una determinada forma como requisito constitutivo, el negocio debe otorgarse en esa forma, aunque ello suponga una importante limitación del párrafo primero. Lo que se buscaría es que haya un mismo régimen para el fondo y para la forma en estos casos.

Otra parte de la doctrina entiende que lo que este precepto pretende no es lograr la unidad de fondo y forma como principio del sistema, sino simplemente proteger la normativa de la forma de la ley española cuando esta sea de acuerdo con el Derecho Internacional privado, reguladora del fondo del asunto. Piénsese por ejemplo en la

⁹ Véase, por ejemplo: GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F: Comentario al art. 11 en “Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales” Tomo I, Vol 2º, artículos 8 a 16. Segunda edición, Págs. 826 y ss.

forma reguladora del matrimonio civil en 1974, con la obligatoria declaración de acatolicidad. Sería una alteración parcial de las conexiones del párrafo primero.

La cuestión no es baladí. En función de lo dispuesto en el art. 11.2, si la forma exigida por la ley del contenido, ha de ser aplicada incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero ¿qué significa a efectos prácticos este precepto? ¿Que las capitulaciones entre españoles han de otorgarse siempre ante notario español? ¿o quizá que el notario italiano ante quien se otorguen habrá de cumplir todo los ritos y formalidades establecidas ante notario español?

Esta última pregunta nos introduce un interrogante más: cuando el que interviene es un funcionario público de un determinado estado ¿se le puede exigir que cumpla con las formalidades establecidas en una normativa extranjera?

Por ejemplo ¿podrá el notario de Madrid autorizar un testamento otorgado por un catalán ante dos testigos que sean oficiales del notario autorizante (dado que el Reglamento Notarial lo prohíbe y el Código de Sucesiones catalán lo permite)? ¿Cabe que el testamento del español otorgado ante notario italiano se haga sin testigos, cuando la ley italiana los exige?

Parte de la doctrina pareció entender admisible la aplicación por el notario de formalidades foráneas, por estimar que aunque no hay norma que expresamente lo autorice, tampoco hay norma que expresamente lo prohíba. Con RODRIGUEZ ADRADOS, entiendo que ello no es posible, lo que es cuestión diferente de la validez o no del documento autorizado¹⁰. Y ello por el principio *auctor regit actum* que está explícitamente establecido en el art. 11.3 en relación a los actos jurídicos autorizados por los funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero y que puede entenderse implícita en el artículo 11.111. En todo caso parece lógico que el funcionario se someta a las formas del Estado del que es funcionario.

Si ello es así, se nos plantea un problema grave, porque si el notario siempre ha de sujetarse a las formalidades propias y si según el art. 11.2 hay ciertos formalidades que han de cumplirse siempre, podría entenderse que estos actos únicamente podrían autorizarse por notario español y nunca por notario extranjero, para ser válidos.

Para resolver este problema desarrolló Roberto BLANQUER la idea de la *"equivalencia de las formas"*¹²: si la formalidad exigida por la *lex loci* coincide sustancialmente con la de la ley del contenido se considerará cumplida ésta última aunque los detalles no sean idénticos. Ello significa que cuando el artículo 11.2 habla de formas o solemnidades está refiriendo a la *forma* en general (oral o escrita, pública o privada) pero no a las *formalidades de la forma* (testigos, papel, modo de realizar la

¹⁰ Una cosa es lo que establezca el Reglamento Notarial y otra que el acto otorgado de una forma u otra sea válido o no.

¹¹ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: *"Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado"*, Ponencia de la delegación española para el tema I del XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, Guatemala, 1977. Revista de Derecho Notarial, números XC-XCVIII, julio-diciembre de 1977; y en Escritos jurídicos, Tomo III, CGN, 1996, pág. 533.

¹² Ob. Cit. Pág. 220. También en *"La escritura pública en la Unión Europea"* en Estudios de Derecho Documental, del Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, págs. 336 y 370 y ss.

lectura, requisitos de firma, fórmulas exigidas, advertencias obligatorias, líneas, sílabas.....). Es decir, habría que entender que la remisión a la norma del contenido es puramente conflictual: la ley del contenido determinará si es preciso que la voluntad se exprese de una determinada manera; pero una vez determinada la formalidad exigible, esta se puede cumplir en otro lugar de manera equivalente.

Por ejemplo, si la ley española exige escritura pública para un determinado negocio, podrá entenderse cumplida esta exigencia si el acto se ha otorgado en el extranjero ante un Notario del tipo latino, análogo al español; será mucho más dudoso si ha intervenido lo que suele llamarse Notario anglosajón u otra autoridad diferente¹³.

La jurisprudencia ha avalado esta interpretación en materia de poderes para pleitos, pues ha considerado ampliamente admisibles los realizados ante notario extranjero. Posteriormente nos referiremos a estas sentencias.

No obstante, es de señalar que el criterio no es siempre homogéneo. Si bien la sentencia de la AT de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1985 declaró válido un testamento ológrafo protocolizado ante autoridad extranjera, respetando al regla auctor regit actum, es muy conocida la sentencia del TS de 4 de octubre de 1982 que en una escritura de donación ante un Notario francés y referida a un inmueble sito en España, considera, alegando a la aplicación del art. 11.2 CC, que la escritura no puede ser eficaz por no constar en ella la fecha del otorgamiento requerida en el art 156.2 del Reglamento Notarial, que es una especial solemnidad exigida por la ley española. También es de señalar la del propio TS de 5 de junio de 2000 en la que se considera nula una donación de inmueble sito en España, hecha por dos daneses en un contrato de capitulaciones formalizado en documento inscrito en el registro del Juzgado Municipal porque, aunque pueda ser la ley aplicable al contenido la danesa, como ésta no se ha probado, se aplica la española, que exige escritura pública.

En todo caso, aun admitida como tesis de principio la tesis de la equivalencia, es preciso señalar que para que se dé tal equivalencia ha de haber un mínimo de formalidades. Señalaba ISIDORO LORA las formalidades mínimas que un documento debería tener para ser equivalente al español, aparte de ser autorizado por un funcionario público: *imparcialidad* del autorizante; *presencia* ante el autorizante de los otorgantes e identificación de los mismos, juicio del autorizante sobre la *capacidad* de los otorgantes según intervengan y sobre la legalidad del otorgamiento; prestación del consentimiento *ante el autorizante* y *firma* o confirmación del contenido ante el mismo; *autorización* del documento a continuación e inmediatamente del otorgamiento.

Señala LORA que estos requisitos no coinciden con los del Notariado latino, que incluirían además: la existencia del protocolo (con algunas excepciones como por ejemplo poderes que se otorgan para un solo acto o negocio jurídico), autoría por el

¹³ Como señala ANGEL IRIARTE (ANGEL IRIARTE, José Luis: comentario al art. 11 en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Gil de la Sierra. Tomo I, Bosch), “para su aplicación (del art. 11) tienen que darse dos circunstancias: tenemos que encontrarnos ante un negocio formal o solemne según la ley reguladora del contenido y el intérprete debe determinar que con arreglo a la lex substantiae la forma requerida tiene un valor constitutivo. Dándose estas condiciones, la forma establecida en la ley que rige el fondo habrá de ser observada, pero puede ser cumplida con arreglo a otro ordenamiento; por ejemplo: si la lex substantiae exige para la validez del negocio jurídico que el mismo conste en escritura pública, esto deberá ser respetado, pero la escritura pública podrá ser otorgada ante fedatario público de otro país, de acuerdo con lo establecido al respecto por su legislación”

notario del documento (hoy habría que excluir las pólizas intervenidas, que son también documento público), lectura por el Notario o manifestación de los otorgantes de que lo han hecho, unidad de acto, expresión de la fecha.....¹⁴

III

LA EFICACIA EN ESPAÑA DE LA ESCRITURA OTORGADA ANTE NOTARIO EXTRANJERO

1. EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS Y EFICACIA DEL DOCUMENTO.

Pues bien, llegados aquí hemos avanzado mucho, pero no lo suficiente. Hasta ahora hemos llegado a la conclusión de que si la ley española no exige para un determinado acto o contrato formalidad alguna, tal acto será válido en España y si la ley aplicable a contenido exige alguna formalidad con carácter esencial, deberá cumplirse, aunque podrá hacerse en el extranjero mediante el cumplimiento de una formalidad equivalente, siempre que resulte aplicable el art. 11.2 del Código civil.

Sin embargo, esto nos resuelve sólo la mitad del problema: el artículo 11 realmente se limita a establecer la validez de los actos impidiendo su nulidad por motivos formales en virtud del principio *favor validitatis*, pero nada dice de la eficacia. Y esto ya lo destacaba en 1977 BLANQUER y poco después RODRIGUEZ ADRADOS que afirma, en una frase ya clásica, que este olvido de la eficacia del documento es la mayor crítica que puede hacerse al precepto pues las formas que verdaderamente tienen interés son las formas de valer: el Derecho es fundamentalmente un sistema de eficacias, que en gran medida tienen su fuente en la forma y en la publicidad: si con su principio *favor validitatis* ha logrado salvar de la nulidad por defecto de forma a un documento y luego éste no tiene valor en juicio ni puede en su caso ser inscrito en el registro de la propiedad, bien poco ha hecho el art. 11.2.

Efectivamente, es preciso hacer aquí una distinción clave: una cosa es la validez y eficacia del acto y otra, la validez y eficacia del documento. La cuestión fundamental no es tanto si el negocio contenido en el documento es válido y eficaz, que lo será, sino si tal documento, y por consiguiente el acto, va a gozar de la eficacia privilegiada que a la escritura pública ante notario español concede la legislación española: la eficacia legitimadora, la eficacia probatoria, la eficacia ejecutiva; o si más bien se asimila a los documentos privados, y aunque el contrato que albergue sea válido, no gozará de las ventajas excepcionales del documento notarial español.

Lo que me interesa destacar en este momento es que la *teoría de la equivalencia de las formas*, consagrada por Blanquer, fue creada en un momento determinado y en unas circunstancias concretas, con la finalidad de dar una interpretación satisfactoria al entonces nuevo artículo 11.2 del Código civil, y también, justo es reconocerlo, como

¹⁴ LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I: “Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros”, en III Congreso Nacional del Notariado Español, Maspalomas (Gran Canaria), 1986, Consejo General del Notariado, 1988, pág. 189.

¹⁵ RODRIGUEZ ADRADOS, A.: *ob. Cit.* pág. 536.

sustitutivo para neutralizar el peligro de la libre circulación de profesionales que, aunque como principio excluía a los que participan del poder público¹⁶, siempre se encuentra en el horizonte de lo posible.

Pero hoy las cosas han cambiado mucho y quizá es necesario reinterpretar esta teoría. ¿Cuáles son las razones de este cambio?

Hasta hace poco, la autarquía en materia de actos jurídicos y la escasez de las relaciones internacionales hacía que no se presentara un excesivo número de casos que pudieran dar lugar a conflicto. Pero hoy, la mayor celeridad de las transacciones, la globalización y la cada vez más frecuente circulación de derechos y mercancías pone de relieve un problema que anteriormente se limitaba a la calificación de los poderes.

Por otro lado, nuestro ingreso, ya lejano, en la Unión Europea, supone embarcarnos en un proceso tendente a la armonización y la unificación de muchos aspectos de la vida económica y jurídica, entre los cuales está si duda este. Es de destacar especialmente en este sentido la cumbre de jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999. El punto 2 de los llamados “hitos o jalones de Tampere” habla de que instaurado el mercado único y la unión monetaria, le toca el turno al derecho a circular libremente y a disfrutar de unas condiciones de seguridad y de justicia accesibles a todos. Se busca una unión de libertad, seguridad y justicia, y ello supone la creación de un espacio jurídico único en Europa. Para conseguir este objetivo, Tampere trata muchos aspectos como la política de asilo y emigración, lucha contra la delincuencia, pero lo que nos interesa es lo que en las conclusiones de la cumbre se llama la creación de un “auténtico espacio europeo de justicia”: mejor acceso a la justicia en Europa, el reconocimiento mutuo de sentencias judiciales y una mayor convergencia del Derecho civil.

Desde el punto de vista interno, es preciso recordar que no hace mucho desapareció una barrera legal que hasta hace poco impedía que la cuestión se planteara en toda su extensión. Hasta 1999, la legislación de inversiones extranjeras establecía que las inversiones extranjeras se formalizarían en documento autorizado por fedatario público español, lo que incluía las sucesivas transmisiones en las que se materializara la inversión. Hemos ya casi olvidado la inextricable maraña que suponía esta legislación casi desactivada, pero conviene recordar que eran inversiones extranjeras las directas, las en cartera, las inversiones en inmuebles y las llamadas “otras formas de inversión”. El RD 664/1999 suprime esta obligación a consecuencia de un dictamen de la Comisión europea que consideraba esta obligación incompatible con el derecho comunitario europeo¹⁷.

En resumen, nos encontramos con un importante impulso internacional a la libre circulación del documento al que se añade una supresión interna obligada de ciertas barreras que impedían la llegada de documentos extranjero. Y ello nos pone sobre la

¹⁶ El art. 45 del Tratado constitutivo de la CE excluye del libre establecimiento de profesionales y la libre prestación de servicios profesionales las actividades que un Estado están relacionadas, aunque sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

¹⁷ Se trata de un dictamen de la Comisión Europea de 27 de enero de 1998, que aparece extensamente recogido en “El documento extranjero ante el Registro de la Propiedad Español”, de José Antonio MIQUEL CALATAYUD, Centro de Estudios Registrales, 2001, págs 277 y siguientes.

mesa de una forma inmediata la cuestión de si tales documentos van a tener en España la misma eficacia que la escritura pública.

La solución no es tan sencilla como admitir la corriente dominante, porque las dificultades prácticas que una postura permisiva puede plantear tienen una cierta envergadura:

Por un lado, tales documentos extranjeros pueden no revestir las mismas garantías que las que se exigen en el país de recepción, por lo que, por la misma razón, no deberían tener los mismos efectos. Señalaban BOLÁS-LORA Y SAGARDÍA que hay una relación causa-efecto entre la complejidad de la actuación notarial y los efectos del documento autorizado: a mayores garantías, mayores efectos y siempre con un límite máximo, el de la eficacia que el documento extranjero tenga en su país de origen¹⁸.

El problema proviene del diferente valor que los sistemas jurídicos atribuyen al documento público. En los sistemas de notariado latino, la ley favorece la creación de documentos públicos estableciendo unos profesionales-funcionarios que solemnizan y regularizan el negocio, adaptándolo a la legalidad, por lo que en caso de contienda, ejecución o en general, siempre que haya que hacer valer el derecho, tienen un valor tal que no puede ser discutido, ni siquiera judicialmente, sino por medios extraordinarios e incluso, en lo que se refiere a lo percibido por el notario y manifestado por él bajo su fe, sólo por vía penal; en cambio, en los sistemas anglosajones, no existe el notariado revestido de las mismas obligaciones y prerrogativas; el documento es fundamentalmente privado aunque las firmas pueden constar auténticamente, y por ello su trascendencia en juicio no se diferencia de las demás pruebas, pudiendo ser desvirtuado por otras, como la de los testigos. Mientras que en los sistemas de notariado latino, hay un sistema de seguridad o justicia preventiva, en los anglosajones todo gira alrededor del juez, que goza de un gran poder de decisión, realzado por el valor que el precedente tiene en este sistema. Esta diferente concepción del documento produce problemas cuando han de hacerse valer en el extranjero.

Por otro lado, la intervención notarial tiene un aspecto funcional que le liga al estado que le nombra y del que depende, y que se condensa en el control de legalidad del acto autorizado, en la protección de terceros interesados y en una serie de funciones complementarias de naturaleza fiscal, de colaboración en relación al blanqueo de dinero, o con otras administraciones en muy diversas materias. En este sentido, la aceptación del documento extranjero supone un cierto conflicto de autoridades.

Lo que queda en todo caso claro es que la teoría de la equivalencia de las formas no es ya un instrumento suficiente para resolver esta cuestión, porque tal teoría se limita a establecer que el negocio formalizado en el extranjero, si cumple todos los requisitos de fondo y forma, será válido y también eficaz en España, debidamente exigida entre los tribunales; pero en realidad lo que nos interesa es si el documento público extranjero gozará de la eficacia privilegiada que tiene la escritura pública española.

18 BOLÁS ALFONSO, Juan; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, Isidoro; y SAGARDIA NAVARRO, Manuel: *“Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario”*, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, ponencia de la delegación Española, Revista Jurídica del Notariado, número extraordinario, 1992, pág. 482.

2. A LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO PERDIDO.

Todo lo dicho anteriormente nos obliga a ir un poco más allá para encontrar un criterio que nos de una pauta de actuación en los diversos supuestos que pueden presentarse, en el bien entendido de que nunca será una respuesta totalmente satisfactoria porque al ponerse en contacto legislaciones, costumbres, y, en definitiva, modos de pensar diferentes, será difícil encontrar una regla que resuelva de una vez todos los problemas que puedan plantearse. Por ello estimo que la cuestión no es de *dogmas*, sino de *dosis* (dosis de seguridad, dosis de celeridad, dosis de garantías...) que permitan llegar a una solución admisible internacionalmente.

En este sentido, señalaba recientemente BLANCO LIMONES en esta misma sede que hay que buscar una regla general de reconocimiento, establecer qué ordenamiento jurídico determina los efectos que una decisión extranjera, en nuestro caso un documento público, despliega en el Estado requerido, en nuestro caso España. Y señala las dos tendencias que hay en esta materia:

Por un lado está la *teoría de la equiparación de los efectos*,² según la cual el documento público extranjero debe ser equiparado al documento público nacional, desplegando los mismos efectos que éste. Esta tesis (defendida por ANCHILOTE) tiene el inconveniente de que atribuye a los documentos efectos que las partes no pudieron prever y además implica que el documento va a producir efectos distintos en cada país, si se presenta en varios.

Otra tesis, la *teoría de la extensión de los efectos*, establece que es el estado de origen el que determina los efectos que ha de producir el documento y cuál es su contenido, y el estado requerido se limita a extender los efectos fijados por el derecho del estado de origen en su territorio, fijando los límites y el procedimiento para llevar a cabo esta extensión del efecto. Esa tesis tiene la ventaja de asegurar a uniformidad de las soluciones en todos los países y además potencia la seguridad jurídica y acoge las soluciones alcanzadas por el derecho extranjero, lo que acentúa su internacionalidad. Es la tesis seguida por gran parte de la doctrina como LIMAN, MORELLO, CUADRI o MONACO¹⁹.

Esta segunda tesis parece, en efecto, más adecuada para lograr la mezcla necesaria de seguridad y circulación del documento. En el fondo, nos está demostrando que hay un límite para el reconocimiento de la eficacia de un acto, que es la que tenga en su país de origen. Y ello indirectamente debería presuponer que tales efectos están respaldados por el hecho de que tales documentos se han confeccionado con unas ciertas garantías y requisitos.

Sin embargo, hemos de señalar que con este criterio no es suficiente para encontrar una solución, al menos desde un punto de vista operativo. Cuando el jurista práctico se encuentra con la necesidad de determinar qué eficacia haya de tener un documento público extranjero, no le bastará conocer la teoría de la equiparación o de la extensión de los efectos, sino que habrá de examinar la legislación internacional y

¹⁹ Se trata de la conferencia de apertura de curso de la Academia Matritense del Notariado, pronunciada el 20 de octubre de 2005, que lleva el nombre de "El título ejecutivo europeo", pendiente de publicación, pero puede verse una reseña amplia en el número 4, correspondiente a Noviembre-Diciembre de 2005, de la revista "El Notario del Siglo XXI"

también la del país de recepción del documento para establecer si de acuerdo con ellas es posible equiparar o extender los efectos del documento extranjero. O dicho de otra manera, para poder reconocer la eficacia probatoria, ejecutiva o legitimadora, características de la escritura pública española, a un documento extranjero es preciso que tal circunstancia esté prevista en la ley del país de recepción, o en una norma internacional, del mismo modo que está prevista la eficacia de un documento interno, porque tal eficacia es excepcional.

Por ello, al menos de momento, es ilusorio establecer una equivalencia de la formas con carácter general, porque, a la hora de la verdad es imprescindible realizar *un análisis individualizado de las eficacias*, de cada una de las eficacias, desde el punto de vista positivo, para determinar en cada una de ellas, qué papel corresponde al documento extranjero. En este sentido es necesario realizar una *déconstruction*, como dicen los cocineros modernos, de los efectos de escritura pública para ver si el documento bajo examen los puede desplegar o no, comenzando por los más específicos, los que están determinados legalmente, el probatorio y el ejecutivo, para luego examinar el sustantivo que es el que más nos incumbe y el que más problemas plantea.

3. EXAMEN ANALÍTICO DE LOS DIVERSOS TIPOS DE EFICACIA.

A) Eficacia probatoria.

Como es bien sabido, los documentos públicos ante notario español gozan de una especial eficacia probatoria. El artículo 1218 del Código civil establece: *“los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”*. Esto se complementa hoy con el artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, mejorando el texto del artículo 1218 del Código civil, establece que los documentos públicos, en los términos que en dicha ley se establecen, harán *“prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en la que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”*

Dos son los aspectos que me interesa destacar del valor probatorio del documento público español, pues nos servirán para trazar luego los límites del documento público extranjero.

A afectos procesales, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece el carácter de prueba plena del documento público. Como es sabido, la redacción del Código civil supuso una cierta reducción del carácter de prueba plena que desde antiguo había tenido la escritura pública, estableciendo que la prueba debía valorarse conjuntamente sin que el documento tuviera un valor preferente (aunque ello exigía matizaciones). Hoy, la Ley de Enjuiciamiento Civil vuelve a darle el valor de prueba plena, lo que significa que estos documentos llevan ínsita una presunción de veracidad que ha de ser reconocida como tal a menos que se desvirtúe impugnando el documento con argumentos y pruebas suficientes (querrela de falsedad penal o civil; nulidad formal o sustancial; simulación) y

sin que pueda recurrirse a la apreciación conjunta de la prueba. Esto otorga una enorme fuerza probatoria al documento público.

El segundo aspecto que me interesa destacar es el de la extensión del efecto probatorio del documento público. En este sentido, tratándose de escrituras públicas, evidentemente hacen fe de todo lo que narran, tanto de las declaraciones del notario como de las que provienen de las partes. Ahora bien, en esta cuestión se ha experimentado una importante evolución por la doctrina notarialista y por la misma ley. En efecto, en la doctrina más antigua persistía la idea de que el notario no era en el fondo más que un testigo, un constataador de hechos que percibe por sus sentidos, lo que explica que GONZÁLEZ PALOMINO no encontrara diferencia sustancial entre las escrituras y las actas²⁰.

Sin embargo, debemos a RODRIGUEZ ADRADOS la elevación del concepto de escritura pública a un nivel superior. Interpretando la expresión “del hecho que motiva su otorgamiento” que contiene el artículo 1218 del Código civil, y dado que conforme al art. 1 de la Ley del Notariado, el notario está autorizado para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, llega a la conclusión que tal *hecho* es un acto o contrato. Este avance es decisivo, pues la escritura no da fe ya solo de las declaraciones del notario y de que los comparecientes han hecho las suyas (no de su veracidad), sino del acto o negocio jurídico mismo, de su eficacia contractual, que es probada directamente mediante este documento. Esta tesis es recogida hoy por la LEC que, como hemos visto, sustituye la expresión del “hecho que motiva su otorgamiento” por la más clara “hecho, acto o estado de cosas”, que indudablemente incluye el negocio jurídico²¹.

Como se puede comprobar, en definitiva, el documento notarial español tiene un efecto probatorio excepcional, y el interrogante que hemos de resolver es qué valor probatorio haya de tener el documento público extranjero en España. Piénsese que hay países en los que la intervención notarial se limita a una legitimación de firmas, quizá no presencial, y desde luego sin asesoramiento jurídico ni control de legalidad, mientras que la actuación del notario español, en una simple acta de presencia o de notificación, por lo general comprenderá identificación del compareciente, examen de la regularidad de la representación, exclusión de aquellas materias contrarias a la ley (y la moral y buenas costumbres, en la expresión reglamentaria) o aquellas que sean materia específicamente competencia judicial (regla consagrada en diversas resoluciones de la Dirección General) y si no asesoramiento (que en un acta podría implicar decantarse sólo por la parte presente) sí al menos un examen del interés legítimo y de las normas aplicables a la actuación de que se trate, para impedir que se frustre el fin legítimo perseguido (examen de plazos perentorios, modo de verificar las notificaciones, contenido de las declaraciones...), aparte de proceder por regla general a su redacción. En materia de escrituras, en las que se contiene un negocio jurídico, la intervención es todavía más completa porque supone además de lo dicho, un control de regularidad del fondo, el cumplimiento de los requisitos sustantivos para el acto de que se trate, y el asesoramiento a ambas partes sobre los medios jurídicos más adecuados para los fines lícitos que se propongan alcanzar (como literalmente dice el artículo primero del

20 GOMÁ SALCEDO, J.E: “*Derecho Notarial*”, Dykinson, Madrid, 1992, págs. 209 y 210.

21 RODRIGUEZ ADRADOS, A.: “*Escrituras, contraescrituras y terceros*”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXII, págs. 324 y ss.

reglamento notarial). Todo ello justifica que el documento notarial tenga el carácter de prueba plena que se le atribuye.

Por ello procede preguntarse: ¿se equiparán automáticamente los efectos del documento extranjero o se exigirá algún examen de su regularidad?

Para comprobar la eficacia de las teorías internacionalistas, procede examinar el derecho positivo. La Ley de Enjuiciamiento civil, en el capítulo VI destinado a los medios de prueba y las presunciones, y concretamente en su sección 2ª, que regula los documentos públicos, contiene el artículo 323, relativo a los documentos públicos extranjeros, a los efectos de la prueba.

Este precepto realiza una primera distinción entre la propia eficacia del acto contenido en dicho documento (punto 3) y la fuerza probatoria del documento (puntos 1 y 2). La primera no nos interesa, pues se refiere a los requisitos de capacidad y contenido, y en definitiva lo que quiere decir es que para que se produzcan todos los demás efectos que no sean los probatorios, será necesario que se cumplan los requisitos necesarios para ello.

El segundo aspecto, la fuerza probatoria del documento, es el que nos incumbe. A tales efectos, el artículo 323 en su punto 1 estipula que a efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley.

Pero es el punto 2 es el que nos interesa, porque establece que a falta de tratados, convenios o leyes, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

Este segundo requisito es habitual y no precisa más comentario que el que deberá ser completado con su traducción, tal y como estipula el artículo 144 de la propia Ley de Enjuiciamiento civil.

El primer requisito, el que se hayan observado los requisitos del país de procedencia para producir *prueba plena en juicio*, es el que nos interesa porque impone ya un examen valorativo del documento, desde el punto de vista de la ley de su origen.

Como consideración previa, lo primero que hay que decir es que la doctrina internacionalista ha interpretado este artículo señalando, en el sentido que antes preconizaba, que no cabe una interpretación conjunta del mismo y del artículo 11 del Código civil, como se había sostenido antes por la doctrina en relación al mucho más confuso artículo 600 de la LEC de 1881. En efecto, señala JIMÉNEZ BLANCO que el artículo 11 establece las conexiones aplicables para regir los requisitos para la validez

formal de los actos y negocios jurídicos, no los requisitos para la prueba, que se regulan por el 323 de la LEC²².

Establecido esto, es obvio que es necesario un examen de regularidad del documento extranjero, tendente a determinar si dicho documento ha cumplido los requisitos para hacer prueba plena en juicio. Ahora bien ¿con arreglo a qué criterios ha de realizarse la valoración?

Pues bien, lo que realiza la LEC en este caso es establecer una igualdad de eficacias, y no de formas o requisitos. Es decir, la LEC no establece un concepto autónomo o unos requisitos que el documento público haya de cumplir, como ocurre en Convenios y Reglamentos comunitarios en relación a la eficacia ejecutiva y que posteriormente tendremos ocasión de examinar, sino que se centra en la eficacia que el documento extranjero tenga reconocida en su legislación.

En definitiva, así como el art. 319.1 reconoce al documento público español el carácter de prueba plena de ciertos extremos, el 323 lo que hace es exigir al documento público que en su país produzca esos mismos efectos para ser reconocido en el foro como el español. Lo determinante será que el documento extranjero haga “prueba plena” y ello va a significar que, de acuerdo con la ley de origen, el documento tenga una posición jerárquicamente superior dentro de los medios de prueba (que no pueda destruirse por otros medios, como ocurre con la declaración de los testigos en el mundo anglosajón), incluso que no quede sometida a la libre valoración de la prueba o valoración conjunta con los demás medios probatorios²³.

En definitiva, la LEC establece una equiparación del documento cuando haya una equiparación de efectos, sin determinar los requisitos de forma que tal documento haya de tener. No obstante, es fácilmente deducible que normalmente la exigencia de que produzca efectos de prueba plena excluirá aquellos documentos que no reúnan los requisitos propios del notariado latino, que son los únicos a los que las leyes suelen otorgar este privilegio probatorio, por las garantías exigidas en su otorgamiento,

Pero hay algo más. En este examen de regularidad será necesario incluir un análisis de la extensión subjetiva y objetiva de la fuerza probatoria del documento público: Es decir, la presunción de veracidad que tenga el documento extranjero puede no operar respecto de todos los aspectos recogidos en el documento ni respecto de todos los sujetos frente a los que pretenda hacerse valer. Corresponderá a la ley del documento la determinación concreta de cuáles son los aspectos que quedan cubiertos por la especial fuerza probatoria²⁴, pues puede ser que el documento solo haga fe frente a los contratantes y no frente a los terceros, o que se refiera solo a algunos aspectos del mismo (hechos narrados, fecha) o al negocio mismo, como indicábamos antes que se produce con la escritura pública en la ley española, que habla de la prueba plena del *hecho acto o estado de cosas*. De este modo, de acuerdo con la ley del documento, se podrá determinar qué aspectos no pueden ser desvirtuados por cualquier otro medio de prueba y cuáles exigen atacar previamente la veracidad del documento.

22 JIMENEZ BLANCO: “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, Anuario español de DIP”, Tomo I, 2001, pág. 371.

23 Cfr. JIMENEZ BLANCO: ob. Cit. Pág. 389.

24 Cfr. JIMENEZ BLANCO: ob. Cit. Pág. 399.

La conclusión que se puede obtener de todo ello es que la admisión del documento público a los efectos probatorios no es incondicionada, sino que exige un examen de acuerdo con la ley del país de procedencia que determine si tal documento es equiparable, por sus efectos, al español, al producir prueba plena que no puede ser desvirtuado por otro medio de prueba, y en qué medida produce este efecto. En definitiva, sería una aplicación de la *teoría de la equiparación de los efectos*, antes mencionada.

Aquí sería interesante hacer un breve *addenda* fiscal relativo a la eficacia del documento público extranjero en relación simplemente a la fecha del documento, que aparece como incluida, como dato del que se hace fe, en el 1218 del Código civil y en el art. 319 de la LEC. Y ello porque la ley 53/2002 modifica la ley del ITP introduciendo un nuevo párrafo en su art. 50 que establece que tratándose de escrituras que documenten hechos imponible del ITP y AJD autorizadas por funcionarios extranjeros el plazo de prescripción se computa desde la fecha de presentación ante cualquier Administración española, sin perjuicio de los convenios internacionales suscritos por España. Lo mismo ocurrió con el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, pues la indicada norma reformó también el artículo 25 de la ley²⁵.

En todo caso, resulta interesante constatar que la Administración sí se preocupa de resolver, rápida y legislativamente, las disfunciones que para ella se podrían producir a consecuencia de la eliminación del requisito de la intervención del notario que establecía la legislación de inversiones extranjeras.

B) Eficacia ejecutiva.

Conforme al artículo 517 punto 2. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevan aparejada ejecución “las escrituras públicas, con tal de que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”; y en el punto 2.5º incluye las pólizas de los contratos mercantiles firmadas por las partes y por Corredor de comercio colegiado que las intervenga, acompañando la certificación de éste que acredite la conformidad con los asientos del libro registro y la fecha de éstos. Como se puede apreciar, no se incluye todo documento notarial, pues no se mencionan las actas ni los documentos privados con firmas legitimadas notarialmente; ni tampoco sirve toda copia, sino que ha de ser la primera o de ser otra ha de tener ciertas garantías, dado que de otro modo podría caber el riesgo de una doble o múltiple ejecución.

Esta es la segunda eficacia privilegiada de la escritura pública. Su virtud es servir de título para la ejecución de lo pactado sin pasar por una discusión previa sobre el fondo del asunto o sobre el título.

²⁵ Conviene aclarar que el art. 50 de la LITP, literalmente examinado, es más limitado que el 1227 el Código civil (pues no incluiría la muerte de algunos otorgantes como causa para establecer la fecha cierta) y que el precepto paralelo de la LISD se refiere sólo a los actos lucrativos intervivos, precisamente porque en los mortis causa el inicio se produce con la muerte.

A continuación hemos de examinar la eficacia ejecutiva del documento público extranjero, con el objeto de determinar si éste ha de ser admitido a estos efectos sin más o si, por el contrario, ha de ser sometido a controles previos, y en su caso con arreglo a qué criterios deben hacerse los controles. Para ello es preciso distinguir dos regímenes: el sistema común de ejecución, establecido en la LEC, aplicable en principio a todos los países y situaciones; en segundo, lugar, el sistema comunitario europeo.

a) *El sistema común*: el sistema común se establece en el artículo 523.1 de la LEC que dispone que los títulos ejecutivos extranjeros llevarán aparejada ejecución según dispongan los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional y se llevará a cabo conforme a las disposiciones de la LEC, salvo que se dispusiere otra cosa en los tratados internacionales vigentes en España.

Señalan FERNÁNDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO que hasta la entrada en vigor de la ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, habrá que entender que sólo podrán fundar la acción ejecutiva los documentos que cumplan las condiciones que veíamos exige el artículo 323 y el 144, siempre que a su vez, tenga aparejada ejecución conforme a su ley de origen y su contenido no sea contrario al orden público español²⁶. De los dos preceptos mencionados, como ya se ha indicado, el primero establece la condición de que haga prueba plena en su país de origen (que habría que traducir por que tenga *fuera ejecutiva* en su país de origen), así como el requisito de la legalización y apostilla, añadiendo el art. 144 el requisito de la traducción.

Pero lo cierto es que a nosotros no nos interesan tanto los requisitos formales externos como la naturaleza misma del documento que haya de ejecutarse en España. En el caso de la eficacia ejecutiva ocurre lo mismo que en relación a los efectos probatorios: no se definen los requisitos del documento sino que se realiza una remisión a los efectos que haya de tener en su país de origen. Es decir, parece que se establece de nuevo un examen de valoración por los efectos y no por los requisitos. No obstante, normalmente ello llevará consigo que se trate de un determinado tipo de documento, generalmente procedente del notariado latino, dado que en ciertos países no se tiene un concepto paralelo al procedimiento ejecutivo y el documento público tiene en el proceso un valor totalmente diferente del que nosotros conocemos, pues su valor es siempre apreciable por el juez.

Pero en todo caso es preciso hacer una valoración del documento y la pregunta es: ¿quién ha de hacer esta valoración? Un aspecto que sorprende, y que concuerda con el carácter de “pariente pobre” que ha tenido el documento público en esta materia internacional, es que, al parecer, según buena parte de la doctrina, y a diferencia de lo que ocurre en Francia, el documento público no tiene que pasar el requisito del *exequátur* que, en cambio, sí es exigible a las sentencias. En efecto, parece que el régimen común del documento público admite el reconocimiento del documento

26 FERNANDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.. “*Derecho Internacional Privado*”, Civitas, 2ª. Ed., 2001, pág. 341.

extranjero al margen del exequátur, por el propio juez encargado de conocer el juicio ejecutivo²⁷.

Conviene recordar que el régimen del exequátur aplicable a las sentencias está regulado todavía en los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881, cuya aplicación transitoria se encuentra prevista en la disposición derogatoria única 1.3^a de la LEC 1/2000, hasta que sea sustituida por la ley de Cooperación jurídica. El sistema español del exequátur se basa en primer lugar en la regla de reciprocidad, de manera que las ejecutorias solo tendrán en España la fuerza que tengan en el país de procedencia y si allí no la tienen, no la tendrán; y subsidiariamente se establece un sistema de control sobre la naturaleza, licitud, regularidad y autenticidad de la ejecutoria²⁸.

Pues bien, este régimen de las sentencias extranjeras no parece aplicable, como decíamos, a los documentos públicos extranjeros, quizá porque, como señalábamos antes, no se considera un ataque tan directo a la soberanía nacional como la decisión de un juez. Sin embargo, y sin perjuicio de la crítica que pueda merecer en sí mismo el régimen del exequátur, no deja de ser una cierta incongruencia que se prescinda del control en los documentos extrajudiciales y se imponga en los judiciales, de manera que el juez español no tenga que pasar por lo que sentencie un juez extranjero sin el trámite previo del exequátur y en cambio tenga que admitirlo en el caso de que se trate de un documento expedido por un notario extranjero.

Es más, resulta llamativo que en algunos Convenios bilaterales se establezca el exequátur para los documentos públicos, como por ejemplo ocurre con el Hispano-Alemán sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983, ratificado el 18 de enero de 1988²⁹. De acuerdo con él, la STS de 19 de enero de 1999 admitió el exequátur para un reconocimiento notarial de deuda otorgado en Alemania.

En todo caso, parece claro que el juzgador, haga falta o no el exequátur, habrá de examinar el documento, verificar su autenticidad y su carácter ejecutivo y creo que no deben descartarse los criterios de valoración de la licitud de la obligación y de reciprocidad de rigen para el exequátur.

El régimen de reciprocidad ha sido criticado por la doctrina y por al jurisprudencia porque es un criterio de retorsión política que no debe ser utilizado en materias de Derecho privado porque perjudica los intereses privados de los justiciables y de hecho se ha llegado a presumir su existencia mientras no se demuestre que no se

27 Cfr. FERNANDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.: ob, cit. págs. 341 y 343 y PEREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, G: "*Valor y efectos del documento notarial extranjero en España*", RJN octubre-diciembre 1994, pág. 94.

28 En el supuesto de que no conste la reciprocidad positiva o negativa, el art. 954 prevé un régimen subsidiario en el que se establecen como circunstancias que la ejecutoria se haya dictado a consecuencia de una obligación personal, que no haya sido dictada en rebeldía, que la obligación sea lícita en España y que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en la que se ha dictado para ser considerada como auténtica, y que las leyes españolas requieren para que haga fe en España. La ejecución había de pedirse ante el Supremo, conforme al art. 955; no obstante este artículo fue modificado por la ley 62/2003, de 30 de diciembre, y en la actualidad corresponde a los juzgados de primera instancia.

29 En su artículo 20 exige que los documentos públicos pasen por el procedimiento que se establece en los artículos 11 a 16 y 18 para la sentencias y además, que sean ejecutivos en el estado de origen. El tribunal requerido se limitará a comprobar que se hayan presentado los documentos necesarios y que la declaración de ejecutividad no sea manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido.

respeto. Señalan FERNANDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO que su aplicación puede llegar a configurar un sistema inseguro, contradictorio y discriminatorio, de manejo técnico difícil, de rendimiento práctico dudoso y de precaria justificación moral³⁰. No obstante, es de reconocer que en algunos casos es de utilidad cuando el mismo derecho no es reconocido a los españoles en el país de origen, produciendo una discriminación a los nacionales que el Estado no está obligado a aceptar. Posteriormente mencionaremos esta cuestión en relación a los efectos sustantivos de la escritura.

b) *El sistema comunitario*: En cuanto a la regulación comunitaria, la situación podría considerarse inicialmente incluso más rigurosa que la del régimen común, aunque, como podrá observarse, se ha experimentado una evolución hacia una simplificación de los trámites.

El primer hito es el *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968*, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, cuyo art. 50, que está dedicado a los documentos públicos con fuerza ejecutiva y a las transacciones judiciales, establece que tales documentos ejecutivos, formalizados en un Estado Miembro, serán declarados ejecutorios a instancia de parte con arreglo a un procedimiento que regula en los artículos 31 y siguientes y que básicamente es un exequátur, si bien se estipula que la solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuese contraria al orden público del Estado requerido (mientras que las sentencias pueden serlo por cinco motivos). El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen.

Los documentos públicos con fuerza ejecutiva de los que habla parece que tienen una inspiración continental pero no se establece una definición clara. Sin embargo en el informe JENNARD/MÖLLER que acompañaba al Convenio de Lugano (de 16 de septiembre de 1988, de reconocimiento de decisiones entre ciertos países) se exigen varios requisitos a documento público:

- La autenticidad ha de estar establecida por una autoridad pública.
- Debe extenderse al contenido y no sólo a la firma.
- El documento debe ser ejecutivo en sí mismo en el Estado de origen.

Esto se completa con la famosa STJCE de 17 de junio de 1999, en el caso UNIBANK, que viene a precisar el concepto de “documento público con fuerza ejecutiva” en el marco del convenio de Bruselas, exigiendo la intervención constitutiva de una autoridad pública en el otorgamiento del documento, y que tal intervención ha de ser sobre el contenido no sólo sobre la firma, no considerándose ejecutivo un documento privado de crédito dotado de fuerza ejecutiva en su país de origen (Dinamarca), que no ha sido intervenido por un funcionario público en el sentido indicado (había sido firmado ante un empleado del banco).

A los efectos que nos interesan, este convenio exige que el documento extranjero se equipare al nacional por sus efectos en el país de origen (que sea ejecutivo), pero ello se completa jurisprudencialmente en el sentido de que el documento ha de ser público también por su contenido, lo que conduciría a un documento notarial del tipo latino y

30 FERNANDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.. “*Derecho Internacional Privado*”, Civitas, 2ª. Ed., 2001, pág. 280.

excluiría a los documentos anglosajones si no son ejecutivos en su país de origen y el documento no es público en dicho sentido latino. En cambio, como señala GARCÍA COLLANTES, el documento de tipo continental debería ser ejecutivo en Inglaterra o Irlanda, aunque las dificultades prácticas son importantes. La virtud de este convenio – señala- es que al haberlo firmado el Reino Unido se ha dado un paso importante para el reconocimiento de ciertos efectos del documento público continental, porque el juez no podrá poner en duda los hechos declarados probados por el notario, con lo que se quiebra el principio de autoridad absoluta de la autoridad judicial anglosajona³¹.

Posteriormente, con fecha 16 de enero de 2001, fue publicado *el Reglamento 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, llamado Bruselas I*. Este reglamento viene a suponer la conversión del Convenio de Bruselas en un acto normativo institucional, manteniendo el mismo régimen de reconocimiento y ejecución de documentos públicos, aunque con un procedimiento más sencillo que tiende a la idea de supresión del exequátur, pues el control no se hace en primera instancia sino sólo si hay recurso. Es necesario, por supuesto, que el documento reúna las condiciones de autenticidad y ejecutividad en el país de origen, pero su artículo 57 modifica lo dispuesto en el artículo 50 del Convenio en algunos extremos y facilita la prueba de su carácter ejecutivo pues contempla, y esto me parece muy importante, *la emisión por la autoridad otorgante, a instancia de parte de un certificado que acredita extremos y condiciones formales y de ejecutividad, necesarios para el reconocimiento*. Sin embargo, sigue sin recoger un concepto de documento público, por lo que en el ámbito europeo hay que seguir recurriendo al informe JENNARD-MÖLLER y a la sentencia UNIBANK.

Por otro lado, es preciso señalar que el artículo 22 de este Reglamento, en relación a la competencia judicial, establece que en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y en materia de sociedades son competentes, sin consideración al domicilio, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito o del domicilio de las sociedad, por lo que en estas materias acabarán siendo competentes los Tribunales españoles lo que implica un mayor control en la forma y en el fondo en estas materias en las que por lo general se desenvuelve la labor del notario.

El camino abierto por el Convenio de Bruselas y posteriormente seguido por el Reglamento de Bruselas se consolida con el *Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados* aplicable desde 21 de octubre de 2005 a las resoluciones y documentos que cumplan los requisitos desde 21 de enero de 2005. La finalidad fundamental de este Reglamento es crear un título ejecutivo europeo mediante la fijación de unas normas mínimas, y lograr así la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado Miembro donde se ejecuta para el reconocimiento y ejecución. *En definitiva, es la supresión del exequátur en este tipo de títulos, llevando a cabo las previsiones de Tempere*. Tal requisito se sustituye por la emisión de una certificación de título ejecutivo en el país de origen una vez cumplido ciertas normas mínimas en las sentencias que, en cambio, es innecesario

31 GARCIA COLLANTES, José Manuel: “Bases para la unificación del derecho documental”, en el libro “La unificación jurídica europea”, Civitas, 1999, pág 284.

constatar en los documentos públicos, porque en éstos se exige el consentimiento del deudor.

Su objeto son sólo los créditos no impugnados de un importe determinado de dinero que sea exigible. No obstante, y de no cumplirse tales requisitos, siempre podrá plantearse su reconocimiento y ejecución por la vía del Reglamento 44/2001.

Ahora bien, la gran novedad de este reglamento comunitario es que contiene ya una definición de “documento público con fuerza ejecutiva” que será, en lo que a nosotros nos interesa un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento y haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga. Es muy importante esta definición porque es la primera vez que se incluye en un texto supranacional, en el mismo sentido que la sentencia UNIBANK.

En España ya hay un proyecto de ley para llevarlo a cabo. En su Disposición final tercera, se hace referencia a esta cuestión como, “Medidas para facilitar la aplicación en España de diversos reglamentos comunitarios en materia de cooperación judicial civil, a través de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Una de estas medidas son las dirigidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. En lo relativo a los documentos públicos es el notario la autoridad para expedir los certificados del título ejecutivo europeo.

Finalmente, es de señalar el *Reglamento n.º 2201/2003*, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia responsabilidad parental, llamado Bruselas II bis, que deroga el Bruselas II (1347/2000), y que igualmente establece la equiparación de las sentencias y de los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, aunque ha sido criticado por la doctrina extranjera por establecer el mismo procedimiento de reconocimiento para las decisiones judiciales que para los documentos públicos³².

C) Conclusiones provisionales:

Examinados los efectos probatorios y los efectos ejecutivos, podemos adelantar unas conclusiones provisionales que nos servirán como pauta para enfrentar adecuadamente los efectos sustantivos:

1. No son la misma cuestión la regulación de la forma en Derecho Internacional Privado que contiene el artículo 11 del Código civil y la eficacia concreta probatoria y ejecutiva que un documento extranjero pueda tener.
2. A falta de un criterio normativo general, la eficacia que vaya a tener el documento extranjero en el país de recepción dependerá de la norma interna o la norma internacional asumida por España, para cada uno de los efectos

³² CALLÉ, P: *Ob. Cit.* pág. 405.

individualizadamente, por lo que no es aplicable generalizadamente una equivalencia de las formas.

3. Por regla general se establece el principio de que el documento ha de tener en el lugar de origen la eficacia que pretenda tener en el país de recepción, pues atentaría al principio de igualdad y reciprocidad que un documento pudiera tener en el extranjero una eficacia que no goza en su país de origen.
4. El documento extranjero ha de ser público no sólo en cuanto a la firma sino en cuanto a su contenido, pues aunque en algunos supuestos no consta expresamente, parece difícil anudar estos efectos a documentos de otro tipo.
5. Para la justificación de su eficacia en origen se establecen por las normas internacionales diversos expedientes, el más avanzado de los cuales es el control en origen mediante un certificado.
6. Cuando no hay convenio o Reglamento deberá realizarse un control o valoración del documento en el país de recepción, en el que no es de excluir la aplicación del orden público y de la idea de reciprocidad.

D) *Eficacia sustantiva o legitimadora.*

La escritura es a alguna veces indispensable para la existencia del negocio y en otras, la mayoría, no lo es. Pero aún no siéndolo, la escritura pública española produce efectos sustantivos fundamentales: la preparación técnica del notario, su responsabilidad y las formalidades y garantías establecidas por la ley, permiten presumir que el negocio jurídico es válido y legal y que los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma señalada en el título.

Además, en muchas ocasiones, la escritura será un paso indispensable para la obtención de otros efectos como el traditorio, el prelativo, la oponibilidad frente a terceros (hace fe también frente a ellos, cualesquiera que sean, sin perjuicio de lo dispuesto respecto a las contraescrituras en el artículo 1219 del Código civil y de los efectos de la inscripción en el registro de la propiedad), la que llama RODRIGUEZ ADRADOS “utilizabilidad”³³ por los terceros que hayan confiado en la apariencia documental (confirmada por el art. 1219), la inscripción en los registros sustantivos y administrativos; o el efecto reconocitivo, la *renovatio contractus*, del documento privado anterior (art. 1224).

Esta presunción de veracidad de la escritura es la que permite que, caso de inscribirse, en el registro pueda presumirse lo mismo de la inscripción y que el notario, a su vez, pueda tener en cuenta la escritura como título previo o como acreditativa de la representación alegada, de extinción de gravámenes, etc.

¿El documento público extranjero producirá todos estos efectos? ¿Transmitirá la propiedad? ¿Será inscribible? ¿Valdrá el poder otorgado ante notario extranjero?

La respuesta a estas preguntas no es sencilla pues mientras que para los efectos probatorios y ejecutivos sí tenemos ya algunos elementos de juicio, no ocurre lo mismo respecto a los efectos sustantivos o legitimadores pues carecemos de apoyos legales

33 RODRIGUEZ ADRADOS, A: “*Valor y efectos de la escritura pública*”, en Estudios de Derecho Documental, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pág. 108 y ss.

internos, internacionales o comunitarios que nos puedan dar una respuesta definitiva a la cuestión.

Como señala Paolo PASQUALIS, si la disciplina comunitaria del acto auténtico en tanto que título ejecutivo es clara, el cuadro legislativo relativo a los demás aspectos, y sobre todo en cuanto a su inscripción en los registros públicos, es muy pobre. No existen normas comunitarias específicas, por lo que hay que aplicar las normas de Derecho Internacional Privado de cada país. La dificultad se encuentra en la especial trascendencia que tiene el documento notarial en los países en los que se existe la figura del notario de tipo latino, que presupone un funcionario especialmente cualificado y en consecuencia unos efectos especiales del documento autorizado. Ello hace que los diferentes sistemas jurídicos reaccionen de manera diferente, exigiendo en unos casos un acto “nacional”, en otros que el acto notarial extranjero sea recibido por un notario nacional y otras veces admitiendo el acto, siempre que sea equivalente al nacional³⁴.

La dificultad de la cuestión se muestra meridianamente en la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios en el mercado interior publicado el 13 de enero de 2004, la famosa directiva Bolkenstein. Tal directiva está destinada a reglamentar el mercado interior comunitario en todos los aspectos relacionados con los servicios con el objetivo de establecer un marco jurídico que suprima los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestatarios de servicios y a la libre circulación de los servicios entre los Estados miembros, desarrollando los principios constitutivos de la Unión Europea. En los textos iniciales se basaba en el *principio del país de origen* según el cual el que presta el servicio se somete sólo a la ley del país en el que está establecido y los Estados miembros no deben restringir los servicios prestados establecido en otro Estado miembro, y aunque el término parece que desaparecerá del texto final, el concepto persiste a pesar de la importante contestación social que ha tenido, representada gráficamente mediante la conocida imagen del “fontanero polaco”³⁵. Dicho proyecto de directiva ya inicialmente parecía excluir a los notarios, pues exceptuaba de ese principio a los actos notariales, por la divergencia entre los sistemas jurídicos y la falta de un nivel de integración suficiente. Tal excepción ha sido consagrada recientemente por la *resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, que ha excluido expresamente a los notarios de esta directiva, entendiendo que le es de aplicación el art. 45 del Tratado, por su consideración de funcionarios públicos en los cuales el Estado delega una parte de su autoridad. Sin embargo, nada dice sobre si el “producto notarial”, la escritura, puede circular, a los efectos que nos interesan, aunque excluye de su ámbito la validez formal de los contratos inmobiliarios³⁶.

34 Cfr. la intervención de este notario italiano en la Conferencia de clausura de Formanote, el diez de diciembre de 2004.

35 Recordemos que esta liberalización ha sido uno de los motivos aducidos por los opositores franceses a la Constitución Europea. Los detractores del proyecto no lo hicieron de un modo abstracto sino que lo encarnaron publicitariamente en la campaña con la famosa imagen del fontanero polaco que vendría a Francia a realizar un trabajo que podría realizar perfectamente un ciudadano francés pero por un salario y unas condiciones mucho peores, en el llamado “dumping social”.

36 Sin embargo, el artículo 17 de la propuesta de directiva (texto de 13 de enero de 2004) excluía del principio del país de origen en su punto 22 “la validez formal de los contratos por los que se creen o transfieran derechos en materia de propiedad inmobiliaria, cuando dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté sujeta la propiedad inmobiliaria”. Ello parece indicar que también este “producto notarial” podría quedar excluido.

La conclusión es que no hay una norma comunitaria clara, ni por supuesto norma internacional de otro orden, que nos brinde una solución; al contrario, de la propia normativa comunitaria resulta la exclusión de la circulación del profesional, pero la circulación del documento, por ejemplo, a efectos ejecutivos.

En el ámbito interno, nuestro Reglamento Notarial, en su artículo 168 regla cuarta *in fine* se limita a establecer que cuando el Notario tenga que calificar documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio; lo cual nos sirve de poco pues de lo que ahora se trata es de determinar si tales documentos producen la eficacia deseada.

La tentación de intentar dar soluciones magistrales es muy grande, pero preferiré seguir con esta labor de “*déconstruction*” o de análisis particularizado que en esta materia considero preferible a las grandes soluciones. Son muchos los casos que podríamos estudiar: piénsese en las sucesiones internacionales y los diversos títulos sucesorios³⁷, o la constitución de sociedades mercantiles nacionales en el extranjero, pero creo que merece la pena detenerse especialmente en dos supuestos concretos: la admisión de poderes extranjeros en España y la admisión a efectos notariales y registrales de títulos transmisivos de inmuebles en España, centrándonos fundamentalmente en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, como vamos a ver, está experimentando una cierta evolución.

a) La admisión de los poderes.

En relación a la primera cuestión, la de los poderes, que suele ser la más frecuente y problemática de toda esta materia, es de señalar que el criterio legal que hay que tener en cuenta no es sólo el poco expresivo artículo 168 del RN sino otro de mayor rango como es el artículo 1280 punto 5 del Código civil, cuando exige que consten en documento público “*el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquiera otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero*”.

Ello se completa hoy con el art. 98 de la ley 24/2001, que dispone que “*en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará un reseña del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación*”, mencionando expresamente, como puede verse, el requisito de la autenticidad del documento.

³⁷ Piénsese que el título sucesorio puede ser diferente según los países: en Alemania no es suficiente el testamento; se precisa el certificado de heredero, documento judicial quien ostenta la cualidad de sucesor en virtud de este título; en Inglaterra se precisa un documento, “Grant of probate”, para probar los cargos de los ejecutores testamentarios. Estas cuestiones tienen tal importancia que han sido objeto de un Libro Verde por parte de la Comisión europea para buscar caminos de armonización.

Otro tanto puede decirse respecto a los poderes para pleitos. El artículo 24.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el poder en que la parte otorgue su representación al Procurador habrá de estar autorizado por Notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto.

A los efectos de su toma en consideración en una escritura pública como justificativa de la representación ¿qué criterios hemos de tener en cuenta?

En primer lugar, no parece admisible el criterio absolutamente restrictivo consistente en entender que el único documento público admisible es el formalizado ante notario español, por la referencia del art. 1280.5 del Código civil a la escritura pública en conexión con el 1216 del mismo cuerpo legal que considera documentos públicos “los autorizados por Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley”, presuponiendo la nacionalidad española del autorizante. Si para la validez de los actos, la interpretación más generalizada entiende que bastará con que este requisito se cumpla por equivalencia, parece excesivamente rigorista que en el documento destinado por su naturaleza a circular se imponga el Notario español o la aplicación de los requisitos del Reglamento Notarial español.

Ahora bien, es de tener en cuenta también que no estamos aplicando el art. 11 del Código Civil, no estamos en sede de validez sino de eficacia y se trata de determinar si el documento extranjero, sea o no sea válido según las formas aplicadas, es suficiente para integrar una escritura pública española, al exigir nuestra ley documento público para ello. ¿Serán aptos para ello los apoderamientos firmados ante el *notary* anglosajón o los poderes *en brevet* admitidos en Francia, Italia y en otros países, máxime cuando la legitimación de firmas en estos casos está expresamente vedada al notario español en el art. 258 del Reglamento Notarial? En algunos países la regla general es que el poder habrá de tener la misma forma que el negocio representativo, mientras que en otros, como ocurre en España, existe una libertad de forma en general, con exigencia de documento público cuando lo que se otorgue sea un documento público, sea éste constitutivo o no³⁸. Vayamos a opiniones y resoluciones concretas:

Una postura clásica es la que exige un documento público de tipo latino, excluyendo los procedentes del mundo anglosajón, que no reúnen los mismos requisitos ni efectos³⁹.

Una postura flexible había sido patrocinada, por ejemplo, por el notario CUEVAS CASTAÑO que, sobre la base de que el art. 166 del Reglamento Notarial habla de documentos fehacientes, cree posible admitir este tipo de documentos como acreditativos de la representación, aun reconociendo que le faltará poder atribuir al documento las características de *asesorado* y *leído* por o al que lo suscribió o un juicio de capacidad y de licitud; algunos de estos rasgos pueden ser suplidos, pero de otros, quizá, habrá que prescindir, apoyándose en la regla *auctor* y en el principio de

38 Cfr. RUEDA VALDIVIA, R. : “*Régimen jurídico de los poderes de representación voluntaria en Derecho Internacional Privado español*”, Revista de la Corte española de Arbitraje, 1995, pág. 187. Señala este autor las modalidades que se pueden encontrar en diversos países.

39 Dentro de ella cabría situar a LORA TAMAYO RODRIGUEZ y BLANQUER UBEROS, que exponen sus posiciones las obras anteriormente citadas.

equivalencia⁴⁰. MARTINEZ BORSO parece seguir también esta línea, sobre la base de que si el apoderado está facultado para realizar determinados actos o negocios, también lo estará para llenar la forma pública requerida por la ley española, mediante su elevación a escritura pública⁴¹.

Salvador TORRES ESCÁMEZ y Segismundo ALVAREZ, ambos notarios, parecen también admitir estos tipos de poderes, con ciertos condicionantes (proceder de un funcionario público, garantías de autenticidad formal e integridad y constancia mínima de la actuación: identificación, juicio de capacidad y firma ante el notario)⁴².

Una postura muy aperturista la mantiene RUEDA VALDIVIA, profesor de Derecho internacional privado, que se inclina decididamente por el favor negotii, “renunciando incluso, si es preciso, a nuestros propios esquemas conceptuales y legales respecto a lo que ha de entenderse por instrumento público”, y considerando que la forma pública deberá entenderse satisfecha siempre que el poder haya sido otorgado en la forma que, de entre las varias existentes en el país de otorgamiento, más se aproxime al concepto de documento público español, incluso aun tratándose de documentos procedentes de países angloamericanos⁴³.

En la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado encontramos varias resoluciones. La resolución de la DGRN de 11 de junio de 1999 da un paso importante en esta línea pues considera inscribible una escritura pública en la que una de las partes intervenía representada por otra en virtud de un poder formalizado en documento privado, escrito en alemán, al que un notario alemán añadía una diligencia en la que después de hacer referencia a que era el número 390 del “rollo de documentos públicos” del año 1993, legalizaba la firma, puesta en forma olográfica ante él, el nombre del firmante y su domicilio, el hecho de identificarle por su carnet de identidad y su número, el lugar, fecha y el nombre del notario. Se acompaña traducción jurada y va apostillado. La registradora suspende la inscripción por entender que el documento no es uno de los del art. 1280 del Código civil.

La Dirección General, aplicando la teoría flexible, considera suficiente una legitimación de firmas con identificación del otorgante, dando por supuesto el juicio de capacidad que considera implícita en la autorización aunque no se exprese y prescindiendo, por tanto, de la redacción por el notario, el asesoramiento imparcial, la lectura y el juicio de legalidad.

40 CUEVAS CASTAÑO, J.J.: “Utilización de poderes extranjeros en España”, en III Congreso Nacional del Notariado Español, Maspalomas (Gran Canaria), 1986, Consejo General del Notariado, 1988, pág. 289 y ss.

41 MARTÍNEZ-BORSO LÓPEZ, J.V.: “Problemas de representación en el Derecho Internacional Privado”, Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre de 1988, 141-142, pág. 333.

42 Libro de ponencias en el VII. CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL. ZARAGOZA, del 14 al 17 de noviembre de 2001, Consejo General del Notariado, 2002. “El documento notarial: su libre circulación”, de Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, pág. 352, a pie de página. “El documento notarial: su libre circulación”, de Salvador TORRES ESCÁMEZ, págs. 367.

43 RUEDA VALDIVIA: Ob. Cit. Pág. 214 y 215.

La más reciente resolución de la DGRN de 21 de abril de 2003 da un paso más. Se trata de un supuesto muy parecido al anterior, dos poderes con firma legitimada por notario alemán, pero en este caso van escritos en español y en la diligencia de legitimación de firmas se especifica que el notario no entiende el español. Tampoco se dice si el poder lo entienden los firmantes y es de suponer que el notario y los firmantes se entendían entre sí, porque eran alemanes.

La resolución dice que no se acredita el cumplimiento de la formas y solemnidades exigidas por la legislación alemana por medio de los informes del art. 36 del Reglamento Hipotecario. Pero la propia Dirección General se mete a ello y distingue en Derecho alemán la escritura de poder y el *poder diligencia*. En ambos hay que asegurarse de la capacidad, aunque no es necesaria la constancia expresa del juicio; y en cuanto al idioma, la escritura de poder se puede redactar en otro idioma si el notario lo conoce, lo que no exige para el poder diligencia. La Dirección General admite sin embargo estos poderes, poniendo como ejemplo el otorgamiento del testamento cerrado en España.

Nuestro compañero Rafael RIVAS ANDRES se muestra favorable a la primera resolución y contrario a la segunda, porque parece claro que es imposible que se haya juzgado la capacidad en relación a un documento escrito en un idioma que no se conoce por el Notario y sin que quede claro si lo conoce el firmante. Manuel ANDRINO hace una crítica demoledora de la resolución sobre la base de su conocimiento del Derecho alemán: como él señala, es claro que la Dirección General ha admitido este supuesto por razones prácticas, sin desmontar el verdadero fundamento de la cuestión: lo dispuesto en el art. 1280 del Código civil. La cuestión básica es qué legislación ha de determinar si el documento en consideración es el documento público del 1280.5 del Código civil, y esta cuestión la resuelve la Dirección General entendiendo que es la legislación alemana quien ha de determinarlo. Y a su entender lo hace erróneamente pues demuestra, con gran erudición, que el poder diligencia alemán no es documento público en Alemania y que no implica tal juicio de capacidad pues puede incluso realizarse sobre documentos en blanco⁴⁴.

Personalmente, me gustaría hacer una serie de consideraciones desde dos planos diferentes: el del notario individualmente considerado que se enfrenta a un poder de este tipo y desde el plano técnico.

Desde el punto de vista técnico considero que tiene toda la razón Manuel ANDRINO cuando dice que dichas resoluciones no han abordado el problema legal por el camino correcto. Si se quiere traspasar la muralla del artículo 1280.5 no basta realizar un salto de este tipo, sino que es necesario volarla, dice, legislativa o jurisprudencialmente; y él no se muestra muy partidario.

En mi opinión, siguiendo una línea que el mismo ANDRINO apunta, la única forma de saltar debidamente esta muralla es interpretarla de acuerdo con la realidad

44 Pueden confrontarse ambas opiniones en “*La forma de los poderes en Derecho Alemán. Comentarios a la Resolución de 21 de abril de 2003*” de Manuel ANDRINO HERNÁNDEZ con notas introductorias sobre la recepción en España de poderes extranjeros no formalizados en escritura pública por Rafael RIVAS ANDRÉS), publicado en *La Notaria*, núm. 9, setiembre de 2004, págs. 37 a 75. El trabajo de ANDRINO fue previamente publicado en el *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, en su número 270, de abril-mayo de 2004.

social del tiempo en que han de ser aplicado, conforme al art. 3 del Código civil, y teniendo en cuenta la evidente realidad de que el art. 1280 no estaba pensando en el momento de su promulgación en el documento extranjero.

Ello nos podría conducir a interpretar la exigencia del documento público del art. 1280 de la misma manera que el art. 330 de la LEC establece la eficacia probatoria de los documentos extranjero: es decir, así como allí se exige que tal documento tenga fuerza de prueba plena, sin exigir que el documento como tal tenga tales o cuales requisitos; se podría entender que si el documento de que se trata produce en su lugar de origen los efectos de integración del documento público (como el propio ANDRINO reconoce que ocurre en Alemania respecto de tales poderes), ha de considerarse suficiente, aunque no sea el documento público del que habla el Código civil español, para producir esa misma integración en España. De esta manera se entendería que los requisitos formales exigidos en el país de origen para producir ese efecto son suficientes para producir tales efectos aquí. Esta interpretación estaría de acuerdo con la teoría de la “extensión de los efectos” que mencionaba anteriormente y que trata de centrarse en la eficacia y no tanto en las formalidades. No obstante, desde el punto de vista de política legislativa, lo lógico sería exigir que los países que tienen varios tipos de forma, usen las formas superiores para dirigirse a España. Algunos autores extranjeros, como REVILLARD, por ejemplo, lo tienen así asumido y exponen que para otorgar documentos notariales en España el poder tiene que ser auténtico⁴⁵.

Ahora bien, esta interpretación no salvaría los poderes procedentes de los países anglosajones en los que el documento público no existe, al menos tal y como se concibe en los países en los que existe el notariado de tipo latino, y por tanto el poder por definición no puede integrarlo ¿Cómo concederles una eficacia que no tienen ni pueden tener? BOLAS, LORA Y SAGARDÍA ponen de relieve la polémica que se produjo en la doctrina francesa sobre esta cuestión porque DROZ distinguía entre diversos tipos de documentos del Reino Unido, rechazando los que eran simples legitimaciones de firmas y en todo caso los estadounidenses en los que el cargo de *notary* incluso se da a personas no juristas, resaltando el caso de algunos estados en los que es una máquina la que certifica el documento, que se introduce en ella una vez adquirida una ficha en la caja del establecimiento⁴⁶. En Francia, el poder ha de tener la forma exigida para el negocio representativo, pero actualmente, la doctrina francesa, como pone de manifiesto REVILLARD, admite el documento estadounidense incluso para la hipoteca, que es un acto formal, en el caso de que haya sido redactado con la asistencia de un jurista y luego hayan sido legitimadas las firmas por un *notary*⁴⁷.

La cuestión no es sencilla, pero hay que tomar partido. Personalmente me inclino a aceptarlos por varias razones: por un lado, porque desde el punto de vista formal y de eficacia, la intervención de los notarios anglosajones es la máxima formalidad que de acuerdo con su legislación se puede obtener; y por otro, porque desde el punto de vista práctico, lo que se precisa en un poder es la autenticidad de la declaración y la identidad y la capacidad del que la hace, por lo que los efectos de la escritura de poder son los generales y no los especiales traditorios, ejecutivos o

45 REVILLARD, M: “*Droit International Privé et Pratique Notariale*”, 5ª edición, Defrénois, 2001, pág. 432.

46 BOLÁS ALFONSO, Juan; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, Isidoro; y SAGARDIA NAVARRO, Manuel: Ob. Cit. Pág.464 y ss.

47 REVILLARD, M: Ob. Cit. pág. 431.

probatorios en juicio; finalmente, el poder es un documento por esencia destinado a circular y la imposición de barreras formales, si el objetivo sustantivo está conseguido, supondrá un obstáculo a la contratación internacional. También creo que es importante añadir que el Tribunal Supremo ha admitido en numerosas sentencias el poder para pleitos (también contenido en el art. 1280.5 Código civil) hecho en país extranjero, presumiblemente en algunas mediante una especie de legitimación de firmas⁴⁸.

Ahora bien, esta aceptación no puede ser incondicionada, sino responsable y tras realizar un análisis riguroso del documento. En este análisis habría que exigir unos mínimos: el poder tiene que ser reconocible ontológicamente como documento y la actuación notarial ha de ser tal: a mí me parece imprescindible que la firma haya sido puesta *ante el notario* y así se diga, pues no vale el reconocimiento de firmas que es simplemente un juicio grafológico; evidentemente que *se identifique* al firmante, consignándolo así; entiendo que la capacidad del firmante puede estar implícita en la actuación notarial (en nuestra legitimación de firmas yo entiendo que también lo está); y también creo que será imprescindible que el firmante haya firmado bajo el texto (no caben legitimaciones en blanco) y lo haya entendido, por conocer el idioma; y me parece finalmente que el notario también ha de entender lo que firma, aunque es cierto que en la realidad el principio de control de la legalidad en los poderes se puede diferir al momento en que se otorgue el negocio representativo.

En este sentido se ha pronunciado recientísimamente, la resolución de 23 de mayo de 2006 de la DGRN, que señala un *límite mínimo* de esta admisibilidad al rechazar un poder y una delegación de facultades en documento privado firmados por representantes de una compañía marroquí y con un sello de una Administración Territorial, Servicio de Legalización de firmas, que legaliza las firmas, por serle conocidas (se dice expresamente en uno de los casos). Tales documentos llevan las legalizaciones consulares. En este caso se considera que no estamos ante un documento equivalente, que exigiría ser autorizado por notario o empleado público competente y con unas solemnidades básicas en las que deberían incluirse la identificación y el juicio de capacidad, aunque esta no conste documentalmente de forma expresa.

Por otro lado, diré que también me inclino a aceptar los poderes realizados por los famosos notarios de Londres que en número de 80 autorizan actos con las formalidades propias del país al que van dirigidos. Algunos los critican por suponer la hipocresía de darles un valor exterior que no tienen en su país. Sin embargo, a mí parece un loable gesto de cooperación internacional, pues aunque ciertamente no le dan valor de prueba plena, por ejemplo, porque no se lo permite su sistema, sí facilitan la circulación amoldándose a las formas externas. Algo parecido pasa con nuestra acta del

⁴⁸ En la STS de 14 de mayo de 1994 se admite un poder para pleitos ante un notario de Bremen. No queda muy claro que tipo de poder es, pero el argumento del Tribunal Supremo se basa en el art. 11 del Código civil. En la de 20 de julio de 1992, el poder para pleitos parece ser simplemente una legitimación de firmas por un notario belga, admitiendo el Tribunal Supremo dicho poder por no haberse probado que en dicho país se exijan otras formalidades que no se hayan cumplido, entendiéndose que “el artículo 1280 está sujeto al dispositivo del art. 11.1” (del Código civil). En la de 19 de febrero de 1987 ocurre otro tanto con un poder para pleitos ante notario anglosajón de Lagos (Nigeria), probablemente legitimación de firmas, aunque por el notario se afirma que el representante de la sociedad poderdante, Samba Fishing Industry LTD, tiene poderes suficientes. La STS de 10 de julio de 1996 se basa en un poder ante notario holandés, y no queda claro la naturaleza de su actuación, pero sí que ha examinado las facultades de la sociedad poderdante.

art. 207 del Reglamento Notarial, en que se legitiman firmas que no se pueden reglamentariamente legitimar para su circulación en España, dado que en este caso únicamente van a surtir efectos tales documentos en el extranjero, y se complementa la laxitud en el procedimiento con una mayor intervención notarial mediante acta en la que se juzgará la capacidad, comprobará la representación y legalidad del acto. Es decir, se trata de una solución de compromiso que permite la circulación del documento en la forma válida en el país de recepción pero cumpliendo al mismo tiempo la normativa española.

No obstante, no está de más recordar que la calificación de los poderes es hoy una *competencia exclusiva* de los notarios tras las últimas reformas, y ello significa que vamos a ser la última instancia administrativa en el juicio de suficiencia de los mismos. La siguiente instancia será la judicial que, en caso de que se produzca alguna incidencia, valorará si se ha tenido la diligencia debida en su examen y admisión⁴⁹.

b) La admisión de escrituras otorgadas ante notario extranjero como título o a los efectos de su inscripción.

b.1) Planteamiento.

Pues bien, analizada la cuestión relativa a los poderes, ¿qué criterio habrá que seguir respecto a los documentos que pretenden ser título previo para una transmisión inmobiliaria, inscribirse directamente en el registro de la propiedad, o constituyen una sociedad mercantil con forma societaria española que pretende inscribirse en el Registro mercantil? ¿Habrá de seguirse el mismo criterio de admisibilidad patrocinado en relación a los poderes, un criterio flexible de la equivalencia de las formas?

Como señalaba al principio, la Comisión Europea, en fecha 27 de enero de 1998 emitió un dictamen en el que consideraba incompatible con el derecho comunitario la obligatoriedad de que en las inversiones extranjeras interviniera notario español pues tal cosa supone según la jurisprudencia del Tribunal una discriminación velada equivalente a cualquier discriminación abierta en razón de la nacionalidad. Con el RD 664/1999 de 23 de abril se pone fin a esta obligatoriedad en el ordenamiento español. Y la derogación de esta normativa, al no existir un precepto legal que imponga la intervención obligatoria del notario español con carácter general, plantea con toda crudeza la cuestión que hasta el momento había quedado disimulada: cuál haya de ser la eficacia de los documentos otorgados ante notario extranjero a todos los efectos, entre ellos a los de su inscripción en el registro de la propiedad,

El sistema no es igual en todos los países:

⁴⁹ Y en materia de responsabilidad habrá que ser cuidadoso en la exigencia de la formalidades externas del documento -como que no sean folios numerados o que no están unidos con sellos, o falta de las traducciones necesarias, etc. -sobre cuya importancia nos llama la atención RIVAS ANDRÉS en el trabajo antes citado.

- en Alemania, se establece en el art. 925 del BGB en relación al 11 de la ley de Introducción al Código civil (EGBGB), la competencia exclusiva de los notarios alemanes para legitimar las transferencias de las propiedades inmobiliarias y de los derechos reales alemanes (acuerdo abstracto traslativo), aunque tal norma no se aplica a los contratos meramente obligatorio⁵⁰. En Holanda, el sistema es parecido al alemán.
- en Francia, el art. 4 del decreto de 4 de enero de 1955 establece que para que el acto formalizado en el extranjero pueda ser publicado, ha de ser previamente legalizado y depositado “au rang des minutes” en un notario francés o que sea declarado ejecutivo en Francia. Por otro lado, el art. 2128 del Código civil francés establece una derogación del principio *locus regit actum* para las hipotecas aunque el mismo decreto antes indicado parece mantener el mismo criterio que para los demás actos. Los conservadores de hipotecas están a favor de admitir los documentos extranjeros. En Italia, igualmente, el acto ha de ser recibido por un notario.
- En Bélgica y en Grecia, el sistema es más abierto.

Como señalaba al principio de este epígrafe, tampoco la legislación comunitaria da un criterio claro, a diferencia de lo que ocurre en materia de ejecución. Es más, la exclusión de la actividad de los notarios de la directiva sobre liberalización de servicios introduce la interrogante del valor transfronterizo de los “servicios” prestados por los notarios.

La normativa interna que, como hemos visto, sí da una pauta en relación a la fuerza probatoria y la ejecutiva, en esta materia el único criterio que aporta es el parco art. 4 de la Ley Hipotecaria que admite que se inscriban los títulos otorgados en país extranjero “que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes”, lo cual no es excesivamente expresivo; tampoco lo es la exigencia de que reúnan los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, “siempre que contengan la legalización y demás requisitos para su autenticidad en España” que contiene el art. 36 del Reglamento Hipotecario, si bien el tono de estos textos da pie a entender que la norma tiene un carácter permisivo general que, hasta el momento en que se suprimen las barreras de control de las inversiones extranjeras, no se ha sometido al *tour de force* del caso concreto. Y de hecho, en los manuales de Derecho Internacional Privado no parece plantearse ningún problema al respecto.

b.2) La cuestión en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Pero esta prueba de fuego se presenta enseguida. En la resolución de la DGRN de 15 de marzo de 2000 (como se ve por su fecha, publicada al poco de la supresión de la intervención obligatoria del notario en las inversiones extranjeras y entre las dos primeras resoluciones relativas a los poderes, antes examinadas), se plantea primera vez esta cuestión. Un notario alemán consulta si, ante la supresión de la obligatoria intervención de los notarios en las inversiones extranjeras, era admisible e inscribible la

⁵⁰ Véase la Ponencia de la Delegación alemana en el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, titulada “*Circulación del documento notarial y sus efectos como título legitimador en el tráfico jurídico*”, a cargo del notario profesor dr. Reinhold GEIMER.

escritura pública de compraventa o constitución de sociedades de extranjeros no residentes otorgada ante notario alemán y si se puede usar al efecto el sistema de notas simples informativas del RD 2537/1994 sobre colaboración entre registros y notarías.

A ambas cuestiones la Dirección General de los Registros y del Notariado da una respuesta negativa. A la relativa a la inscripción en el registro de la propiedad responde que la cuestión no se resuelve por el art. 11 del CC, porque tal precepto se refiere únicamente a la validez de los actos, lo que ya sabíamos. Al mismo tiempo, destaca la diferencia de sistemas traslativos de dominio español y alemán, y el hecho de que el propio derecho alemán impone para sus propias transmisiones el notario alemán (tómese nota de este dato). Usa además la propia legislación alemana como arma porque –señala– como el Derecho internacional privado alemán (art. 11.5 del EGBGB antes mencionado) establece como obligatoria la forma aplicable al contenido en el caso de la transmisión de derechos reales, y esta es la española, no es inscribible la venta de inmuebles ante notario alemán.

Rechaza igualmente la posibilidad de usar la nota simple informativa y en relación a la formalización de sociedades se limita a señalar que es la ley personal la que rige todo lo relativo a las personas jurídicas.

Más recientemente, dos resoluciones de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado, de fechas 7 de febrero y 20 de mayo de 2005, vuelven abordar el problema, ahora en un recurso gubernativo, creando un considerable revuelo jurídico. En esta ocasión la Dirección General, llega a la misma conclusión, pero con un argumentario jurídico más amplio:

- Por un lado, defiende las resoluciones mencionadas en materia de poderes, porque entiende que en estos casos la cuestión formal se limita a una cuestión de fiabilidad en la expresión y prueba fehaciente del consentimiento, por lo que aunque el acto tenga lugar ante un notario extranjero, puede tener una consideración equivalente a las formas del foro.
- Pero, por otro, destaca que cuando la intervención del notario se exige como un requisito de eficacia para proteger determinados intereses resulta discutible la equivalencia entre autoridades al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia de ningún otro Estado y no realizar el control de legalidad como lo realiza el notario español.
- Hace notar asimismo la complejidad de la intervención notarial en relación a las partes, a los terceros (arrendatarios, retractos, comprobaciones administrativas de todos conocidas), y especialmente en relación al Fisco.
- Finalmente destaca la diferencia del sistema traslativo español y el alemán, señalando que la escritura pública alemana no es un título de inmediata eficacia traslativa, como la tiene la escritura pública española.

Esta resolución fue impugnada y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número seis de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006 ha decretado la nulidad de esta resolución, sobre la base, por un lado, de la dicción literal de los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento, de los que entiende no se deduce la falta de

eficacia de los documentos notariales extranjeros sino lo contrario, señalando que la interpretación de la Dirección General apoyándose en las funciones accesorias atribuidas a los notarios españoles (fiscales, urbanísticas, o de control de blanqueo de capitales) son contrarias al Derecho comunitario; por otro lado, considera que el argumento relativo a que no se ha producido la tradición obvia que ésta se puede haber producido de otro modo, en forma distinta de la instrumental (hay una reserva de usufructo). Dicha sentencia ha sido a su vez recurrida, y está el recurso pendiente de resolución.⁵¹

b.3) Análisis de las resoluciones.

La cuestión que se plantea es, pues, la inscripción en el registro de la propiedad de escrituras otorgadas ante notario extranjero. Vamos a realizar a continuación un examen de los argumentos utilizados en las resoluciones y con motivo de las resoluciones y finalmente, trataré de realizar una síntesis y conclusión.

En todo caso es preciso volver a traer a colación varios factores: a) la escasa regulación legal (art. 4 LH y concordantes); b) la relativa novedad de la cuestión, motivada por la liberalización en materia de inversiones extranjeras; c) la generalidad de la cuestión, que no debe centrarse exclusivamente en los documentos procedentes de la Unión Europea, en la que la búsqueda de una convergencia es más evidente; d) la trascendencia de la cuestión, que no se limita a la equivalencia o no de las formalidades, sino que implica una renuncia del Estado y de los particulares a ciertos controles y garantías.

Centraremos los argumentos en dos apartados: uno relacionado con la función pública notarial y otro, con la eficacia del documento en su país de origen.

1. Argumentos relacionados con la función pública notarial. Este primer bloque de argumentos conectaría con la idea de que el documento público de que habla el artículo 4 de la Ley Hipotecaria ha de tener “fuerza legal” en España; y para tener fuerza legal en España ha de estar impregnado de la presunción de legalidad que sólo le puede atribuir una autorización prestada por un notario español. Aquí no juega la equivalencia de autoridades, pues la autoridad extranjera no está bajo la dependencia de ningún otro Estado que no sea el suyo; y a ello se añaden las funciones accesorias que frente a terceros o al propio Estado presta la función notarial (comunicaciones fiscales, protección de los derechos de terceros –arrendatarios, titulares reales o de cargas y gravámenes- comunicaciones en materia de blanqueo de dinero, transacciones exteriores, etc.).

A favor de esta idea militaría el hecho de que de admitirse la inscripción de los documentos extranjeros se abriría una brecha que supondría que producirán efectos en España dos tipos de documentos: unos en los que se ha realizado un control previo de legalidad por funcionarios investidos de esa potestad y otros en los que tal control de legalidad (por más que la legalidad haya podido ser juzgada por quien la conozca privadamente) no se presume porque quien la hace no está investido de poderes para ello. Ello implica indudablemente una alteración sobre el que se asienta el sistema de transmisión jurídico real en el que la calificación previa por el notario (en exclusiva de

⁵¹ También es de mencionar la resolución de la DGRN de 28 de enero de 2006 que tangencialmente se refiere a las dos resoluciones examinadas.

ciertos aspectos, como la identificación, o la capacidad) se complementa con una calificación posterior del registrador; doble calificación que justifica los poderosos efectos de la inscripción (fe pública registral, prevalencia de lo inscrito frente a lo no inscrito, siendo a título oneroso y de buena fe), que no existen en todas las legislaciones. De aceptarse el documento extranjero, se prescindiría de uno de esos controles de legalidad, aparte de suponer una renuncia por parte del Estado a ciertos efectos colaterales de la intervención notarial (informativos, fiscales, de control de blanqueo de dinero o de protección a terceros), manteniéndose sin embargo los mismos y poderosos efectos registrales, lo que supone un agravio comparativo en relación a los propios documentos producidos por el Estado a través de sus notarios, sin recibir nada a cambio.

En esta misma línea, cabría señalar que la exclusión de la actividad notarial de la directiva de liberalización de servicios, a la que hacíamos referencia anteriormente, es un argumento en este sentido. Si el notario, al participar de la soberanía del Estado, está excluido del principio de libre circulación de profesionales, no tendría sentido que sí pueda circular su “servicio”, produciendo el mismo efecto negativo que se trataría de evitar.

Pero también se han aducido argumentos para entender que esta función pública notarial no sería suficiente para excluir del registro de la propiedad a los documentos extranjeros:

Por un lado, una interpretación en este sentido supondría una reducción del artículo 4 de la LH y 36 de su reglamento a la nada. Es de suponer que tales preceptos tienen que tener algún sentido y, aunque su interpretación pueda ser enormemente restrictiva, debe dejar paso a algún tipo de inscripción de documentos extranjeros; lo contrario sería constitutivo de una *interpretatio abrogans*. Además, la privación de esta eficacia legitimadora y registral, chocaría con la que tiene concedida en otros ámbitos como en el probatorio y en el ejecutivo, que ya hemos examinado.

Por otro lado, una interpretación a ultranza de la función pública notarial podría llevar a considerar inadmisibles en España otros documentos, como los poderes, respecto de los cuales la Dirección General ha mantenido un criterio más permisivo, produciendo así una paralización total del tráfico internacional. En las resoluciones de 2005, la cuestión se resuelve indicando que en materia de poderes la intervención notarial se centra en la fiabilidad de la prestación del consentimiento y de la autenticidad y capacidad de quien lo presta. Pero lo cierto es que se trata igualmente de un negocio jurídico en el que el principio de legalidad es también aplicable y que crea una legitimación formal exterior en el tráfico (y a cuyo contenido, si es representación voluntaria, se le aplica la ley donde se ejerzan las facultades, conforme al art. 10.5 del Código civil).

Señala SANCHEZ LORENZO el contrasentido que supone la afirmación contenida en las resoluciones de 2005 de que cuando el artículo 1216 se refiere al “Notario o empleado público competente” se está refiriendo al notario español, del mismo modo que el artículo 117 de la Constitución al hablar del principio de unidad jurisdiccional se refiere a los jueces españoles. Y ello es así –afirma– porque tal principio no impide que las sentencias dictadas en el extranjero puedan ser reconocidas y ejecutadas en España. Y de hecho, si tales cuestiones hubieran sido discutidas ante un juez alemán tal sentencia había servido de base para una inscripción sobre la base de las

normas de reconocimiento automático contempladas en el Reglamento *Bruselas I*⁵². Este argumento permitiría distinguir entre la circulación de profesionales y la circulación del documento, desactivando la referencia a la directiva de servicios.

Este mismo autor indica que existen aspectos de la compraventa de un inmueble español entre extranjeros que no se registrarán por la ley española, como la capacidad o incluso las condiciones de validez sustancial del contrato de compraventa, que conforme al artículo 3 del Convenio de Roma, puede quedar regido por el Derecho alemán (por sometimiento expreso o por el hecho de que acudir a un notario alemán constate una voluntad tácita). Es decir, el *título* se podría regir por la ley alemana, aunque el *modo*, y los requisitos para la transmisión de la propiedad se rigieran por la ley española. Por ello, duda este autor que el notario español pudiera estar en mejores condiciones que el notario alemán para calificar este contrato, que será el título de la adquisición y posterior inscripción.

Finalmente, en relación al argumento de que la admisión de documentos extranjeros implica una desvirtuación del sistema español notarial-registral de transmisión de inmuebles, HEREDIA CERVANTES considera que es necesario realizar un examen de este sistema, lo que hace siguiendo las conocidas apreciaciones de Cándido PAZ-ARES. Así destaca que la función del notario español es doble, pública y privada. En la función privada el notario actúa como ingeniero de los costes de transacción, facilitando una información y un consejo que facilita la transmisión. Esta función puede realizarse por un profesional extranjero, si las partes están de acuerdo en ello, asumiendo el riesgo correspondiente. En cuanto a las funciones públicas, frente a lo que arriba se señalaba, entiende que su ausencia no es algo que debe impedir la inscripción. Existen ciertas materias en las que se produce un solapamiento de funciones y no parece que este solapamiento debe extenderse al ámbito internacional. En su opinión, la internacionalidad de la transacción tendrá como consecuencia el rediseño del modelo de justicia preventiva, reduciendo la presencia del notario español y compensando esta circunstancia bien a través de la colaboración de las autoridades extranjeras o bien adaptando y potenciando la actividad calificadora del registrador⁵³.

Más adelante trataremos de obtener alguna conclusión de todas estas ideas.

2. Argumentos relacionados con la eficacia del documento en su país de origen .

Este argumento presupone que se haya descartado el anterior y trata de examinar si un documento extranjero que se presenta ante un registro de la propiedad español es apto como tal para ser inscrito por haber producido tal mutación jurídico real. En efecto, para que pueda producirse la inscripción en el registro de la propiedad español es preciso que la propiedad se haya transmitido mediante la conjunción del título, en este caso un contrato, con la entrega o modo, que va ínsita en el documento público vía art. 1462 del Código civil cuando se otorga éste, en lo que ha venido a denominarse tradición instrumental.

52 SANCHEZ LORENZO, S.: “La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgada ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección de General de los Registros y del Notariado”, Diario La Ley, número 6425.

53 HEREDIA CERVANTES, I: Comentario a la resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/abril de 2006, pág. 134 y 135.

En cambio, en el Derecho alemán, por su distinto sistema transmisivo, el título, aun en escritura pública, no conlleva la transmisión, sino que esta se produce posteriormente y de modo abstracto mediante el llamado acuerdo abstracto traslativo, que es el que se inscribe.

El argumento parece admisible y muy coherente con las reglas que veíamos que se aplicaban en materia de eficacia probatoria y ejecutiva, conforme a la teoría de la extensión de los efectos: el documento ha de producir en su país de origen los mismos efectos que se pretende que se produzcan aquí. Señala SANCHEZ LORENZO, sin embargo, que es irrelevante lo que diga el Derecho alemán. En su opinión la transmisión de la propiedad del inmueble se rige por el Derecho español, conforme al artículo 10.1 del Código civil, y éste exige tradición o modo, que se entiende producido con el otorgamiento de la escritura pública. Por tanto –afirma– otorgada una escritura pública equivalente en cuanto a sus requisitos en un país extranjero, está cumplido el requisito exigido en la legislación española y se produce la transmisión, aunque tal efecto no se produzca en con la escritura alemana⁵⁴.

En todo caso, es de destacar que en ambos casos *de autos* (de las resoluciones de 2005) como ha hecho notar ya algún autor, se trataba de la transmisión de la propiedad reservándose el usufructo en un caso y en el otro el derecho de habitación, por lo que cabría estimar que en estos casos sí se había producido la tradición mediante el expediente del *constitutum possessorium*, dado que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que extiende a los inmuebles tal modo de transmitir cuando el transmitente continúa poseyendo la cosa en concepto distinto del de dueño⁵⁵.

b.4) Síntesis y conclusión.

¿Cuál ha de ser la regla general en esta materia? La cuestión permite una multiplicidad de facetas, en directa correlación a la complicación que presentan las de Derecho internacional privado. Las interrogantes de Derecho interno pueden admitir diversas visiones, matices y respuestas, y ello es precisamente lo que aleja a la ciencia

⁵⁴ Tal afirmación, confusa en el trabajo antes mencionado de este autor, fue expresamente ratificada en forma oral en la Jornada sobre el acceso de los documentos extranjeros a los registros públicos españoles organizada en Barcelona el 29 de junio de 2006 por la Associació d'Estudis Jurídics Internacionals y el Servei d'Estudis Registrals de Catalunya, en el Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, en la que el autor pronunció una ponencia con ese título. Este autor probablemente confunde la función del título y el modo y su relación con la inscripción, pues en el trabajo antes citado llega a decir que “el modo de adquirir la propiedad es una cuestión que se refiere a la transmisión del dominio inter partes.....El artículo 1218 del CC estipula el efecto probatorio frente a terceros del documento público, por lo que se refiere al otorgamiento, fecha e incluso declaraciones (prueba del contrato), pero no la eficacia real frente a terceros, que depende directamente de la inscripción registral”, ignorando que la eficacia frente a terceros no depende de la forma o inscripción, sino de la naturaleza del derecho, que, siendo real, producirá efectos frente a terceros aunque su título sea verbal o conste en documento privado, si ha habido entrega o modo (sin perjuicio de los efectos protectores de la inscripción para los adquirentes a título oneroso y de buena fe). A pesar de ello, con un cierto atrevimiento, se permite decir que la DGRN muestra “una cara falta de criterio a la hora de distinguir entre las cuestiones relativas a la transferencia de la propiedad o efectos de los derechos reales entre las partes y el problema de la oponibilidad del derecho frente a tercero y la cuestión vinculada de la publicidad”

⁵⁵ GUILARTE MARTÍN CALERO, C: “*Tradicón y escritura pública*”, La ley, número 6322, 20 de septiembre de 2005. Cita esta autora la sentencia del TS de 3 de diciembre de 1999.

jurídica de las llamadas ciencias exactas para aproximarla a una especie de arte de las soluciones justas y proporcionadas; pero esta *inexactitud* se exacerba cuando dicha solución no ha de ser buscada en un solo ordenamiento, que será mínimamente armónico y coherente, sino en varios, todos de países soberanos, cuyos principios pueden diferir, o en un Derecho comunitario o internacional muchas veces no suficientemente claros.

El dilema que subyace en esta cuestión es en el fondo político: cuál haya de ser la trascendencia se vaya a dar a los actos extranjeros en un país soberano; lo que, a su vez, depende de la lucha entre dos intereses: la circulación del documento y rapidez en las transacciones frente a la protección de los adquirentes y de las prerrogativas del Estado. Una relegación del documento extranjero a favor de las formas propias asegura las transacciones y garantiza el control del Estado sobre determinadas cuestiones en las que está muy interesado; pero una inadmisión incondicionada y total supone un grave obstáculo al tráfico jurídico, sobre todo si se hace extensiva a la representación.

Una admisión incondicionada del documento extranjero facilitará la circulación y el tráfico, pero supondrá un peligro por la posibilidad de intromisión de formas documentales de inferior calidad a las nacionales, que pueden implicar un elemento de inseguridad en un sector tan sensible como son la transmisiones inmobiliarias que, en definitiva, afectan al mismo suelo sustentador del país; también supondrá la pérdida del valor añadido que implica la no intervención de un funcionario español, conocedor de la legislación aplicable y obligado por ley a cumplir una serie de funciones conexas en protección de terceros y del mismo Estado, aparte de una grave alteración del sistema de seguridad jurídica preventiva, basada en una doble calificación y examen de legalidad, uno de ellos realizado por el notario previamente a la perfección del negocio y, por tanto, cuando las cosas pueden todavía pueden evitarse o corregirse; es más, tal apertura puede tener un doble sentido pernicioso pues, siendo admisible y comprensible que se dé en el ámbito de la unión europea, quizá no pueda decirse lo mismo respecto a terceros países⁵⁶.

En resumen, como decía al principio, la cuestión no es tanto de *dogmas* como de *dosis*, es decir, no se resolverá por la aplicación absoluta de uno u otro principio, sino por una adecuada mezcla entre los dos. Ello nos lleva a valorar separadamente los dos grupos de argumentos sobre los que gira la admisión de los documentos extranjeros.

1. *Argumentos relacionados con la función pública notarial*. El primero es el que se asienta en la función pública ejercida por el notario. Respecto de este argumento, lo primero que hay que decir es que parece evidente que el ideal sería una circulación totalmente libre del documento, basado en una equivalencia de las autoridades en un régimen de total cooperación. Y a este ideal nos encaminamos en el ámbito de la Unión Europea, sobre todo tras la cumbre de Tampere, en la que se busca un “auténtico espacio europeo de justicia”. Ciertamente, la admisión del documento extranjero supone una cierta cesión de soberanía, pero sería mínima si existiera realmente esa equivalencia de autoridades y de documentos y las funciones conexas (de información, fiscales...)

56 Por ejemplo: ¿será inscribible una transmisión de inmuebles ante notario de un país considerado como paraíso fiscal? ¿Se crearán Las Vegas notariales donde puedan acudir los vendedores y compradores a obtener una fácil, rápida y barata transmisión de sus inmuebles en España, quizá viajando en vuelos de bajo coste?

encomendadas a los notarios pudieran cumplirse a través de mecanismos de cooperación.

Pero lo cierto es que en la situación presente tal ideal no se ha alcanzado. La convergencia existente en este campo entre los países miembros de la Unión Europea está todavía muy lejos de ser satisfactoria pues aunque hay similitudes importantes con algunos países –básicamente los de derecho continental y notariado latino- la diversidad de sistemas jurídico civiles y procesales y, en lógico paralelismo, documentales y notariales no permiten apreciar un documento homogéneo, con todas las garantías, que aconseje una liberalización total de los controles interiores.

Por otro lado, las normas europeas no permiten dar un criterio claro al respecto pues si bien el proyecto de directiva de servicios, que excluye al notario de su ámbito, es un argumento a favor del carácter funcional y por tanto de la no circulación del documento notarial, otras manifestaciones como el dictamen relativo a inversiones extranjeras, que excluye la intervención obligatoria del notario español, los reglamentos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, y el relativo al título ejecutivo europeo, abonan la idea de que el fin perseguido por la unión es la libre circulación.

Por otro lado, los objetivos de Tampere, una vez enunciados, han de ser llevados a la realidad y en esta tarea de aplicación práctica están surgiendo dudas y dificultades que, por otro lado, han coincidido en el tiempo con la paralización del proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y todo ello hace temer a algunos que tal espacio europeo pueda encontrarse en una encrucijada⁵⁷. Indudablemente, no es sencillo prescindir de los controles internos cuando no tenemos la seguridad de que lo que va a venir de fuera es inocuo. Y piénsese que hablamos simplemente de Europa: en el ámbito global las diferencias y por consiguiente los riesgos son mucho mayores.

De todo lo dicho se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- Parece claro que sería positiva la consecución de un espacio jurídico europeo en el que la libre circulación del documento facilite las transacciones internacionales, permitiendo incluso la inscripción de tales documentos si se cumplen los requisitos legales y reglamentarios. Tal situación abaratará costes, evitará desplazamientos y permitirá elegir al notario más próximo, al que hable el idioma de los otorgantes o conozca la legislación aplicable.
- Ahora bien, la libre circulación presupone una homogeneidad de los documentos que han de circular (sea en la Unión Europea o en el mundo) o unos medios que permitan acreditar la equivalencia del documento extranjero y, quizá se debería añadir, que se articulen los mecanismos necesarios para lograr los efectos indirectos obtenidos del documento notarial español, evitando que el Estado sea de peor condición en los documentos extranjeros que en los nacionales, cuando se pretende tengan el mismo valor y que justifiquen la cesión de soberanía que tal aceptación supone.

⁵⁷ Cfr. IRURZUN MONTORO, F.: “¿El espacio europeo en una encrucijada?”, La Ley, número 6532, 24 de julio de 2006.

- Por ello, parece comprensible una actitud precavida frente al documento extranjero a los efectos de su inscripción y justificada, desde una perspectiva política o de conveniencia, la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado rechazando la inscripción del documento extranjero en el Registro de la Propiedad, en tanto perdure en el ámbito de la Unión Europea esta situación de transición hacia el espacio jurídico europeo y no se articulen los mecanismos necesarios para asegurar, en este ámbito, la equivalencia de los documentos.
- Que no obstante lo dicho, tal posicionamiento es independiente de la solución que jurisprudencialmente se pueda dar a la situación en concreto planteada que, como sabemos, está hoy pendiente de sentencia y respecto de la cual me inclino a pensar que los argumentos de Derecho positivo quizá no favorezcan la tesis de la Dirección General. Como hemos venido diciendo, hasta la liberalización en materia de inversiones extranjeras, esta actitud tenía un apoyo legal en la obligada intervención notarial en esta materia. Tal intervención cubría la mayoría de los supuestos, aunque su intención no fuera exactamente la protección de las formas documentales españolas. Pero tras la supresión de esta obligación, el ordenamiento español se ha quedado sin una herramienta importante para controlar este flujo de documentos y con un flanco al descubierto pues la legislación hipotecaria, pensada para otros tiempos y otras situaciones, presenta un criterio literal amplio, admitiendo con cierta liberalidad los documentos extranjeros. Por ello, el principal argumento en contra es de orden conceptual, el carácter de funcionario del notario que, por otro lado, no sirve para otros efectos del documento público como el ejecutivo y el probatorio o para las sentencias judiciales y no se quiere aplicar a otros documentos como los poderes. Todo ello sin perjuicio de que pueda usarse el argumento de la reciprocidad que, por su carácter excepcional, mencionaremos al final de este apartado.
- Finalmente, sea cual sea la solución que se dé al supuesto planteado, parecería necesario que, en tanto no haya una solución de Derecho internacional (respecto de la cual se tratará de hacer alguna propuesta mas adelante), el Estado se dotara de los medios necesarios para controlar los documentos que proceden del extranjero, estableciendo los supuestos de admisibilidad y de inadmisibilidad, ya con carácter general o con carácter específico, incluso los criterios de reciprocidad que pudieran existir. La alteración del sistema de seguridad jurídica preventiva que supone la eliminación de uno de los controles, bien merecería una regulación expresa, del mismo modo que se ha hecho para privar a los documentos otorgados ante notario extranjero de iniciar la prescripción a efectos fiscales, como hemos mencionado al examinar los efectos probatorios.

2. Argumentos relacionados con la eficacia del documento en su país de origen .

Ahora bien, aun en el caso de que fuera superado el obstáculo del carácter de funcionario público del notario y se consideraran inscribibles con carácter general los documentos extranjeros, es indudable que será preciso un examen individualizado de cada documento para determinar si se han cumplido los requisitos mínimos exigibles por la legislación española. Utilizando los herramientas comparativas que el estudio de los demás efectos de la escritura nos ha proporcionado, parece claro que lo primero que hay que exigir es que el documento produzca en su país el efecto que se pretende

extender al nuestro, de acuerdo con la teoría de la extensión de los efectos, que estamos siguiendo. Es decir, que produzca una modificación jurídico real por sí mismo, incluyendo la tradición o modo. Y ello sólo podrá darse en documentos notariales de tipo latino que son los únicos a los que es posible anudar, además de los típicos efectos legitimadores, efectos especiales sustantivos como los traditorios, probatorios y ejecutivos (y como hemos visto en la legislación europea ya se exige legalmente un documento que afecte al fondo y no sólo a la firma).

Por ello, no parece aceptable la posición que defiende la irrelevancia del contenido de la ley de origen, patrocinada por SÁNCHEZ LORENZO. Si el documento extranjero no produce prueba plena en su país de origen, no será aquí medio de prueba; si no es ejecutivo, no podrá ser en España ejecutado; y si no produce la transmisión, no podrá ser inscrito, porque no estamos hablando de formas sino de una eficacia específica de la escritura pública que no ha de reconocerse al documento extranjero si de por sí no lo tiene. De hecho, el propio artículo 1462 del Código civil establece que tal efecto traditorio solo se produce si “*de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*” y ello es precisamente lo que ocurre en este caso, en que el Derecho alemán, por su peculiar sistema transmisivo, priva al título de la transmisión instrumental, que se reserva para un negocio abstracto posterior.

En definitiva, si el documento no lo incluye por sí solo, habrá que exigir que se justifique haberse producido la modificación jurídico-real. En el caso de los documentos alemanes, en la actualidad, según parece, el acuerdo abstracto traslativo se suele añadir como apéndice o complemento de la misma escritura en que se otorga el contrato y si no es así, se prohíbe al notario autorizar el *auflassung* si no se le justifica previamente el contrato causal. Por ello, es de suponer que este requisito pueda ser fácilmente subsanado en sucesivas escrituras de notarios alemanes con una simple cláusula más.

En cambio, parece claro que no es posible admitir la inscripción de un documento privado anglosajón con las firmas legitimadas porque la escritura pública en una transmisión inmobiliaria produce efectos más allá de la declaración de voluntad, como decíamos que podía entenderse que ocurre con los poderes; es que produce la transmisión misma, incluye el modo. Y no parece que una mutación jurídico real pueda producirse en un simple documento privado, que conforme a nuestro Derecho, que es el que se aplicará por vía del art. 10.1 por referirse a la propiedad, sólo producirá tal transmisión si va acompañada de un acto posesorio público y evidente frente a todos o si se verifica mediante un acto formal que es la escritura pública y que en sí misma engloba ese acto exterior frente a la comunidad que significa la tradición.

Por otro lado, no parece de recibo admitir el acceso de tales documentos al Registros sustantivos que producen efectos importantísimos, cuando tal institución no existe en el país de procedencia. Y el favorecimiento de la inscripción de documentos privados es hacer la casa con cimientos de barro.

Finalmente, como argumento aplicable sólo en situaciones excepcionales que, sin embargo, concurren en el caso planteado en las resoluciones aquí extensamente mencionadas, creo que sería necesario hacer una referencia a la idea de reciprocidad. En la resolución de la DGRN de 15 de marzo 2000 se apunta esta idea: no es inscribible la escritura alemana porque que la legislación alemana guarda una competencia exclusiva para los notarios alemanes en este tipo de transmisiones. El principio de reciprocidad

responde más bien a criterios políticos de cortesía o utilidad que a reglas propiamente jurídicas, por lo que es criticado, sobre todo en materia de Derecho privado, por perjudicar los intereses particulares de los ciudadanos por razones no suficientemente justificadas. Sin embargo, aunque en nuestro Derecho no se establece como regla general, se utiliza en algunos supuestos y aparece contemplado en diversas normas positivas⁵⁸.

Es cierto que la reciprocidad puede parecer contraria al espíritu que anima la Unión Europea, basada en la idea de confianza y cooperación, máxime desde que la cumbre de Tampere ha instituido como objetivo la consecución de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Pero lo cierto es que, como señalábamos anteriormente, la aplicación práctica de los objetivos de Tampere no está exenta de dificultades, sobre todo tras la paralización del proceso de ratificación de la Constitución europea. Y de hecho, uno de los síntomas a nivel nacional es la invocación del principio de reciprocidad por la Audiencia Nacional española en la aplicación de la Orden Europea de detención⁵⁹.

Por todo ello, estimo que, aunque no sea un criterio deseable como regla general para la determinación de los efectos de los actos y de los documentos extranjeros, no parece descabellado invocarlos de manera defensiva en aquellos supuestos en los que el mismo derecho no es reconocido a los nacionales españoles en el país de origen, produciendo una discriminación para estos que el Estado no tiene que estar obligado a aceptar, máxime cuando la validez y eficacia común del acto no queda menoscabada, por aplicación del artículo 11 del Código civil.

IV PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Por último y a modo de conclusión, creo que es necesario hacer una referencia a lo que sería deseable y conveniente a corto, medio y largo plazo

A corto plazo, parece evidente que la complicación creciente de estas materias, la frecuencia de las relaciones internacionales, no solo de dentro a afuera sino también en sentido contrario, va a suponer una exigencia especial a cada notario individualmente considerado en el examen y calificación de los documentos que haya de tener en cuenta. Y ello, por supuesto, no solo en el aspecto formal, sino también en el sustantivo, que plantea numerosísimas cuestiones, algunas de ellas ya tenidas en cuenta por la Dirección General de los Registros y del Notariado resolviendo consultas (la relativa a la mayoría de edad de los extranjeros a los efectos de la celebración de contratos onerosos o a la posibilidad de autorizar actas de declaración de herederos en España de extranjeros), o en recursos gubernativos (por ejemplo, sobre régimen económico

⁵⁸ Por ejemplo: en ley 49/2003 sobre arrendamientos rústico; la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su art. 199, sobre las relaciones entre ordenamientos; la ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; la ley 8/2000, sobre extranjería; el artículo 177 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; el artículo 277 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 2 de la ley 30/1995 de la Ordenación del Seguro Privado; la Ley de Enjuiciamiento Civil en su regulación del exequátur, que ya mencionamos.

⁵⁹ Cfr. IRURZUN MONTORO, F. Ob.cit.

matrimonial de los extranjeros); y otras que han sido objeto de sentencias del Tribunal Supremo como la sucesión de los ingleses que solo tienen bienes en España.

En definitiva pienso que a corto plazo la única solución es el conocimiento. En esta tarea, muchas veces más allá de nuestro alcance, el notario no debería estar sólo. La dificultad de obtener medios fiables para determinar la capacidad, el régimen matrimonial de los extranjeros o las formalidades de sus actos, abonan que en un nivel corporativo se creen comisiones de cultura o consultivas de estas materias internacionales, un tanto a modo del CRIDON francés. Es más, lo lógico sería formar cuadros comparativos de las diversas formas europeas que bien podrían hacerse en el seno de la conferencia de los Notariados de la Unión Europea, utilizando medios telemáticos, hoy perfectamente disponibles, que permitieran, al menos, conocer con fiabilidad cuáles son las reglas del juego y, por supuesto, una base de datos que permitiera asegurarse con total garantía de la existencia del notario autorizante del documento extranjero, y otros datos como la circunscripción territorial, fecha de su nombramiento y vigencia del cargo.

A medio plazo, sería necesaria una intervención legislativa que llenara el vacío en que nos encontramos en este momento. Tal intervención podría decantarse por exigir siempre el documento notarial español a los efectos de la inscripción, o bien establecer criterios de admisibilidad en función de las circunstancias, disponiendo unos requisitos mínimos para el documento extranjero, o creando listas de países que no admiten el documento español a efectos de reciprocidad. También podrían articularse mecanismos en función de las diversas fórmulas que se han sugerido para facilitar la circulación del documento, por lo menos a nivel de la Unión Europea. Recordemos por ejemplo el sistema patrocinado por el notario italiano Paolo PASQUALIS y el notario español José Manuel GARCÍA COLLANTES, la llamada *homologación notarial*. Esta homologación consistiría en acompañar al documento público extranjero un certificado del notario autorizante y otro del país de recepción, que certificaría la conformidad del documento con la normativa del país en que deba surtir efecto, además de poder integrar dicho documento si faltara algún requisito⁶⁰.

El sistema de la homologación presenta indudables ventajas porque, por un lado, supondría un visto bueno de la autenticidad formal y de legalidad de una autoridad nacional al documento extranjero (subsando las deficiencias de éste en su caso), permitiendo la confianza de los particulares o instancias que hayan de recibirlo; y por otro, permitiría el cumplimiento de las obligaciones accesorias encomendadas a los notarios en materia fiscal, de blanqueo de dinero u otras.

También presenta este sistema inconvenientes, difícilmente subsanables en tanto no haya una legislación común para Europa. Por un lado, el mayor coste que pudiera suponer un doble control, en el país de origen y en el de recepción, cosa siempre mal vista por las autoridades comunitarias. Por otro, al producirse esta homologación con posterioridad al documento extranjero, de no poder realizarse la homologación, por falta de alguno de los requisitos, sería imprescindible una reiteración del consentimiento ante el notario de recepción, cuando el negocio está ya consumado. Es decir, tal sistema

60 A tal efecto es interesante el resumen que hace Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA en el Libro de ponencias en el XIII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, de Atenas (Grecia) Consejo General del Notariado, 2001, págs. 246 y ss..

facilitaría la circulación de los documentos correctamente formalizados, pero no impediría la formalización de los negocios defectuosos según la legislación del país de recepción, al ser la intervención notarial posterior a la prestación del consentimiento.

Por ello, este sistema me parece muy adecuado como recurso interno de cada país para controlar la documentación extranjera, es decir, como una medida a medio plazo de las legislaciones internas para evitar los efectos indeseados de una circulación absolutamente libre del documento.

Ahora bien, si de lo que se trata es de establecer una medida europea para extender las eficacias sustantivas de los documentos notariales a los países miembros, lo más probable es que se establezca una *homologación de origen*. Algo así ocurre, como hemos visto con el título ejecutivo europeo que establece un certificado de ejecutividad (que, como hemos dicho, en España seguramente emitirán los notarios si se aprueba el proyecto de ley). Lo lógico sería la creación de una apostilla de fondo o apostilla sustancial que certificara los efectos sustanciales que esa forma extranjera produce y no se limitara a decir que la firma que lleva corresponde a un funcionario de dicho país. En este sentido el notario italiano Cesare LICINI aboga por la creación de una *Grande Apostille*⁶¹.

A largo plazo, la solución habrá de ir por el camino de una convergencia de Derechos civiles que facilitará lógicamente la circulación de los documentos. En este sentido cabe mencionar la sociedad anónima europea, regulada en el Reglamento nº 2157/2001, del Consejo de la UE, de 8 de octubre de 2001, y que se desarrolla en la reciente ley española 19/2005 de 14 de noviembre, en cuanto a las domiciliadas en España, teniendo por finalidad facilitar la libertad de establecimiento; o bien el libro verde sobre la llamada eurohipoteca que pretende establecer en el ámbito de la Unión Europea una especie de garantía independiente; en el mismo sentido, el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos, publicado por la Comisión Europea el uno de marzo de 2005 que busca establecer unos criterios comunes es esta importante materia, y que ha sido objeto de Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (publicado en el DOCE con fecha 3 de febrero de 2006). Se trata de buscar una solución a las sucesiones transnacionales, seguramente por vía de Reglamento, tratando de armonizar no solo la ley aplicable al fondo sino las condiciones de validez del testamento, reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos no judiciales, incluso creando un certificado europeo de heredero, con un registro central comunitario, y hasta un testamento europeo que sea admitido en cuanto a la forma por todos los ordenamientos jurídicos nacionales.

Seguramente, este el camino.

61 LICINI, C: “La utilidad del documento notarial en el espacio europeo de seguridad jurídica y económica”, en La Europa del Derecho, Conferencia de los Notariados de la Unión Europea, 2002.