

La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Los textos legislativos más recientes que se refieren al acceso al registro de documentos públicos extranjeros han venido a introducir la exigencia de un requisito que no figuraba en la normativa anterior. Se trata de la necesidad de que la autoridad extranjera *haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen*. Así lo exige la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil y otros textos de ámbito material más limitado, que se sitúan en la línea que había venido apuntando la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) (véase, por ejemplo, la Resolución de 27 de febrero de 2014, BOE núm. 80, de 2 de abril de 2014).

Se trata de disposiciones que ignoran la realidad internacional en la que nos movemos, que plantean dudas desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de establecimiento de quienes ejercen funciones de fe pública en la Unión Europea, van contra la tendencia hacia la simplificación documental reflejada en algunos textos europeos (como el Reglamento 2016/1191 del Parlamento Europeo del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea), que crean trabas al tráfico y sólo pretenden favorecer ciertos intereses corporativos, ni siquiera compartidos por todos los que integran el cuerpo supuestamente beneficiado.

La cuestión ha cobrado fuerza en los últimos días a la vista de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 (BOE de 5 de octubre) en la

que de todas las interpretaciones que esas disposiciones admiten, se acoge la más exigente. En ella se desestima el recurso presentado frente a la suspensión de la inscripción de una escritura de compraventa de dos viviendas por *considerar que el poder notarial otorgado por el comprador en Reino Unido no cumple la normativa española respecto de la equivalencia de funciones del funcionario público extranjero y el notario español*. En la escritura de compraventa otorgada en España, el notario español había manifestado respecto del poder aportado por la parte compradora, que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la parte poderdante tenía la aptitud y la capacidad legal necesaria conforme a la legislación de su país de origen para otorgar dicho poder, y, además que se habían observado las formas y solemnidades exigidas por dicha legislación para el otorgamiento del mismo; por lo que juzgaba a la apoderada, bajo su responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la escritura de compraventa. Se aportaba, además, a la escritura de compraventa certificado notarial expedido por *el notary public* de Liverpool, en el que identificaba a la firmante del documento de autorización.

Según la Dirección General, con este juicio que emite el notario español se cumple lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero en lo relativo a la aptitud, capacidad legal del otorgante según su ley personal y el cumplimiento de las formalidades del país de origen, pero no se dice ni justifica que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial, por lo que desestima el recurso frente a la suspensión de la inscripción.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

A la vista de esta resolución no parece que sean suficientes las cláusulas incluidas en las escrituras de poder en las que el notario extranjero afirme estar facultado de acuerdo con su legislación para autorizar documentos que deban surtir efectos en el extranjero. Las alternativas son las siguientes:

1. El notario extranjero debería indicar de manera expresa en su escritura que, de acuerdo con su ordenamiento, sus funciones son equivalentes a las de un notario español (en esencia, que no se limita a dar certeza de la fecha, sino que también realiza un juicio de capacidad) y el notario español deberá recoger esa circunstancia también de manera expresa al valorar la suficiencia del poder.

Con eso debería ser suficiente para entender satisfecha la exigencia de la DGRN. En este sentido señala la resolución del 14 de septiembre que *«la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada. El registrador calificará en estos casos de poderes extranjeros, la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (cfr. disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (artículos 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. artículo 36 del Reglamento*

Hipotecario). En el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo adecuadamente».

La última referencia a la posibilidad de que el registrador discrepe del juicio de equivalencia hecho por el notario puede hacer aconsejable que, en los casos en los que el sistema extranjero pueda resultar desconocido o de dudosa ubicación en un modelo u otro de estructuración de la fe pública, se aporte, por cualquier medio admitido en Derecho, prueba del ordenamiento extranjero.

2. En los supuestos en los que el notario extranjero no esté facultado por su legislación para emitir un juicio de capacidad y no pueda hacer, en consecuencia, la manifestación a que se refiere el apartado anterior, los poderes podrán ser otorgados ante el cónsul de España en el país de que se trate.

En cualquiera de los dos casos viene a complicarse la situación sin que a cambio vaya a mejorar la seguridad del tráfico o la eficacia de nuestro sistema. Pero, además, la cuestión no alcanza sólo a los poderes otorgados en el extranjero, sino que la exigencia de esta «equivalencia de funciones» en las normas mencionadas y la decisión de la DGRN, evidenciada en esta reciente resolución, de hacer una aplicación rigurosa de esas reglas, deja una puerta abierta a mayor incertidumbre. Por ejemplo: cuando se trate del otorgamiento de una escritura de compraventa ante un notario extranjero de un inmueble situado en España, ¿se va a exigir a ese notario que afirme cumplir una función equivalente a la del notario español, comprobando la regularidad del tracto registral, el cumplimiento de las obligaciones fiscales, etc.? La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 rechazó rotundamente esa posibilidad, pero en aquél momento no existían ni la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, ni el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.