La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero

Effectiveness in Spain of the powers granted to the foreign notary

ELISA TORRALBA MENDIOLA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Autónoma de Madrid

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2017.004

Bitácora Millennium, Nº 5 (enero-junio 2017)

Zaragoza, junio 2017

Abstract

El alcance de la exigencia, establecida en la legislación española más reciente, de que la autoridad extranjera que haya intervenido en la confección de un documento que pretende acceder a un Registro español lo haya hecho desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y de que el documento surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen ha suscitado cierta polémica sobre todo en relación con los poderes extranjeros utilizados para otorgar una escritura pública en España. Este trabajo analiza las cuestiones que se han planteado, sobre todo a raíz de una reciente resolución de la DGRN.

This paper deals with the questions arising as a consequence of the requirement in Spanish law that foreign authorities who grant public documents to be recorded at a Spanish Registry should carry out functions considered equivalent to those exercised by the corresponding Spanish authorities. Following a recent decision of the Spanish Registries authority (DGRN), this question has provoked certain discussion mainly with regard to foreign powers of attorney used to grant a Spanish public deed.

Palabras clave: escritura pública, juicio de equivalencia, poderes extranjeros

Key words: *public deed, equivalent functions, foreign powers of attorney*

Sumario

I. Planteamiento de la cuestión

II. La equivalencia de funciones y el Derecho de la UE

III. Los poderes otorgados en el extranjero

1. La Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016

2. Especial referencia a los poderes otorgados ante notarios de Inglaterra y Gales

3. El control por el Registrador del juicio notarial de equivalencia

4. Poderes otorgados en el extranjero: alternativas

IV. Conclusiones

I. Planteamiento de la cuestión

Los textos legislativos más recientes han venido a introducir la exigencia de un requisito que no figuraba en la normativa anterior para el acceso al Registro de documentos públicos extranjeros. 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[1], el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil (LCJI)[2] y antes que ellas, pero con un alcance más limitado, el artículo 97 de la Ley del Registro Civil[3].

Fecha de recepción del original: 17 de abril de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 29 de mayo de 2017.

[1] Ley 15/2015, de 2 de julio, *BOE* núm. 158, de 3 de julio. Según este precepto "*1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. .b) 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. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. […]".*

[2] Ley 29/2015, de 30 de julio, *BOE* 182, de 31 de julio. Según este artículo: "*Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre 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".*

[3] Ley 20/2011, de 21 de julio, BOE núm. 175, de 22 de julio. De acuerdo con este artículo *"Un documento público extranjero no judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:1.º Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.2.º 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.3.º Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.4.º Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español".*

Esta exigencia no se recoge expresamente ni en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario[4], ni en el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil[5], que, aparte de exigir la legalización y los requisitos de autenticidad en España, se limitan a remitirse a las normas de Derecho Internacional Privado. No obstante, a su introducción se había prestado una atención solo relativa hasta la Resolución de la DGRN del pasado 14 de septiembre[6], que generó no poca alarma entre los operadores jurídicos.

Este trabajo no pretende analizar todas las cuestiones que la introducción de esta exigencia puede suscitar, sino que sus pretensiones son mucho más limitadas: se trata solo de analizar ese requisito en el caso concreto de los poderes otorgados ante una autoridad extranjera con los que una de las partes comparece al otorgamiento de una escritura en España que se pretende que acceda a un Registro público español.

Para este análisis se aborda en primer lugar, con carácter general, la interpretación del alcance de esta exigencia sobre todo desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y su posible contradicción con el derecho a la libre prestación de servicios reconocido en el artículo 56 del TFUE (II). A continuación se aborda de manera específica la cuestión de los poderes extranjeros y para ello se parte de la RDGRN de septiembre de 2016, a la que se ha hecho referencia (III.1), para analizar

[4] Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, BOE núm. 106, de 26 de abril y sucesivas modificaciones. Según este artículo "*1. Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. 2. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. 3. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente*".

[5] Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *BOE* núm. 184, de 31 de julio, con modificaciones posteriores. Bajo la rúbrica "Titulación pública" este precepto prevé que *"1. La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público.2. La inscripción sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en este Reglamento.3. En caso de documentos extranjeros, se estará a lo establecido por la legislación hipotecaria. También podrá acreditarse la existencia y válida constitución de empresarios inscritos, así como la vigencia del cargo y la suficiencia de las facultades de quienes los representan, mediante certificación, debidamente apostillada o legalizada, expedida por el funcionario competente del Registro público a que se refiere la Directiva del Consejo 68/151/CEE o de oficina similar en países respecto de los cuales no exista equivalencia institucional".*

[6] *BOE* núm. 241, de 5 de octubre.

a continuación la situación específica de los poderes otorgados ante notarios ingleses (III.2) y el alcance del control registral en relación con la escritura de poder (III.3). Por último, y desde una perspectiva eminentemente práctica, se exponenlas alternativas que esta situación permite (III.4), para acabar con una conclusión general (IV).

II. La equivalencia de funciones y el Derecho de la UE

La primera cuestión que suscitan los preceptos mencionados en los que se introduce de manera expresa la exigencia de la equivalencia de funciones es como entender el alcance de esta última. Si se atiende a las obligaciones derivadas de nuestra pertenencia a la UE y a la sentencia de 19 de junio de 2012[7] en la que nuestro Tribunal Supremo resolvió la polémica suscitada por el acceso al registro de escrituras públicas extranjeras, es obvio que no puede hacerse en un sentido amplio, de manera que se interprete que se exige que la autoridad extranjera realice una función de asesoramiento, colaboración con las autoridades españolas y control de legalidad idéntica a la que haría una autoridad española, sino que debe hacerse una lectura más restrictiva y considerar que la equivalencia se refiere exclusivamente a las funciones que la autoridad extranjera desempeña en la redacción del documento. De este modo, se ha defendido que "*hay equivalencia cuando la persona habilitada como autoridad por el Derecho extranjero para ejercer la función de autenticación en su país no se limita a legitimar la firma, sino que, además da fe del contenido del documento (lo que incluye la identificación de las partes)"*[8].

Esa interpretación impide entender resucitada una polémica zanjada de la manera más satisfactoria en la sentencia señalada, según la que *"el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que -como también se ha razonado anteriormente- por el principio auctor regit actum*

[7] Sentencia 998/2011, Roj: STS 5354/2012. Con voto particular de los Magistrados R. GIMENO BAYÓN y J.R. FERRÁNDIZ. El supuesto era obviamente distinto, puesto que en este caso se trataba del acceso al registro de una escritura extranjera, y no de una española otorgada con poder extranjero, pero el análisis de la equivalencia de funciones (que se hace pese a no estar en vigor los preceptos señalados que la exigen) resulta trasladable a este contexto. Sobre la inscripción de escrituras extranjeras, ver, por todos, R. ARENAS GARCÍA, "Acceso de documentos públicos extranjeros al Registro de la Propiedad español" en M. FONT (dir), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público,* ed. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 359-384. Para una visión crítica de la sentencia: http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-notario-extranjero.htm

[8] N. NOGUEROLES PEIRÓ, "Artículo 60. Inscripción de documentos públicos extranjeros", en F.P. MËNDEZ/G. PALAO, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 789.

cada notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero. El control de la seriedad formal en su otorgamiento -que no parece pueda ser discutido en el seno de la Unión Europea y, concretamente en este caso, en relación con Alemania se extendería de modo improcedente a la práctica exigencia de que el notario extranjero aplicara los requisitos de carácter administrativo vigentes en España […]".

Se trata, además, de la única interpretación acorde con las exigencias europeas. Prescindiendo de posicionamientos personales sobre la idoneidad de la solución y de opiniones quizás excesivamente radicales expresadas en algún trabajo anterior, la equivalencia de funciones así entendida no parece que se oponga a la concepción que de la libre prestación de servicios tiene el TJUE. En su reciente sentencia en el asunto C-342/15[9], el TJUE concluye que la reserva, por parte de la legislación de un Estado, de la función de legitimación de firmas a los notarios, con la consecuencia de que no se reconoce en dicho Estado la legitimación llevada a cabo por un abogado extranjero facultado para hacerlo según su legislación nacional es contraria al artículo 56 del TFUE, que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios, pero que siempre que esa medida no sea discriminatoria por razón de la nacionalidad, puede estar justificada por razones imperiosas de interés general.

Los argumentos del TJUE para llegar a esta conclusión se basan en la importancia fundamental del Registro de la Propiedad- en el que se pretendía la inscripción del documento cuyas firmas había legitimado un abogado- sobre todo en los Estados miembros en los que existe un notariado de sistema latino, de tal modo que la llevanza del Registro de la Propiedad constituye un componente esencial de la administración preventiva de la justicia, en la medida en que pretende garantizar una correcta aplicación de la ley y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, objetivos que forman parte de las misiones y responsabilidades del Estado[10]. En tales circunstancias, dice el TJUE, las disposiciones nacionales que exigen que se recurra a profesionales fedatarios, como los notarios, para verificar la exactitud de las inscripciones practicadas en un Registro de la Propiedad contribuyen a garantizar la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias y el buen funcionamiento del Registro de la Propiedad y entroncan con la protección de la buena administración de justicia, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, constituye una razón imperiosa de interés general.

[9] STJUE de 9 de marzo de 2017.

[10] Eso mismo había señalado ya por el TJUE, si bien en relación con la libertad de establecimiento, en su sentencia de 24 de mayo de 2011, en el asunto C-53/08.

Se exige, eso sí, que se satisfaga el criterio de proporcionalidad, de manera que la restricción a la libre prestación de servicios se vea compensada por el interés nacional perseguido, lo que se estima que ocurre en el caso porque la participación del notario no se limita a la confirmación de la identidad de la persona que ha estampado su firma en un documento, sino que se controla asimismo la legalidad de la transacción prevista y la capacidad de la persona interesada para otorgar actos jurídicos, sin que la actividad de los abogados consistente en certificar la autenticidad de las firmas que consten en unos documentos sea comparable a la actividad de autenticación que efectúan los notarios[11] .

Los criterios señalados resultan trasladables a la situación que aquí nos ocupa, en la que el conflicto ya no enfrenta a abogados con notarios, sino a notarios de diferentes Estados que responden a sistemas distintos. Lo relevante, según el TJUE, no es la naturaleza de la autoridad, sino la función que desempeña y una simple legitimación de firmas no es equivalente a un control más riguroso de la capacidad de las partes y la legalidad de la transacción. Siendo así, la buena administración de justicia y la seguridad jurídica preventiva pueden justificar la exigencia de la equivalencia de funciones a las que nuestras más recientes leyes se refieren, pero sólo partiendo de la interpretación restrictiva a la que se ha hecho referencia, porque solo ella supera el juicio de proporcionalidad a que se somete lo que de otra manera no sería más que una restricción a la libre prestación de servicios notariales.

Si bien los argumentos anteriores se refieren al ámbito de la UE, no hay, no obstante, razones para propugnar una interpretación distinta, más extensiva, de esta exigencia de equivalencia de funciones cuando nos situamos fuera de ella y los documentos extranjeros proceden de terceros Estados. El criterio de la proporcionalidad sigue siendo útil en este ámbito: tiene sentido garantizar el control de los documentos que acceden al registro en aras de lograr la seguridad jurídica, pero no llevarlo más allá de lo necesario puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de obstaculizar el tráfico en su doble dimensión civil y mercantil.

Si a lo anterior añadimos que los diferentes modelos de organización de la función notarial, o incluso la atribución de funciones que en España son propias de los notarios a otros profesionales, se encuentran presentes tanto dentro de la UE como

[11] En el caso, además, el testimonio de legitimación de una firma estampado por un abogado checo no constituye un documento auténtico en la República Checa y no tendría el mismo valor probatorio, que la legitimación efectuada por un notario. En consecuencia si se reconociera en Austria a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad austriaco, se equipararía a una legitimación notarial y se le daría en Austria un valor de documento auténtico que no tiene en la República checa.

fuera de ella, porque no existen normas de armonización en su seno, no hay razones para entender que hay que mirar con mayor cautela a los documentos procedentes de notarios extraeuropeos por el solo hecho de serlo. Los controles que una interpretación extensiva exigiría a estos profesionales (colaboración con las autoridades fiscales españolas, por ejemplo) no parece que estén en situación de realizarlos ni unos ni otros.

III. Los poderes otorgados en el extranjero

1. La Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016

Desde esa perspectiva hay que leer la Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 en la que se desestima el recurso presentado frente a la suspensión de la inscripción en el Registro de la Propiedad de Mazarrón 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 la notaria 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 que se han cumplido 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.

El punto de partida era que la suficiencia del poder debía valorarse según la ley española, a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.1 del Código civil y, por

otra parte, que era necesario valorar también la equivalencia de la forma en que se otorgó el poder en España. Esa forma vendrá determinada, según el artículo 11 del Código civil por la ley del lugar en el que el poder se otorgó. La consecuencia de lo anterior es que *"analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, pueda concluir su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España".* De este modo, se partía esencialmente de la premisa de que la realización del juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero, que es el que determina el alcance y la eficacia de la actuación del autorizante, pero que corresponde al notario español incorporar ese extremo a su escritura, de manera que indique, además de otros aspectos, que la autoridad extranjera autorizante desarrolla funciones que pueden afirmarse equivalentes a las desarrolladas por un notario español. En el caso no se había hecho y de las circunstancias resulta que el Notario de Liverpool se había limitado a legitimar las firmas, sin emitir un juicio de capacidad.

Lo señalado responde a los requisitos mencionados en el apartado anterior respecto de la proporcionalidad entre el control efectuado y la finalidad perseguida, pero hay dos aspectos de la Resolución que requieren mayor análisis: el primero se refiere a la cuestión que mayor revuelo ha causado, que es la afirmación genérica llevada a cabo por la DGRN de que *"en los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El notary public no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los notaries-at-law o lawyer notaries, sí pueden considerarse equivalentes"*[12]*.*

El segundo reabre una polémica ya antigua, la del doble control en la actuación notarial y registral, pero que aquí se sitúa en un ámbito hasta ahora no contemplado: se trata de la cuestión de si, incluso si el notario ha hecho un juicio de equivalencia, éste puede ser revisado por el Registrador al calificar la escritura que se le presenta, cuestión que la Resolución de la DGRN resuelve con una respuesta afirmativa.

[12] Especialmente interesante por la exhaustividad del análisis y por la postura flexible que manifiesta, con expresa referencia a los poderes otorgados ante notarios anglosajones y, muy especialmente, de Londres: I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf

2. Especial referencia a los poderes otorgados ante notarios de Inglaterra y Gales

Como se ha señalado, no fue, no obstante, tanto la suerte del caso concreto la que preocupó a los operadores jurídicos, sino la genérica afirmación de la DGRN respecto de los sistemas notariales anglosajones.

La inquietud motivada por esta Resolución propició que la Comisión de Derecho Internacional Privado del Colegio de Registradores de España elaborase un informe sobre esta cuestión[13], en la que analiza la función notarial en Inglaterra y Gales y concluye que "*aunque la intervención de un notario no implica necesariamente que se trate de un documento en forma pública, los documentos autorizados en forma pública en el ejercicio de la función notarial en Inglaterra o Gales, firmados y sellados por el notario, que contengan una referencia al juicio de identidad, capacidad de las partes y, en su caso, suficiencia de poderes, resultan equivalentes a los documentos públicos españoles en cuanto a los efectos de la fe pública registral. Conviene indicar que los notarios tienen competencia para adecuar sus actas a los requerimientos del país de destino. Por esta razón, cuando el documento público está destinado a producir efectos en España u otro sistema del Notariado Latino, los notarios en Inglaterra y Gales suelen otorgar un documento en forma pública perfectamente equivalente al documento público en España".*

En el mismo sentido se pronuncia la Asociación de Notarios de Inglaterra y Gales en respuesta a las consulta que les fue formulada al respecto, al señalar que todos los notarios en Inglaterra y Gales, con independencia de su denominación, realizan un juicio de capacidad, que puede recogerse implícita o explícitamente en una certificación notarial en función del modo en que se formalice[14].

Las aclaraciones dejan, no obstante, abiertas ciertas cuestiones y, entre ellas, la de las exactas manifestaciones que se piden al notario extranjero para que su función se considere equivalente a la del notariado español y que extremos debe, además recoger el notario español en su reseña de los poderes extranjeros, así como las alternativas en aquellos casos en los que la autoridad extranjera efectivamente no lleva a cabo un juicio de capacidad, tal vez porque esta se presume, de tal manera que, aunque los poderes otorgados ante ella sean perfectamente válidos para un uso en su país puedan no serlo en España cuando se pretende que con ellos se otorgue una escritura cuya inscripción registral se pretende.

[13] Consulta/Informe núm.193.

[14] Este documento se puede consultar en http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/7111-respuesta-a-la-consulta-formulada-a-la-asociacion-de-notarios-de-inglaterra-y-gales

Por otra parte, si bien a través de los textos que se acaban de mencionar las facultades de los notarios ingleses y galeses pueden haber resultado aclaradas, subsiste la duda sobre el alcance de la actuación de los de otros Estados.

3. El control por el Registrador del juicio notarial de equivalencia

En la Resolución señalada se indica 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",* pero añade a continuación que "*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 […], 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".*

Es esta referencia a la posibilidad de que el registrador discrepe del juicio de equivalencia hecho por el notario la que reabre una ya vieja polémica acerca de la necesidad de llevar a cabo ese doble control, notarial y registral. La polémica no se había venido centrando en el juicio de equivalencia, no expresamente exigido por nuestras leyes hasta fecha reciente, sino en el llamado "juicio de suficiencia" de los poderes con los que se actúa, pero ahora se traslada también a aquél.

La discusión acerca del juicio de suficiencia se venía centrando en los últimos tiempos en la interpretación del artículo 98 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2001[15] , según el que en los documentos públicos otorgados por representantes o apoderados "*La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada,*

[15] Ley 24/20001, de 27 de diciembre, *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre.

bajo la responsabilidad del Notario […]" y en menor medida el 17 bis de la Ley del Notariado[16].

La interpretación de estos preceptos propugnada por notarios y registradores era sustancialmente distinta, de manera que si bien los primeros entendían que su juicio de suficiencia no era susceptible de ser calificado en sede registral[17], para los segundos la respuesta era la contraria[18]. Ahora se añade a ese control de suficiencia el de equivalencia de las funciones del notario extranjero y de nuevo la discusión sobre quién debe llevarlo a cabo y con que alcance, reabriéndose con ello la polémica.

De la RDGRN a la que se ha venido haciendo referencia parecía concluirse que para el acceso al registro de la escritura otorgada en España con un poder extranjero, era necesario que en el documento en que se incorporaba este último la autoridad extranjera autorizante indicara de manera expresa que, de acuerdo con su ordenamiento, sus funciones eran equivalentes a las de un notario español (en esencia, que no se limitaba a dar certeza de la fecha, sino que también realizaba un juicio de capacidad) y que en el caso había realizado tales controles y que, además, el notario español debía recoger esa circunstancia también de manera expresa al valorar la suficiencia del poder. Sin embargo, la más reciente doctrina de la DGRN se aleja de esa posición formalista.

La cuestión ha sido abordada en una resolución de la DGRN de fecha aún más reciente que la que ha suscitado la polémica[19] y que se refiere al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero y que el notario español juzga suficiente para la autorización de una escritura pública, realizando al respecto

[16] Ley de 28 de mayo de 1862, *BOE núm*. 149, de 25 de mayo, y sucesivas modificaciones. El artículo 17, en concreto, resulta de la reforma operada por la Ley 24/2001, citada. De acuerdo con el apartado 2, párrafo a) de este artículo "*el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes".*

[17] Por todos, J. ÁVAREZ-SALA WALTHER, "*La representación y la calificación notarial (una reflexión sobre el valor del instrumento público)*", *AFDUAM* 8, 2004, pp. 249-310.

[18] Entre otros, R. CALVO VALLINAS, "Crítica al juicio notarial de suficiencia de la representación", en http://www.registradoresdemadrid.org/revista/31/Comentarios/CRITICA-AL-JUICIO-NOTARIAL-DE-SUFICIENCIA-DE-LA-REPRESENTACION---Por-Rafael-Calvo-Vallinas.aspx

[19] RDGRN de 17 de abril de 2017, *BOE* 28 de abril de 2017.

el juicio establecido en el artículo 98 de la Ley 24/2001[20]. A juicio de la DGRN, la regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aún cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función fedataria y, junto a ello, es preciso que, además de cumplir los requisitos necesarios para su validez formal, el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, sin el que no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro.

Respecto de la cuestión que se aborda en este epígrafe, la Resolución es muy clara, al señalar que el juicio de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 la Ley 24/2001. La acreditación del principio de equivalencia no es un requisito estructural de la escritura pública ni compete en exclusiva al notario español, sino que la declaración de que la autoridad extranjera actúa en términos equivalentes al notario español puede ser llevada a cabo en el mismo instrumento público o mediante la aportación de documentación complementaria, ya sea expedida por notario español o extranjero, ya por otro funcionario con competencia al respecto o incluso por la aportación de otros medios de prueba.

No obstante, siendo juicios distintos el de suficiencia y el de equivalencia, cuando el primero se manifiesta de manera expresa necesariamente implica que el poder es equivalente, con la consecuencia de que el notario español no necesita manifestar, también de manera expresa, el juicio de equivalencia. Se trata de una aclaración que debe resultar bien acogida por cuanto tiene de facilitador ya que evita controles puramente formales, sin restar en absoluto seguridad al sistema.

La consecuencia de que el juicio de equivalencia puede resultar implícito no impide que el registrador pueda volver sobre él si disiente de la equivalencia declarada por

[20] En el caso se trataba de una escritura de compraventa en la que tanto los vendedores como la compradora actúan representados en virtud de sendos títulos de representación otorgados ante notarios ingleses y de los que la notaria española reseña lugar de otorgamiento, autoridad que los expide, redacción en inglés y español y el hecho de hallarse dotados de apostilla, emitiendo a continuación un juicio de suficiencia para el negocio concreto que se lleva a cabo. El Registrador suspende la inscripción porque entiende que no resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero. La notaria disiente de esa opinión y entiende que el juicio sobre validez o no del poder en España lo realiza el notario, ex artículo 98 de la Ley 24/2001. El Notario había señalado, por diligencia posterior que "el poder reúne a mi juicio los requisitos para ser considerado documento público por el ordenamiento español", lo que se considera suficiente para acreditar la equivalencia.

el notario, pero si lo hace "*deberá motivarlo expresa y adecuadamente, sin que ello signifique que pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación*". Se mantiene, en consecuencia, el doble control, pero se atribuye una presunción de corrección al juicio de equivalencia llevado a cabo por el notario, que puede entenderse implícito en el expreso de suficiencia, de manera que para que el registrador pueda cuestionarlo su motivación deberá ser "expresa y adecuada".

4. Poderes otorgados en el extranjero: alternativas

En esta situación, y desde una perspectiva práctica, dos son las alteratívas que se abren a quienes quieren asegurar la eficacia de los poderes otorgados en el extranjero que deben ser utilizados ante un notario español en un documento que posteriormente pretende acceder al Registro en nuestro país:

1.- El poder podrá ser otorgado ante una autoridad extranjera, pero para su eficacia registral en España, será necesario que la autoridad autorizante realice funciones equivalentes a las de los notarios españoles. Puesto que esta equivalencia de funciones puede acreditarse por distintas vías, según la RDGRN del pasado 17 de abril, y no es necesario que resulte expresamente de los términos de los documentos (se entiende que ni del poder extranjero ni de la escritura española para cuyo otorgamiento aquél se utiliza) no es estrictamente necesario que en el documento extranjero el notario autorizante indique de manera expresa 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 que en el caso ha realizado tales controles, pero resulta, desde luego, recomendable que lo haga para facilitar de este modo la prueba. Del mismo modo, tampoco el notario español está obligado a recoger esa circunstancia de manera expresa en la escritura al valorar la suficiencia del poder, pero hacerlo resultará facilitador, sin perjuicio de que en algún caso esas manifestaciones no se consideren suficientes por el registrador, lo que sólo podrá ocurrir dentro de los límites ya señalados. En este sentido resulta 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 los poderes podrán ser otorgados ante el cónsul de España en el país de que se trate. Esta es, desde el punto de vista práctico, una alternativa dudosamente equivalente, puesto que resulta más costosa, por menos flexible (entre otros extremos, por ejemplo, exige el traslado del interesado a la localidad en la que esté situado el consulado), pero resulta la única

posible si se quiere evitar el traslado a España para el otorgamiento de poderes o directamente de la escritura.

En cualquier caso, no resulta superfluo recordar que los cónsules de España en el extranjero pueden, de acuerdo con el artículo 5,f de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[21], "*actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor";* de manera que, salvo en casos en los que el Estado receptor no lo autorice, los poderes podrán ser otorgados ante ellos.

IV. Conclusiones

A la vista de cuanto se ha venido señalando, no puede entenderse que las expresas menciones al requisito de la equivalencia de funciones de la Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 hayan venido a reabrir una polémica ya zanjada por nuestro Tribunal Supremo acerca de la extensión de la equivalencia exigida. Ese resurgimiento del problema debe ser rechazado, manteniendo una interpretación contenida de la condición de "equivalencia", por razones de índole práctica, derivadas de las necesidades de garantizar la certeza y la eficacia de las relaciones internacionales, y por las obligaciones resultantes de nuestra pertenencia a la UE y, en concreto, del respeto a la libre prestación de servicios, tal como esta ha sido interpretada por el TJUE. Fuera del ámbito de la UE no parecen existir razones jurídicas objetivas para entender la cuestión de manera distinta.

De este modo, es posible admitir un control de equivalencia dentro de los límites apuntados, que obliga, además, a hacer un análisis de cada caso concreto sin asumir que categorías profesionales completas no actúan de manera equivalente a las españolas, puesto que, aunque es posible que no lo hagan de manera habitual en su propio Estado, también lo es que su ordenamiento no les impida adecuarse a las necesidades exigidas por el ordenamiento extranjero en que el documento que otorgan- señaladamente el de poderes que aquí nos ocupa- deba producir efectos, como, al parecer, ocurre en relación con los notarios de Inglaterra y Gales.

Respecto de esos poderes extranjeros resulta más preocupante, por cuanto ello tiene de difícilmente entendible por el consumidor, la exigencia de doble control que la RDGRN reitera y que permite que el poder considerado suficiente por el notario sea, sin embargo, rechazado por el registrador por no entender acreditado el requisito de la equivalencia. No obstante, esta polémica del doble control es una

[21] Convención de 24 de abril de 1963, *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

discusión ya antigua que excede con mucho los límites de este trabajo y que, afortunadamente, la DGRN parece querer reducir a sus límites mínimos.

En este contexto, la mención en el documento otorgado ante el notario extranjero al desarrollo por su parte de funciones similares a las del notario español y la posterior reseña de esa circunstancia por el notario español en su escritura no es estrictamente necesaria, pero sí resulta aconsejable en la medida en que facilita la prueba de la equivalencia de funciones. Para los casos en los que ello no sea posible queda, como única alternativa, el otorgamiento de poderes consulares, salvo, claro está, que el propio interesado decidiera que en esas circunstancias resulta más seguro trasladarse a España y actuar directamente ante un notario español. Pero para ese viaje no se necesitaban alforjas.