

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FORMACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO, VALIDEZ, EFICACIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ASÍ DOCUMENTADO INCLUSO EN LAS RELACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

PARTE SEGUNDA LIBRE CIRCULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ASÍ DOCUMENTADO, INCLUSO EN LAS RELACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

44. La libre circulación del instrumento público no tiene otra limitación, dentro del territorio español, que la necesidad de la legalización establecida en el artículo 30 de la Ley: "Las escrituras autorizadas por notario (técnicamente, sus copias) harán fe en la provincia en que resida. Para hacerla en las demás provincias, deberá ser legalizada la firma del notario autorizante...", precepto que inmediatamente recortó el primer Reglamento, 1862, al extender el ámbito territorial de innecesidad del requisito: "Para el cumplimiento del artículo 30 de la ley se entiende por provincia el territorio jurisdiccional de la Audiencia, o, lo que es lo mismo, el territorio de cada Colegio Notarial, donde son conocidos el signo, firma y rúbrica del notario autorizante" (art. 94); extensión que conservan los ulteriores reglamentos y que perdura en el vigente(280)(1).

La legalización, a la vista del artículo 266 del reglamento, puede ser definida como la comprobación de que el signo, firma y rúbrica de un notario autorizante, son iguales, al parecer, a los que el notario acostumbra a usar, y que a la fecha del documento se halla en el ejercicio de su cargo, sin que al legalizante o a los legalizantes les conste nada en contrario; con arreglo a este precepto, y al artículo 268, la legalización ha de efectuarse por dos notarios de la capital del distrito, o por un miembro de la Junta Directiva con relación a todo el territorio de su Colegio; cuando no existan dos notarios en la capital del distrito, podrá legalizar sólo el delegado o subdelegado de la Junta Directiva en el mismo distrito, o los de uno inmediato, o bien el juez de primera instancia, con su visto bueno y el sello del Juzgado, sin intervención del secretario.

La única utilidad que la legalización puede tener es la de prevenir la falsedad material total, la del número 9º del artículo 302 del Código Penal ("simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad"), cometida por un tercero(281)(2), en cuanto que tiende

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a comprobar el carácter de notario del autorizante y la veracidad de los elementos de la autorización; y aunque no deje de tener razón Avila al afirmar que la proximidad geográfica al verdadero notario dificulta esa falsificación, por la inmediatez del mismo, por la notoriedad de su cargo, y por la facilidad de comprobación, no creemos que para los supuestos de alejamiento, tales dificultades pueden crearse de nuevo mediante la intervención en el documento de alguien que, por ser superior del notario, produzca a escala nacional tales impedimentos"(282)(3), esto es, con la legalización, y en todo caso el problema para el falsificador queda reducido a tener que falsificar también la legalización. La tendencia doctrinal supresora de la legalización interna va tomando cada vez más fuerza, y ha inspirado el decreto de 10 de febrero de 1972 eliminando la necesidad de la legalización, regida por normas especiales, para las certificaciones del Registro Civil, salvo cuando hayan éstas de surtir efectos en los Registros Consulares y, en general, en país extranjero. Y ciertamente es contraria al ritmo de los tiempos, además de vejatoria para el notario, por lo que saludaremos alborozadamente el día de su desaparición.

Uno de los mecanismos que pueden evitar los daños de la falta de legalización en los casos urgentes, así como las incongruencias, incluso risibles, a que puede dar lugar su absoluta exigencia, es el de la "legalización por legitimación", defendido hace años por González Palomino(283)(4), que permitiría al notario suplir la ausencia de legalización de un documento mediante la legitimación de su firma, caso de serle conocida. Y ciertamente el distanciamiento entre ambas tuvo lugar por motivos históricos, al regularse en la ley solamente la legalización, y tener que reintroducirse la legitimación "con arreglo a las leyes y prácticas vigentes" al amparo del artículo 101 del reglamento de 1862, el reglamento de 1874 ya quiere marcar, en consecuencia, las distintas, calificando a la legalización con palabra que ha hecho fortuna, pues llega al artículo 266 del reglamento vigente, de "comprobación" (art. 86), mientras que el primer reglamento, al calificar a la legalización de "testimonio" (art. 96) la había situado en la misma órbita que el testimonio de legitimidad de firmas, que ni en él ni en la ley aparecía, pero que iba a encontrar prontamente lugar en aquel artículo 101(284)(5). La Resolución de 6 de abril de 1976, en la misma línea que lo que ha quedado expuesto, critica el requisito de la legalización y se muestra favorable aunque no en el caso de que se trataba, de la legalización por legitimación: "Considerando: que el cumplimiento de este requisito (la legalización) supone en la mayor parte de los casos una serie de complejos trámites que originan dilaciones y gastos incompatibles, o al menos perturbadores, con la celeridad que el moderno tráfico jurídico exige, paralizando de este modo los efectos del documento o las actuaciones que del mismo se derivan, por lo que es mirado este trámite desfavorablemente no sólo por los particulares o interesados en general, sino por la propia Administración del Estado, que lo ha incluso suprimido en algún supuesto de legalización interior, pues lo que en definitiva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interesa es que el documento aparezca adornado de las garantías de certeza y seguridad que en sí debe llevar. Considerando: Que es de elogiar la postura del notario autorizante de la escritura - por cierto, redactada literalmente en el idioma común de los otorgantes, con su correspondiente traducción española -, al tratar de suplir por procedimientos extrarreglamentarios la autenticidad del documento extranjero mediante testimonio de legitimidad de las firmas autógrafas de ambos poderdantes que figuran estampadas en los respectivos poderes, pero al resultar incompleta su dación de fe por no haberla extendido a la del notario alemán y funcionario del Tribunal Comercial (suizo), no cabe en consecuencia entender cumplido el requisito de la legalización en la forma realizada, que habrá en todo caso de acomodarse a las normas legales pertinentes"(285)(6).

45. Esta Resolución de 6 de abril de 1976 se refiere, como ha podido comprobarse, a la legalización diplomática, con lo que ya entramos en el último grupo de cuestiones propuestas en el temario.

En dos vertientes se produce la legalización diplomática; la del país en que el documento es autorizado, y la de aquel otro en que va a surtir sus efectos, y todo país puede encontrarse, según los casos, en una o en la otra situación. El Reglamento Notarial sólo contempla los documentos autorizados en España que vayan a producir efectos en territorio extranjero: "Cuando se trate de documentos que hayan de surtir efecto en el extranjero y el cónsul del país respectivo no legalice directamente la firma del notario autorizante, el decano del Colegio Notarial o quien le sustituya, legalizará la firma de notario, haciendo constar necesariamente, en este caso, su calidad de decano accidenta. La firma de los decanos será legalizada por la Dirección General" (art. 269 - 1 y 2), el precepto pone por sí mismo de manifiesto que es la ley del país donde el documento va a ser utilizado la que prima; la que puede permitir, u ordenar, a sus cónsules la legalización directa de la firma del notario autorizante, o sólo la del decano del Colegio; o la del director general; o, aunque esté omitida en el artículo 269, la del funcionario correspondiente del Ministerio de Asuntos Exteriores; o la que puede, en fin, prescindir de toda legalización, los particulares, y bien puede comprobarse en los supuestos de rupturas de relaciones diplomáticas, tienen que plegarse a las exigencias, cuando no a los caprichos, del Estado en que tienen que hacer valer su documento, o de sus funcionarios. Es por ello de extrañar que el Reglamento Notarial omita la regulación de la legalización para aquellos otros supuestos en que la legislación española prepondera, esto es, cuando se trata de documentos autorizados en el extranjero que han de surtir efectos en España; con el resultado de que no existe ninguna norma que imponga la legalización de manera general, sino que hay que deducirla de una serie de reglas concretas, sobre todo el artículo 600 - 4º de la Ley de Enjuiciamiento civil que la exige para que tales documentos tengan "valor en juicio", y el artículo 36 - 4º del Reglamento Hipotecario para que puedan "ser inscritos"(286)(7); y de que tampoco el procedimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legalizador esté debidamente reglamentado; como dice Roca Sastre, la legalización "vive de un conglomerado de disposiciones, decisiones, usos y costumbres que la establecen o presuponen su procedencia"(287)(8). El artículo 17 del Anexo Tercero al Reglamento Notarial, que, como es sabido, es el que regula el ejercicio de la fe pública por los agentes diplomáticos y cónsules de España en el extranjero, se limita a señalar el punto final, aquél en que la legalización ha quedado completa, al disponer que "las escrituras autorizadas por los agentes diplomáticos y consulares harán fe en todo el territorio español... una vez legalizada la firma de aquellos funcionarios en el Ministerio de Asuntos Exteriores(288)(9), para lo que el artículo 13 del mismo Anexo ordena: "no podrán autorizar matrices ni copias los funcionarios cuyas firmas no se hallen previamente registradas en el Ministerio de Asuntos Exteriores, y no podrán variar sus firmas sin autorización de dicho Ministerio".

Fácilmente se comprende la complejidad que, en una y otra vertiente, en la ascendente y en la descendente, puede llegar a tener la legalización, si el Estado en que el documento ha sido autorizado, y el Estado en que trata de hacerse valer, se dedican a competir en el establecimiento de escalones y de requisitos. De ahí la tendencia a la simplificación de la legalización diplomática repetidamente propugnada por anteriores Congresos de la Unión(289)(10) y en la que puede insertarse la legislación española que hemos examinado.

Más radicalmente, está la tendencia a la supresión de la legalización. Así se presenta el Proyecto de Convención adoptado en la IX Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado(290)(11), por el que se "dispensa de legalización" (art. 2º), entre otros, a "los actos notariales" (art. 1º - c); bien es verdad que la supresión no es completa, porque puede ser exigida la "apostilla", en el mismo documento o en un anexo de él (arts. 5º y 49) y que tiene el mismo ámbito que la legalización que se suprime: "atestigua la veracidad de la firma, la cualidad con la cual el firmante del acto ha obrado y, en su caso, la identidad del sello o timbre de que el documento está revestido" (art. 5º - 2); pero si se tiene en cuenta que la apostilla es "librada por la autoridad competente del Estado de que emane el documento" (art. 3º - 1), fácilmente se comprende que al haber quedado eliminada toda intervención del Estado en cuyo territorio se va a hacer valer el documento, que era, como vimos, por razones de soberanía, el que primaba en tema de legalización, en el fondo, la legalización misma ha sido suprimida. Aunque no haya tenido demasiada difusión esta tendencia entre nosotros, va acrecentándose(291)(12), y su implantación contribuiría grandemente a esa libre circulación del instrumento público en las relaciones internacionales.

46. El problema es, a poco que se medite, mucho más profundo; por ello, precisamente, la legalización internacional se puede facilitar y aún suprimir, porque el problema de fondo es otro, y el problema de fondo no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se arregla con una serie de legalizaciones, por complicadas que sean, en cuanto que la legalización solamente acredita la autenticidad de la firma y el carácter del autorizante; la legalización trata sólo de prevenir la más descarada y total falsificación material del documento, pero no penetra para nada en su contenido ideológico, ni en tema de falsedad, ni en tema de nulidad; hemos regresado así a los problemas de la validez y de la nulidad formal del documento, que en Derecho Internacional Privado se han querido resolver tradicionalmente a base de la regla "locus". Pero tracemos, ante todo, una breve evolución del moderno Derecho español.

El Real Decreto de 17 de octubre de 1851 dispuso: "Son válidos y causan ante los Tribunales españoles los efectos que procedan en justicia todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia y cualquiera otro país extranjero, siempre que concurren en ello las circunstancias siguientes:3º, que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos"; este Real Decreto, demostrativo del carácter predominantemente francés de nuestras relaciones internacionales de la época, consagra la regla "locus regit actum" para las "fórmulas" (formas) de los actos jurídicos notariales otorgados en el extranjero, y fue generalizado por el Real Decreto de extranjería, de 17 de noviembre de 1852, a "los contratos y demás actos públicos celebrados fuera del Reino". La importancia del Real Decreto de 1851 salta a la vista si se piensa que, a siglo y cuarto de distancia, sus palabras se repiten literalmente, sin más que la sustitución de aquella vieja expresión de "fórmulas" por la de "formas y solemnidades", en los artículos 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 36 del Reglamento Hipotecario, que, como ya sabemos, actualmente rigen, fundamentalmente, la eficacia de los documentos autorizados en el extranjero en las esferas judicial y extrajudicial(292)(13).

Contemporáneo a ese Real Decreto es el Proyecto de Código civil de 1851, que en nuestro tema establece: "Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubieren otorgado" (art. 10), que con levísimos retoques de estilo pasa a la edición primitiva, y de ahí a la edición definitiva del Código Civil: "Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen" (art. 11 - 1). La regla "locus regit actum"(293)(14) quedaba formulada al más alto nivel en nuestro sistema, incluso, según la jurisprudencia y la doctrina, para los documentos privados, ajenos, en principio, a la letra del artículo 11 - 1 del Código.

La mayor dificultad que el precepto ocasionó a la doctrina consistió en el clásico de la determinación del carácter imperativo o facultativo de la regla pero hoy ya carece entre nosotros de actualidad(294)(15).

47. El decreto 1836/1974, de 31 de mayo, dictado en cumplimiento de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, ha modificado, en efecto, el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Título preliminar del Código Civil, y el artículo 11 - 1 y 2, ha quedado redactado así: "1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o común de los otorgantes. 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. Si tales actos fuesen 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. 2. 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"(295)(16). Junto a la "lex loci", que se quería imperativa, ahora tenemos nada menos que otras tres: la "lex substantiae" o "lex causae", la "lex personae", del disponente o común de los otorgantes, y la "lex rei sitae"; y es precisamente la primera de ellas, ley del contenido, la que aparece en ciertos casos como imperativa, desplazando incluso a la "lex loci actus". "La regla locus regit actum - dice la Exposición de Motivos del texto articulado -, mantenida en principio para las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, ha perdido el carácter de exclusividad de que antes estaba provista por cuanto se reconocen también como válidos los actos celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley reguladora de su contenido, y si ésta erige la forma en requisito esencial habrá de observarse siempre. En materia de bienes inmuebles, los actos y contratos pueden regirse por la ley del lugar en que radiquen. Ambas fórmulas, respondiendo a un criterio pluralista, persiguen también cierta uniformidad". Es preciso reconocer que con este pluralismo el Derecho español se acomoda a la dirección general del Derecho Comparado. Ya mucho antes de él, el Código italiano de 1865, al establecer la regla "locus", añadía: "Es, sin embargo, facultad de los disponentes o contratantes atenerse a la forma de su ley nacional, siempre que ésta sea común a todas las partes" (art. 9º), con lo que aparece, como facultativa, la ley nacional común. La Ley de Introducción al Código Civil alemán sitúa, en primer término, a la ley del contenido, junto a ella, la lex loci actus parece sólo admitirse en pro de la validez del negocio e incluso se la excluye en materia inmobiliaria: "La forma de un negocio jurídico se determina según las leyes que son competentes para la relación jurídica que constituye el objeto del negocio jurídico. Basta, sin embargo, la observancia de las leyes del lugar en el que se celebre el negocio jurídico. La disposición del párrafo primero, inciso segundo, no se aplica a un negocio jurídico por el cual se origina un derecho sobre una cosa o se dispone de semejante derecho" (art. 11). Este bipartidismo - ley locus o ley nacional en el Código italiano; ley del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contenido o ley locus en la Ley de Introducción alemana -, se pluraliza en los Códigos Civiles más recientes, que toma de precedentes la reforma española; los puntos de conexión para la regulación de la forma van a ser cuatro en el Código griego de 1940: contenido, lugar nacionalidad y situación del bien(296)(17); se reducen a tres en las disposiciones preliminares, sobre la ley en general, del Código Civil italiano de 1942: lugar, sustancia y nacionalidad(297)(18); y vuelven a ser dos, sustancia y lugar, en el Código portugués de 1966, de gran interés para nosotros en cuanto que, reemprendiendo el camino de la Ley de Introducción al Código Civil alemán, no solamente coloca en primer término la *lex causae*, sino que la dota de valor imperativo, eliminando la *lex loci actus*, con nuevos criterios(298)(19), que nos han influido directamente.

Esta pluralidad de puntos de conexión de ninguna manera implica una delación a la voluntad de las partes para que, en uso de su autonomía, puedan elegir la ley que va a regular la forma de sus actos o contratos; sólo de una manera indirecta, y en la medida en que la ley del contenido es susceptible de elección(299)(20) puede decirse que la forma se abandona a la autonomía de la voluntad; como dice Blanquer "el acto o contrato es válido si su validez fuese reconocida por cualquiera de las legislaciones señaladas", "se inscribe nuestro legislador en la tendencia que procura salvar la validez del acto o contrato excluyendo la nulidad por defectos formales mediante la acumulación de legislaciones competentes de modo que basten las formalidades de la que comporte menos exigencia"(300)(21); se sigue, en una palabra, el "favor validitatis"(301)(22).

El indiferentismo formal resultante, o total equivalencia de las formas jurídicas, viene excepcionado a favor de la ley del contenido; y no por el artículo 11 - 1 cuando se refiere a las formas "exigidas", en vez de "reguladas", por la ley aplicable a su contenido, sino por el artículo 11 - 2, el de importación portuguesa: "Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere (ahora sí) para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquellos en el extranjero". Es tan grande el viraje, desde un Derecho en que la *lex loci actus* tenía, todo lo injustificadamente que se quiera, carácter fundamentalmente imperativo, que para Roberto Blanquer nuestro sistema es ahora "de regla locus regit actum de carácter subsidiario": "El fondo, contenido o sustancia del acto o contrato es el punto de conexión preferente, y cuando la legislación señalada establece una exigencia de forma *ad solemnitatem*, se convierte en legislación competente <en exclusiva> para regular la forma del acto o contrato en el ámbito del Derecho Internacional Privado"(302)(23). En contra, Pérez Vera: "Aunque del texto transcrito se deduce que las tres conexiones retenidas (*lex loci*, *lex causae*, *lex personae*) gozan de igual virtualidad para validar la forma de un acto jurídico, es evidente que, entre ellas, el lugar del otorgamiento se encuentra investido de una cierta prioridad conceptual; y ello es lógico si se considera tanto su fuerte arraigo histórico en nuestro derecho positivo como el vigor con que, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mayor o menor medida, se afirma prácticamente en todo el derecho comparado"(303)(24). No se trata, sin embargo, de una cuestión académica; si a la regla locus hay que concederla todavía "una cierta prioridad conceptual", según Pérez Vera, o si lo que ocurre es, como dice Blanquer, que "el legislador español no ha sabido librarse de la anterior redacción del artículo 11"(304)(25); el problema es de fondo; delimitar, en una palabra, el ámbito del artículo 11 - 2 del Código; determinar, en suma, los supuestos en que la forma ha de regirse, necesariamente, por la ley del contenido, sin poder acogerse a ninguna otra del abanico del artículo 11 - 1.

48. La regla locus surgió como una excepción a la ley del contenido; era natural que la mayor parte de las críticas a aquélla se produjeran en favor de ésta. Se puso, por un lado, de manifiesto, una dimensión previa, la de las calificaciones; la forma habría de regirse por la ley del lugar de la celebración del acto, pero antes era preciso determinar si una norma cualquiera era de forma o era de fondo, y ello, para muchos, sólo podía hacerse en base de la *lex causae*, incidiendo en el "círculo vicioso" de que habló Argüello(305)(26); pero aun admitiendo que la calificación tenga lugar con arreglo a la *lex fori*, como en general ocurre entre nosotros(306)(27), la cuestión se plantea a otro nivel más profundo, el de si es posible, y en qué casos, escindir la total normativa de la relación entre forma y sustancia, para obtener al fin - nueva dificultad -, una normación armónica con elementos traídos de sistemas jurídicos diferentes(307)(28). Entre nosotros, estas cuestiones han sido especialmente tratadas por Federico Trías de Bes: "Ocurre a veces que la ley del lugar de celebración del acto es indiferente en cuando a la observancia de la forma pública o privada del mismo; pero no así la ley reguladora de la sustancia o fondo del negocio, que impone obligatoriamente la primera para la validez del acto. En tal hipótesis estamos ante un supuesto de inescindibilidad de los dos aspectos, fondo y forma, que integran el negocio jurídico, o más exactamente en el que la forma deja de ser forma instrumental para convertirse en un requisito ad *solemnitatem*, como decía la doctrina antigua, o condición esencial del acto, según la concepción jurídica moderna, imponiendo de esta suerte la prioridad de la ley ordenadora de ésta sobre la ley a observar en la forma del acto"(308)(29). La letra del nuevo artículo 11 - 2, "si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad", recibe de estas direcciones doctrinales una fuerte apoyatura, y no se podrá decir, sin más, que no ha sido advertido por el legislador todo su alcance. Parece, pues, que tiene completa razón Blanquer al afirmar, como hemos visto, que "cuando la legislación señalada establece una exigencia de forma ad *solemnitatem*, se convierte en legislación competente 'en exclusiva' para regular la forma del acto o contrato"; entonces sí que la regla "locus" tendría carácter meramente "subsidiario".

Es posible, sin embargo, ensayar una interpretación más atenuada del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

texto legal; el cambio habría sido excesivamente radical, y el nuevo sistema no estaría suficientemente expresado en el nuevo artículo 11 - 1 y en la Exposición de Motivos, sino encubierto en ellos; la *lex causae* imperativa aparece claramente como excepción en el artículo 11 - 2, y la habríamos convertido en principio; piénsese, sobre todo, en los testamentos y en el Derecho de familia todo, en que el formalismo es la regla; no parece tampoco que pueda identificarse la "forma o solemnidad" exigida para la "validez" con la "forma ad solemnitatem", sino que la norma parece exigir algo más para conferir la exclusiva a la *lex causae*; "si ésta erige la forma en requisito esencial habrá de observarse siempre", dice la Exposición de Motivos del texto articulado, y aunque con las palabras "requisito esencial" podría perfectamente entenderse aludida la forma solemne, toda forma solemne, también puede quererse significar una formalidad de especial rango en el ordenamiento, y precisamente en el propio ordenamiento; obsérvese que aquí se abandona la general bilateralidad de la regla de conflicto, procurada por el legislador del título preliminar, y se dicta una norma unilateral, pensada para los actos que los españoles realicen "en el extranjero"; añádanse las razones de utilidad que engendraron la regla *locus*, la incomodidad, y la imposibilidad muchas veces, de llenar la forma propia en un país ajeno; y quizá llegaremos a la conclusión de que el artículo 11 - 2 no está pensando en las formas ad solemnitatem, sino en las formas "viscerales", regidas por la ley nacional, que es la del contenido en materia de capacidad, estado civil y derechos y deberes de familia; no está, al menos, pensando en "todas" las formas solemnes, sino solamente en aquéllas que para el ordenamiento tiene una función realmente esencial; que vuelven a ser, fundamentalmente, las del Derecho de familia y las del Derecho de la persona.

No puedo proporcionar una confirmación; pero da la impresión de que el artículo 11 - 2 está dictado, en efecto, pensando de una manera especial y concreta en el matrimonio civil de los españoles en el extranjero. Y esto nos llevará a otra restricción. La forma española viene exigida, para la validez, por la ley del contenido, que es la nacional de los contrayentes; pero ello no supone la total exclusión de la *lex loci actus*; contra lo que podría deducirse de los artículos 100 - 3 y 101 - 4º del Código Civil, no es imprescindible que el matrimonio civil de los españoles en el extranjero se celebre ante nuestros cónsules y vicecónsules, que aplicarían íntegramente la forma española; puede también celebrarse, como pone de manifiesto el artículo 73 de la Ley del Registro Civil, ante los funcionarios extranjeros que sean competentes según la ley del lugar, quienes aplicarán las formalidades que ésta establece; y ello tiene lugar porque la ley del contenido, la ley española en este caso, no concede categoría "esencial" a la forma toda que establece, sino solamente - en este caso, además, no para la validez, sino para la inscripción en el Registro Civil español -, al expediente previsto en el citado artículo 73 de la Ley del Registro y 249 de su reglamento, en el que debe acreditarse la libertad y acatolicidad de los contrayentes; son éstos los extremos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ligados a la ley nacional, esenciales para la ley española, y es la forma vinculada a ellos, el expediente, la que viene exigida por la ley del contenido "en exclusiva"(309)(30). No tiene demasiado interés el extenderse sobre la normativa actual del matrimonio civil de los españoles en el extranjero, de la que es de esperar una pronta modificación. Pero sí ha sido útil como ejemplo que, al tiempo que aclare las ideas precedentes, nos sirva para introducir una nueva restricción en el artículo 11 - 2: en aquellos casos en que la ley del contenido imponga una forma determinada para la validez, de tal importancia que deba llevarnos a excluir la pluralidad del artículo 11 - 1, hay que decantar en cada supuesto concreto el aspecto formal verdaderamente esencial para la ley de fondo, y mantener, en consecuencia, la normal aplicación del citado precepto para las restantes formalidades; con la consiguiente admisibilidad de las formas a que remita cualquiera otro de los puntos de conexión que el mismo establece, entre los que destaca, aunque sólo sea por razones pragmáticas, el vinculado a la regla locus.

La forma exigida por la *lex causae* para la validez del negocio, aun tan restrictivamente interpretada, puede, finalmente, resultar incómoda, o difícil de llenar, en territorio extranjero; o, sencillamente, de imposible cumplimiento piénsese en las formas públicas, regidas por la regla auctor de que hablaremos en el epígrafe siguiente. Es preciso admitir, con Blanquer(310)(31), la utilización de una de las formas disponibles en el territorio, de unas de las formas locales, que sea equivalente a la forma requerida por la ley del contenido; estamos aquí ante un concepto totalmente distinto de la "equivalencia de las formas", por presuponer, precisamente, su diversidad, que es la que permite la ulterior agrupación dotada de equivalencia; y aunque cualquiera de los puntos de conexión del artículo 11 - 1 puede proporcionarnos una forma equivalente a la exigida, esencialmente, por la ley del contenido, de hecho, repetimos, será una de las formas del lugar del otorgamiento, por lo que podemos concluir sosteniendo la prioridad de la regla locus regit actum en nuestro Derecho, y lo acertado de su colocación a la cabeza del artículo 11.

49. Por mucho que queramos reducir el ámbito de la *lex causae* imperativa del artículo 11 - 2, lo cierto es que, en virtud de este precepto, el notario, ante cualquier acto con un elemento extranjero que tenga que autorizar, tendrá que determinar, ante todo, con arreglo a la ley española - calificación, art. 12 - 1 -, cuál es la ley que rige su contenido; estudiar después si, con arreglo a esa ley del contenido, es precisa alguna forma o solemnidad para la validez del acto o contrato, en el sentido indicado; y, caso afirmativo, cumplir esa forma o solemnidad, aunque no esté prevista en la ley española, sino que esté establecida por una ley extranjera. Aparte de que ello sea complicado y difícil, ¿le es legalmente posible al notario?; parece, hoy por hoy, que no(311)(32); porque como funcionario español tiene que aplicar la ley formal española. Así está expresamente previsto para los funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, en el primitivo texto y en el vigente del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo 11 del Código civil; texto derogado en 1974: "Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas" (art. 11 - 2); texto vigente: "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" (art. 11 - 3); la reforma no ha hecho otra cosa que empeorar gravemente la redacción del precepto, pues la ley española sólo se observará necesariamente en cuanto a las solemnidades del otorgamiento, que decía el precepto derogado, no en su totalidad, porque de conformidad a las reglas del Derecho Internacional Privado español es posible que, en los aspectos sustantivos, haya que aplicar algún Derecho extranjero; tampoco ha sido muy afortunada la Exposición de Motivos, al fundamentar la norma, en unidad de párrafo con "la consideración de los navíos y aeronaves militares como parte del territorio del Estado a que pertenezcan", como "lógicas proyecciones del concepto jurídico - público de la soberanía"; lo cierto es que, con arreglo al Anexo III del Reglamento Notarial, estos agentes diplomáticos o consulares tienen que observar "en todos aquellos actos en que intervengan con carácter notarial, todas las prescripciones contenidas en la Ley del Notariado y en el título IV de su reglamento y su Anexo II" (art. 5º), esto es, la ley española, que a fortiori tiene que aplicar el notario español, el cual solamente puede dar fe "conforme a las leyes" (art. 1º de la ley) que le han conferido su función, que la regulan, y que determinan los efectos del instrumento público resultado de la misma: las leyes españolas.

Examinando el carácter imperativo o facultativo de la regla locus decía por ello Federico Trías de Bes que "teniendo en cuenta que la competencia e intervención del notario está rigurosamente regida y ordenada por el derecho local, toda vez que el poder de dar fe lo ejerce en representación del Estado, es fácil de comprender que la posibilidad de opción entre otras leyes es sólo admisible con respecto a la documentación privada. La locus regit actum actúa, pues, obligatoriamente, cuando de instrumentos públicos se trata, y haciéndose eco de esta indiscutible doctrina, no puede menos de recogerla el proyecto elaborado por el Instituto de Derecho Internacional, en la sesión anteriormente aludida, afirmando en su artículo V que "imperativa (la locus regit actum) en lo que respecta a los actos auténticos, es facultativa en lo que concierne a los documentos privados"(312)(33). Quizá por ello el antiguo artículo 11 - 1 diera a la lex loci actus talante imperativo; porque aunque fuera luego extendida a los documentos privados, lo cierto es que solamente hablaba de "las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos".

Más radical es la construcción de Niboyet(313)(34); los documentos públicos no se rigen por la regla locus regit actum, como en apariencia sucede, sino por la regla auctor regit actum; los documentos públicos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

emanan de un funcionario que está obligado a seguir la forma de su país; normalmente la regla locus y la regla auctor coinciden, por la vinculación del funcionario al territorio, pero no ocurre así siempre; buen ejemplo en favor de la tesis de Niboyet es el de los agentes diplomáticos y consulares que acabamos de examinar; a lo largo de nuestro trabajo hemos insistido muchas veces en el concepto fundamental del autor del documento; también lo es para la regulación de la forma en el Derecho Internacional Privado.

Ahora nos podemos explicar la unilateralidad del artículo 11 - 2; las formas exigidas para la validez son, casi totalmente, formas públicas; el artículo 11 - 2 trata de imponer las formas públicas españolas esenciales para la validez; pero no obliga a los funcionarios españoles a que apliquen las formas públicas extranjeras que la ley del contenido erija en requisito esencial. Por otra parte, todo el pluralismo del artículo 11 - 1 queda reducido a los documentos extranjeros que pretenden utilizarse en España; lo mismo se aplicará entonces a los públicos que a los privados; pero en cuanto a los documentos otorgados en España que hayan de surtir efectos en el extranjero, ese pluralismo sólo existirá para los documentos privados, al quedar sujetos los documentos públicos a la regla auctor; coincidente, por lo demás, con la regla locus.

Es preciso, sin embargo, templar en la medida posible el alcance de la regla auctor; el notario debe procurar, siempre que su propia ley se lo permita, aplicar, también en cuanto a los requisitos formales, la ley extranjera en cuyo territorio va a ser utilizado el documento, o con la que vaya a tener cualquiera otra conexión; muchas veces su propia ley le concede, en efecto, un cierto margen para ser más o menos riguroso, una posibilidad de elección entre diversas maneras de cumplir un mismo requisito; y, aunque nada disponga la ley propia, no cabe duda de que, en general, cumplidos los requisitos que ella establece, pueden ser añadidos otros; la identidad de la persona, o la lectura del documento, por ejemplo, pueden realizarse por cualquiera de las maneras previstas, respectivamente, en los artículos 23 y 25 - 3 de la ley, por lo que no cabe duda de que será preferible la exigida por la ley extranjera con la que el documento resultará conexo; igualmente debe utilizar el notario la posibilidad legal de exigir la presencia de testigos instrumentales en el otorgamiento de los actos ínter vivos (ley de 1º de abril de 1939, art. 1º; Rgto., art. 180 - 1) cuando su presencia parezca ser imprescindible para la ley ajena, como sucede con el poder para contraer matrimonio canónico, según el canon 1089 del Codex(314)(35).

50. En el pluralismo formal del artículo 11 hay, en el fondo, según decíamos, un indiferentismo en materia de formas, que viene implícito en el calificativo de "extrínsecas" con que tradicionalmente vienen siendo conocidas en Derecho Internacional Privado; y este indiferentismo tiene su origen en el desconocimiento del papel y de la eficacia de las formas en el Derecho. La mejor prueba nos la proporciona el mismo artículo 11, que únicamente se preocupa del problema de la validez del negocio,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intentando que la nulidad nunca se origine por defecto formal; ciertamente las formas ad solemnitatem suponen la mayor eficacia del instrumento sobre el negocio; pero desde otro punto de vista, y considerando sobre todo que aquéllas, en el Derecho patrimonial, constituyen supuestos muy excepcionales, las que verdaderamente tienen interés son las formas de valer; en los desarrollados sistemas jurídicos del mundo occidental, la validez no es más que la mera subsistencia; el Derecho es fundamentalmente un sistema de eficacias, que en gran medida tienen su fuente en la forma y en la publicidad; las cuestiones de eficacia son, sin embargo, totalmente desconocidas por el artículo 11, y ésta es la mayor crítica que puede hacerse(315)(36); Si con su 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, en efecto, el artículo 11; más trascendencia tienen, pues, los artículos 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 36 y 38 del Reglamento Hipotecario, en que fundamentalmente radica, en las esferas judicial y extrajudicial, la eficacia en España de los documentos autorizados en el extranjero; por su mayor interés notarial, nos limitaremos a la esfera extrajudicial y a los documentos no judiciales, esto es, a la exposición del artículo 36 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 4º de la Ley Hipotecaria vigente sanciona un principio que ya admitió la primitiva ley de 1861: "También se inscribirán en el Registro los títulos... otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes..."; a la inscripción de estos títulos, otorgados en país extranjero, ante funcionarios extranjeros del orden extrajudicial, se refiere el artículo 36 del Reglamento Hipotecario(316)(37), "Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos siguientes: Primero. Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España. Segundo. Que los otorgantes tengan la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto con arreglo a las leyes de su país. Tercero. Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos; y Cuarto. Que el documento contenga la legalización y demás requisitos necesarios para la autenticidad en España". El número primero hace referencia a las leyes territoriales españolas, y, fundamentalmente, al orden público; del número cuarto, legalización, ya hemos tratado; veamos ahora los números segundo y tercero.

El artículo 36 - 2º del Reglamento Hipotecario responde al antiguo artículo 9º del Código Civil: "Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero"; con la reforma 1973 - 74 la norma se ha bilateralizado, ha ganado en riqueza, complejidad y tecnicismo, pero en esencia el principio sigue siendo el mismo, por lo que el precepto reglamentario que estamos estudiando no ha resultado apenas afectado: "La ley personal correspondiente a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personas físicas - dice ahora el art. 9º - 1 del Código - es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte." Dos novedades conviene hacer resaltar; una de ellas para los notarios extranjeros de los países que consideran como ley personal la del domicilio: el nuevo texto admite solamente el reenvío de retorno a la ley española(317)(38); y la otra de gran interés a efectos internos, en cuanto que facilitará grandemente la calificación por los funcionarios españoles (notarios y registradores) de la capacidad legal de los otorgantes extranjeros: la admisión de la doctrina del interés nacional(318)(39).

El artículo 36 - 3º del Reglamento Hipotecario ha resultado, por el contrario, gravemente afectado por la reforma del título preliminar del Código Civil aunque formalmente continúe intocado; respondía, en efecto, a la *lex loci actus imperativa* del texto del Código que ha sido derogado en 1974; en virtud del nuevo artículo 11 - 1 hay que entender hoy que aun no habiendo sido observada la norma *locus*, el documento será válido, y, en cuanto a este aspecto, inscribible, si fuere válido con arreglo a una cualquiera de las otras tres leyes previstas en el citado precepto: *lex causae*, *lex personae* del disponente o común de los otorgantes o *lex rei sitae*; la calificación del registrador resulta facilitada ante esa concurrencia de leyes, una de las cuales, la ley de la situación, le es bien conocida; el Congreso de Madrid(319)(40)había acordado que "las cuestiones que se susciten acerca de la validez o nulidad formal del documento notarial deberán resolverse conforme a la referida ley del lugar de su celebración"; pero ahora un documento nulo conforme a la *lex loci* puede ser considerado válido en atención a una cualquiera de las otras leyes citadas; por ejemplo, un documento notarial otorgado sin la presencia de testigos en un país en que ella fuere imprescindible, es válido en España, ley de situación del bien, en que la intervención de testigos no es, en general, necesaria; podrá parecer extraño, pero el artículo 11 - 1 así lo dispone; y, en obediencia al mismo a pesar de no haber sido modificado, el artículo 36 - 3º del Reglamento Hipotecario no le obstaculizará la inscripción(320)(41). Pero esa mayor facilidad se ve compensada con la dificultad resultante del artículo 11 - 2: aunque el documento sea válido conforme a la regla *locus*, a la *lex rei sitae* o a la *lex civitatis*, no será considerado como válido, y, por tanto, deberá rechazarse la inscripción si no se han observado en él los requisitos formales de la *lex causae imperativa*.

Ahora bien, el conocimiento del Derecho extranjero aplicable no puede ser exigido a los funcionarios del país; ni al notario, que puede tener que calificar poderes, títulos, etc., ni al registrador, al que puede incluso llegar el título inscribible totalmente autorizado por un notario extranjero; en defensa de este último viene el párrafo segundo del mismo artículo 36 que estamos examinando: "Los requisitos establecidos en los números segundo y tercero (capacidad y forma) podrán acreditarse mediante certificado del cónsul español de carrera en el respectivo territorio"; este precepto, procedente del artículo 47 del reglamento de 1915, tiene una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indudable razón de ser, que puso de manifiesto la Resolución de 11 de febrero de 1931 al declarar que "no es posible imponer a los registradores de la Propiedad el conocimiento detallado de las legislaciones extranjeras y la apreciación de matices como los aludidos (en el caso concreto), ni puede en todo caso este Centro Directivo asegurar la veracidad y exactitud de sus razonamientos sin temor de incurrir en errores"; pero es preciso tener en cuenta que, como dice la misma Resolución, anticipándose a la normativa general introducida en 1974 e incluso superándola(321)(42), "la frase podrán acreditarse no niega la posibilidad de otros medios probatorios que el registrador estime suficientes ni reprueba la decisión que éste adopte por sólo el conocimiento que de las legislaciones extranjeras haya adquirido"; es preciso tener moderación, exigiendo la certificación del artículo 36 - 2 por motivos graves(322)(43), pero no en otros casos(323)(44); porque si se exige siempre, todo el sistema de normas de conflicto se viene abajo en este ámbito; si al poder otorgado ante notario extranjero hubiera que acompañar necesariamente el certificado del cónsul español acreditativo de la capacidad del poderdante y de la legalidad de la forma, sería preferible para el particular otorgar el poder directamente ante el cónsul, y sería más sincero para el legislador disponer la inadmisión de los documentos autorizados por los notarios extranjeros a efectos del Registro de la Propiedad español; argumento ad absurdum, que juzgo de mucha fuerza.

La raíz de la cuestión ha de ponerse, según creemos, en la eficacia analítica del instrumento público, en sus presunciones de verdad y de legalidad que le deben bastar para tenerse por sí solo en pie, sin apoyaturas de certificaciones exógenas. La mínima credibilidad que ha de darse a la intervención de un funcionario es la de que ha observado las normas y las formas que rigen su función; pero ello no implica en sí ninguna eficacia especial del documento, ni en la esfera de los hechos ni en la del derecho; nadie dudará, por ejemplo, de que un notario de tipo anglosajón, abstracción hecha de su funcionarismo, ha cumplido en la autorización del documento todas las formalidades exigidas por la legislación que le es aplicable; lo que ocurre es que ese documento no tiene eficacia alguna para establecer aspectos que, para nosotros, son indispensables; como pueda ser, en cuanto a los hechos, la lectura del documento, y en cuanto al Derecho, la legalidad del acto o la capacidad del firmante exigida por el artículo 36 - 2º; el que en el otorgamiento del documento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas por la regla locus, como exige el artículo 36 - 3º, podrá ser suficiente para la validez del documento y para la validez del negocio, pero no lo es para que este negocio y aquel documento gocen de aquella eficacia especial que el artículo 1218 del Código Civil pregona, entre las partes y respecto de terceros. Hay que abandonar, a lo que creemos, prematuras ilusiones unificadoras(324)(45); no es posible, todavía, llegar a una ley uniforme sobre el instrumento público, ni siquiera limitada a los países de la Unión; hay que volver, humildemente, al camino trazado en el Congreso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de Montreal(325)(46), redactando un catálogo comparatista(326)(47)- no será difícil a base de estas ponencias -, lo más completo, pero lo más breve posible, de los requisitos que para su validez requiere el instrumento público, en las dimensiones acto y papel, en cada uno de los países adheridos a la Unión, así como de los efectos que la expresión documental produce respecto a cada uno de los puntos concretos, en la autenticidad y en la legalidad; señalando las identidades, las analogías, las modalidades, las diversidades e incluso las oposiciones; una publicación de este género podría gozar de gran predicamento doctrinal, y hasta práctico; no olvidemos que la Resolución de 11 de febrero de 1931 permite al registrador de la Propiedad español calificar "por sólo el conocimiento que de las legislaciones extranjeras haya adquirido".

Ahora bien, el análisis, como siempre, ha de reconducirse a una síntesis; la eficacia analítica del instrumento, ha de recomponer su eficacia sintética; aquel catálogo, tiene que extenderse a estos efectos del instrumento en bloque, según la legislación de cada país; pero aquí las aplicaciones prácticas tienen que ser necesariamente menores. El mismo Registro inmobiliario puede servirnos de ejemplo, porque el artículo 36, como revela su categoría reglamentaria, no deja de ser un precepto menor; el principio fundamental viene dado por el artículo 10 - 1 del Código Civil: "La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen"; es la *lex rei sitae* exclusivamente, no el abanico del artículo 11 - 1, el que rige las formas de publicidad, y, por tanto, a los documentos otorgados en el extranjero les es aplicable el fundamental artículo 3º de la Ley Hipotecaria que recoge el principio de titulación pública; si con arreglo a la calificación de la ley española (art. 12 - 1) el documento válido de conformidad a cualquiera de las leyes competentes no reúne los requisitos mínimos para ser considerado entre nosotros - especialmente en cuanto a su eficacia -, documento público y auténtico, no será inscribible en el Registro de la Propiedad; ejemplo extremo, el documento autorizado por notario de sistema anglosajón(327)(48).

Más clara es aún la denegación de la eficacia sintética en los supuestos conexiónados con la legislación general de cada país, sustantiva y procesal. Los efectos traditorios, en cuanto al primer punto, tienen que ser exclusivos de los Derechos en que la tradición juega algún papel, el que sea, en el fenómeno transmisorio; pero no, por ejemplo, en los de transmisión "nudo consensu" de la propiedad. También, en cuanto al segundo punto, la diversidad de las instituciones procesales de los distintos países puede originar, por ejemplo, una eficacia ejecutiva distinta para instrumentos públicos a los que sus leyes internas confieren una eficacia idéntica. Ya conocemos la naturaleza de nuestro juicio ejecutivo(328)(49). "En el Derecho Procesal francés - escribe Ruiloba - no existe un procedimiento especial equivalente al juicio ejecutivo español, sino que la ejecución documental y cambiaria se regula conjuntamente con la de las sentencias dentro de las Régles générales sur l'execution forcée des jugements et actes (artículos 545 y ss. del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Code de Procédure Civile)"(329)(50); ha sido, pues, preciso un convenio entre los dos países(330)(51), en cuya virtud "las actas auténticas" - los documentos auténticos -, "ejecutables en el territorio de una de las Partes Contratantes serán declaradas ejecutivas en el territorio de la otra por la jurisdicción que sea competente según la Ley de la Parte Contratante en cuyo territorio se solicita la ejecución"; "la jurisdicción se limitará a comprobar si las actas reúnen las condiciones necesarias de autenticidad en el territorio de la Parte Contratante donde han sido autorizadas y si las disposiciones cuya ejecución se solicita no se oponen al orden público de la Parte Contratante en cuyo territorio se solicita el exequatur" (art. 14); no vamos a estudiar aquí el Tratado hispano - francés; sírvanos, sin embargo, para comprobar que estas arduas cuestiones sólo pueden resolverse mediante acuerdo entre los Estados; al principio bilaterales; luego, quizá, multilaterales; los demás no podemos hacer otra cosa que ir preparando el terreno con trabajos como el presente.