

Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros

A mi compañero Santiago Vallejo Heredia.

SUMARIO: I.—*Introducción y planteamiento de problemas.*—II. *Circunstancias personales:* 1. El nombre y apellidos.—2. La edad.—3. El estado civil.—4. La profesión u oficio.—5. El domicilio.—6. La nacionalidad o regionalidad.—7. Documentos personales.—III. *Identificación de extranjeros.*—IV. *Calificación de capacidad:* 1. Ley aplicable.—2. Forma de acreditarla.—3. Inexistencia de prohibiciones.—V. *Intervención:* 1. Intervención en nombre propio.—2. Intervención en nombre ajeno.—VI. *Problemas calificativos:* 1. Principio general. 2. Requisitos esenciales de forma.

I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS

La contratación en España por extranjeros, y de modo más general su comparecencia en el instrumento público, está a la orden del día. La diversidad de leyes y reglamentos, no siempre coincidentes, ni suficientemente claros, plantea problemas tanto a los notarios que autorizan los documentos, como a los registradores a quienes incumbe la misión de calificarlos para su inscripción. Y así las cosas funcionan un poco a la buena de Dios porque también entre estos profesionales rige el refrán de que cada maestrillo tiene su librillo. Y así, conozco registradores que exigen la mención del apellido de soltera en las mujeres casadas comparecientes o simplemente citadas como consortes en el documento; o la mención expresa de que el Notario conoce la legislación extranjera respectiva; o la certificación de conocimiento de la ley extranjera para determinados actos dispositivos; o la aplicación analógica de los artículos 92 y siguientes del Reglamento Hipotecario; y algunos desvaríos más que no hacen al caso.

Bien es cierto que ante tales exigencias cabe la solución de un posible recurso para que la Dirección General de los Registros y del Notariado aclare posturas, o el más fácil de plegarse a la exigencia en aras de la agilidad en la inscripción y como lenitivo del exceso de trabajo. Como me gusta meditar en voz alta me he propuesto averiguar, hasta donde sea posible, dónde radica la verdad, para tratar de convencer por esta vía, sin tener que llegar al recurso, o para tenerlo preparado si fuere necesario llegado el caso.

La comparecencia es una parte del instrumento público que contiene la narración identificadora de los sujetos presentes y la serie de actos que componen lo que NÚÑEZ LAGOS llama audiencia y cuyos requisitos pueden sintetizarse siguiendo a CHICO y RAMÍREZ en individualidad (datos personales de los comparecientes), identidad (fe de conocimiento de los otorgantes), capacidad e intervención (concepto en que se interviene).

Vaya por delante una consideración general, cuando la Ley y Reglamento Notarial, o la Ley y Reglamento Hipotecario se refieren a los aspectos relacionados con la comparecencia, están pensando como es lógico en comparecientes nacionales, y sólo excepcionalmente se refieren a alguna circunstancia especial para los extranjeros, lo que supone, que salvada tal excepción, en lo demás rigen los preceptos generales, que no es dado desvirtuar a los funcionarios que entiendan del caso por razón de la materia.

Por otra parte, la regla general en la que se basa la función calificadora está recogida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que en su actual redacción dice: «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

Y bajo la idea de que sólo deben acceder al Registro los actos válidos, el artículo 98 del Reglamento Hipotecario exige que tal función calificadora se centre en aquellos requisitos a los que la Ley concede la prerrogativa de dar validez al documento, para que éste no sólo pueda ser considerado eficaz, sino que deba ser válido, y por ello, lograr su eficacia. Pero sólo por supuestos tales requisitos y no otros. Por eso dispone: «El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afectan a la validez de los mismos, según las leyes

que determinan la forma de los documentos, o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad...»

El artículo 21 de la Ley Hipotecaria impone la constancia de las circunstancias necesarias para la inscripción en los documentos relativos a actos o contratos que deban inscribirse. Y el artículo 9 de la misma Ley y 51 de su Reglamento especifican cuáles son estos requisitos, que luego veremos.

Con estos antecedentes es ya posible que nos adentremos en el análisis de toda la problemática que plantea la comparecencia de extranjeros ante Notario, y del acceso registral del documento autorizado.

II. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

Los artículos 156 y siguientes del Reglamento Notarial especifican tales circunstancias, que enumeramos a continuación:

1. *El nombre y apellidos*

La regla general se contiene en el artículo 156 («La comparecencia de toda escritura indicará... 4.º) el nombre, apellidos...») y se explica en el artículo 157: «La designación de los otorgantes o comparecientes se hará expresando su nombre y apellidos, pudiéndose consignar también los títulos, honores y dignidades que tuvieren... cuando el otorgante fuere conocido con un segundo nombre unido al primero, se expresará también esta circunstancia. Si se conociere un solo apellido, se hará constar así, no siendo necesario expresar el segundo cuando por los otros datos resultare perfectamente identificado. En caso de duda podrá agregarse su filiación.»

Esta regla sería suficiente si no hubiera, como la hay, otra especial para nombrar a los extranjeros por su nombre y apellido (normalmente uno solo), no siendo necesario hacer constar ninguno más, ni por supuesto el apellido de soltera de las mujeres casadas.

Pero a mayor abundamiento, el artículo 168 del mismo Reglamento Notarial, en el inciso final del primer párrafo de la regla 5.ª, dice, zanjando toda posible discusión: «Si en el Estado de que el extranjero otorgante fuese ciudadano no se usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo

aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad.»

Entendiéndolo así varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han dictaminado que el nombre y apellidos de los extranjeros se rigen en España por su Ley personal: 14 de agosto y 19 de octubre de 1965 y 15 de julio de 1966.

En la de 14 de agosto de 1965 un ciudadano americano interesaba informe sobre si estaba obligado en su condición de extranjero a aceptar las normas que no conciernen sino a los españoles y la Dirección General vistos los artículos 93-1.º de la Ley de Registro civil; 219 y 343 de su Reglamento y la Resolución de dicho Centro de 8 de abril de 1965, acordó comunicarle: «que el nombre de los extranjeros se rige por su Ley personal». Análoga declaración contiene la resolución de 19 de octubre de 1965, vistos en este caso los artículos 219 y 296 del Reglamento del Registro civil. La Resolución de 15 de julio de 1966, en tema de adopción, declaró: «que la Ley española se atiene a lo que determina la Ley inglesa en cuanto a la cuestión de si el niño, aun siendo inglés puede recibir el apellido de las personas que lo acogen, pues los apellidos de un extranjero se rigen en España por su Ley personal».

2. *La edad*

Exigida por la regla 4.^a del artículo 156, se expresará, según el artículo 158, ambos del Reglamento Notarial, «haciendo constar el número de años, cuando fuere indispensable para el acto o contrato. Si fuere mayor de edad, bastará consignar esta expresión. Cuando se trate de menores de edad emancipados o que por cualquier otro motivo intervengan en la escritura pública, se hará constar necesariamente su edad, exacta, acreditándose esta circunstancia si hubiere duda sobre ello, con la correspondiente certificación del Registro del estado civil.»

No hay forma especial. También la edad, se rige por la Ley nacional (art. 9, C. C.), tanto para la determinación de la mayoría como para la minoridad o edades especiales.

3. *El estado civil*

Se expresará (art. 156-4.º y 159 R. N.) «diciendo si es soltero, casado, viudo o divorciado, siendo suficiente para los eclesiásticos la expresión de esta circunstancia y la Orden a que pertenezcan o su respectiva dignidad. Si el otorgante fuere casado, viudo o divorciado, y al acto

o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales.»

Esta es la regla general, que se aplicará *mutatis mutandis* a los extranjeros por no haberla especial.

De esta norma reglamentaria no suele hacerse un uso asépticamente correcto y es frecuente tratándose de españoles que se mencionen nombre y apellidos del cónyuge en casos en que no es necesario hacerlo: por ejemplo, en materia de donaciones bastaría con decir «casado», sin decir con quién. No conozco la práctica notarial en Cataluña, pero pienso existiendo la regionalidad catalana y el sistema legal de separación de bienes, que cuando comparezca un catalán casado, bastará esta expresión sin especificación de su cónyuge. Avancemos un paso más. Supongamos que comparece un catalán ante Notario fuera de Cataluña; con la simple declaración de regionalidad catalana y de estar sujeto al régimen legal de separación, no será tampoco precisa la mención del nombre y apellidos del cónyuge. Con estos antecedentes, veamos cómo se aplica este artículo a los comparecientes extranjeros. Caben dos posibilidades: una, entender que el citado artículo 159 sólo es aplicable a españoles en tanto que menciona los gananciales, que es nuestro típico sistema matrimonial, lo que no resuelve el problema a falta de regla especial para los extranjeros. Y otra, aplicarlo indiscriminadamente a españoles y extranjeros en tanto que dice que por ley o por pacto no exista la sociedad legal de gananciales. En este segundo caso caben dos posturas: buscar sistemas idénticos o parecidos a la sociedad de gananciales o entender, sin más, que nunca tratándose de extranjeros hace falta la mención del cónyuge en tanto no existe la sociedad de gananciales que es típicamente español.

Puntualizando: lo que se persigue en el artículo es que queden a salvo los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, por tanto, si el extranjero comparece y asegura estar casado bajo régimen legal de separación, o lo demuestra con capitulaciones matrimoniales, bastará la expresión de «casado». Luego veremos la conveniencia de aludir al régimen matrimonial cuando se trata de extranjeros (a propósito de la intervención).

4. *La profesión u oficio*

Se expresará por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad (art. 156-4.º y 160 R. N.).

5. *El domicilio*

Los que tengan su vecindad en un punto y su residencia o domicilio en otro, deberán consignar expresamente uno de ellos para las notificaciones y diligencias a que pueda dar lugar el cumplimiento del contrato (art. 156-4.º y 162 R. N.).

Independientemente de este domicilio personal, en la actualidad, hay que hacer referencia a lo dispuesto en el art. 30, del Reglamento de Inversiones extranjeras en España (Decreto, 31 octubre 1974) cuyo párrafo primero establece, al parecer de modo imperativo, que «los cobros y pagos derivados de la inversión extranjera se domiciliarán en una Entidad bancaria delegada a elección del titular, a través de la cual se realizarán todas las operaciones exteriores relacionadas con dicha inversión». A este respecto es aconsejable que al tiempo que se hace constar la pertinencia de la inversión extranjera con referencia al oportuno certificado, se indique el domicilio de la Banca delegada en cuestión.

6. *La nacionalidad o regionalidad*

«Se hará constar necesariamente en la comparecencia... cuando puedan influir en la determinación de la capacidad y otorguen fuera del territorio de su región» (art. 161 R. N.). Aplicada a esta regla al tema que nos ocupa no puede afirmarse sino que en todo caso hay que hacer constar la nacionalidad del extranjero compareciente (e incluso su «regionalidad», o su ciudadanía especial cuando proceda de Estados plurilegislativos), tanto porque la nacionalidad es determinante de su capacidad (Ley nacional respectiva), como porque el documento se otorga en España «fuera del territorio de su región».

7. *Documentos personales*

Se indicarán tan sólo, a tenor de la regla 5.ª del artículo 156 R. N. «si la Ley lo exigiere o el Notario lo estimare oportuno». Lo normal en

en estos casos es que el Notario haga referencia al pasaporte o tarjeta de identidad, que es en definitiva el medio más apropiado de identificación, pero si el Notario conoce al extranjero y no lo considera oportuno, hay que preguntarse si la Ley exige la constancia y detalle de tales documentos, lo que a efectos calificativos es muy importante.

Para los españoles hay que tener en cuenta que el Decreto de 22 de marzo de 1962 impuso la necesidad de que en todo documento de carácter oficial se consigne número y fecha del Documento Nacional de Identidad de los interesados, exigiendo a los Notarios que en caso de urgencia, en que prescindan de la presentación del documento hagan a los interesados las reservas oportunas e informen al Servicio de Identificación de la Dirección General de Seguridad. Traigo esta norma a colación por si puede ser de aplicación analógica su «relativa obligatoriedad, entendida en el sentido de que *mutatis mutandis* se deba aplicar a los extranjeros. Y entiendo que no, por que difícil iba a ser a los Notarios, por no decir imposible, «informar» a los respectivos servicios de identificación extranjeros.

Véase lo antes dicho sobre modos de acreditar la residencia.

Demostrado pues que no hay obligatoriedad de tal reseña, si conviene aconsejar que el Notario, «lo estime oportuno», en todo caso, y a tal efecto conviene distinguir los diferentes documentos personales que el Notario puede tener en cuenta:

a) Tarjeta de residencia prevista en el Decreto 522/1974 de 14 de febrero, para los extranjeros residentes (obligatoria para acreditar dicha residencia conforme al artículo 1.º, 1.2 del Reglamento de inversiones).

b) Documento Nacional de Identidad respectiva o Pasaporte vigente, cuando se trate de nacionales de Alemania Occidental, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y Francia.

c) Pasaporte con visado de entrada, cuando se trate de nacionales de Albania, Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, China Nacionalista, Haití, Hungría, Méjico, Mongolia Exterior, Polonia, República Popular China, República Democrática Alemana, República Popular de Corea, República Democrática del Vietnam, Rumania, Rusia, Venezuela y Yugoslavia.

d) Pasaporte vigente, en todos los demás casos.

III. IDENTIFICACION DE EXTRANJEROS

N ohay ninguna regla especial, por tanto, rigen las normas generales que para toda clase de comparecientes se contienen en la Ley y Reglamento Notarial, y son las siguientes:

La comparecencia indicará: «La fe de conocimiento por el Notario o medios sustitutivos utilizados, si no se estima conveniente consignarla al final» (art. 156-7.º R. N.).

La Ley de 18 de diciembre de 1946 dio nueva redacción al artículo 23 de la Ley Notarial que dice: «Los Notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario:

a) La afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo responsables de la identificación.

b) La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el Notario.

c) La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma estampados en el documento de identidad exhibido con las del compareciente.

d) El cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el Notario fe de conocimiento del firmante.

El Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero, será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados.»

Y tal precepto se desarrolla en los artículos 187 a 192 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, reformado en cuanto al primero de ellos por Decreto de 22 de julio de 1967, en los que se contienen las siguientes reglas generales:

1. La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley.

Cuando la identificación se haga con referencia a carnets o documentos de identidad con fotografía, pero sin firma, en los que conste la huella digital el Notario exigirá que ésta se ponga en el instrumento.

La fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado, profesión o vecindad, que consignará el Notario por lo que resulte de la declaración del propio

interesado o por referencia a sus documentos de identidad, sin perjuicio de que, en caso de duda, pueda exigir las certificaciones del Registro del estado civil y cuantos documentos estime necesarios o convenientes.

Destaca GONZÁLEZ ENRIQUEZ, cómo la redacción de este artículo se debe a la necesidad de ponerlo de acuerdo con el artículo 23 de la Ley y a la situación surgida por la creación del documento nacional de identidad en el que figura la huella digital del interesado. El artículo 23 sólo admitía documentos o carnets cuando tuvieran firma, pareciendo lógico ahora para facilitar la identificación, sustituir la firma por la huella. No obstante, hay una diferencia fundamental: el artículo 23 de la Ley dice que el Notario responderá de la concordancia de la firma que figura en el carnet con la que el compareciente estampe en el documento, pero el nuevo Reglamento no ha podido exigir esto al Notario en lo que respecta a una huella, ya que no es un técnico en esa materia. Precisamente por eso se desplaza la identificación a un momento posterior por medios automáticos pero que desvirtúa la función notarial. Al no exigirse la firma por la nueva redacción reglamentaria, el precepto está en contradicción con el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado.

2. No es preciso que el Notario dé fe en cada cláusula de las estipulaciones y circunstancias que, según las leyes, necesiten este requisito. Bastará que consigne al final de la escritura la siguiente ~~o~~ parecida fórmula: «Y yo, el Notario, doy fe de conocer a los otorgantes (o a los testigos de conocimiento en su caso, etc.) y de todo lo contenido en este instrumento público.» Con esta o parecida fórmula final se entenderá dada fe en el instrumento de todas las cláusulas, condiciones, estipulaciones y demás circunstancias que exijan este requisito según las leyes. (Art. 188).

3. Para los efectos del artículo anterior, bastará que el Notario dé fe de todo lo contenido en el documento para entender que la da expresa del conocimiento de los otorgantes cuando en el curso del documento haya asegurado que los conoce.

Si no hubiere dado fe del conocimiento de los otorgantes en las formas prevenidas, podrá, no tratándose de testamentos, subsanar la falta por medio de acta, en la que el mismo Notario que autorizó la escritura dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento. (Art. 189).

4. En los casos del párrafo tercero del artículo 23 de la Ley, cuando a un Notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes por no conocerlos ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento lo expresará así en la escritura, y en ella reseñará los documentos que

le presenten para identificar su persona. Tendrán entre estos preferencia los carnets y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado. También podrá el Notario pedir la fotografía del interesado incorporándola al protocolo. (Art. 190).

5. Siempre que el Notario no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando, aun conociéndolos, éstos no sepan o no puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento la impresión digital de uno o de los dos pulgares antes de la firma de los testigos, haciendo constar el Notario en el mismo documento las circunstancias del caso. (Art. 191).

6. No será necesario que el Notario dé fe de conocimiento de las personas con quienes efectúe los protestos de letras de cambio, ni, en general, de aquellas a quienes haga alguna notificación o requerimiento, salvo los casos en que la naturaleza de la notificación o requerimiento exijan la identificación del notificado o requerido. (Art. 192).

IV. CALIFICACION DE CAPACIDAD

Es una parte de la comparecencia a la que alude la regla 8.^a del artículo 156 del Reglamento Notarial diciendo que es «la afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera». Y el artículo 167, que dice: el Notario en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.

Se trata por tanto de una manifestación del Notario, consecuencia de su calidad de jurista que cristaliza en un juicio, que por ser tal y no un hecho, sólo tiene el valor de presunción *juris tantum*. Y dicha calificación comprende no sólo la capacidad propiamente dicha, sino también la inexistencia de prohibiciones o limitaciones, las asistencias y complementos de capacidad necesarios para la validez del acto, y en los casos de representación la capacidad del representante y representado y la suficiencia y legalización del poder.

Tratándose de extranjeros se plantean algunos problemas que estudiamos a continuación.

1. *Ley aplicable.* El artículo 168-5.º del Reglamento Notarial dice «la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español se regirá por su Ley personal». Puesto en relación este artículo con el 9 del C. C. y el 15 del Código de Comercio, se llega a la solución de que tal Ley personal es la Ley nacional del compareciente. Cuya afirmación tiene, sin embargo, las excepciones o posibilidades siguientes:

a) No cabe la renuncia a tal Ley para acogerse a Ley española, aunque así lo manifestaran los comparecientes (confróntese la sentencia del T. S. de 6 de junio de 1969).

b) Cabe que entre en juego el reenvío y que, por tanto, en este caso resulte aplicable la legislación española, ya que conforme al artículo 12.2 del C. C. «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su Ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus formas de conflicto puedan hacer a otra Ley que no sea la española. Este caso excepcional se daría en el supuesto de que la Ley extranjera dijese que la capacidad se rige por la Ley del domicilio y que el extranjero compareciente tuviese dicho domicilio en España.

c) Si tiene doble nacionalidad habrá de tener en cuenta la solución consagrada por los tratados de doble nacionalidad ratificados por España, es decir: se aplicará la Ley nacional que coincida con el domicilio, y si éste se halla en distinto país de aquellos cuya nacionalidad ostenta, se aplicará la Ley del país del último domicilio cuya nacionalidad ostente.

d) Si se trata de apátridas se aplicará la Ley del domicilio al no ser posible aplicar, por definición, la nacionalidad.

A este respecto es muy interesante conocer la resolución de la DGRN de 14 de julio de 1965, en la que entre otras cosas dice: «que la capacidad de los otorgantes de los títulos presentados a inscripción es materia que ha de ser examinada por el Registrador, al no estar vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura, y por ello se ha declarado reiteradamente por este Centro que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios, así como la justificación de la vigencia y contenido de la norma extranjera cuando sea de aplicación, al no regir para este recurso la máxima *iura novit curia* y tener, en consecuencia, que acreditase la Ley nacional para que pueda calificar acerca de la capacidad». «Que dada la situación técnica de apátrida, la cual, no obstante ser anormal, puede tener lugar, es lógico que se tienda a dar la solución para determinar la legislación que habrá de ser aplicada a quienes se encuentran en tal circunstancia, problema

que la doctrina, en base a principios de Derecho Internacional privado, resuelve de distintas formas, bien por entender competente la última Ley nacional cuando ésta es conocida, o bien la de la residencia, o bien la del domicilio, criterio este último más predominante y que aparece seguido también en España, según se infiere de la Legislación del Registro Civil, especialmente en la Exposición de la Ley de 8 de junio de 1957, en la que se alude al domicilio de los apátridas que, justificado, ofrece cierta seguridad a su estatuto personal, e igualmente en el Decreto de 22 de febrero de 1957, en el que se dispone que se rijan los apátridas por la Ley del domicilio y determina sobre esta base la legislación aplicable a efectos de Arrendamientos Urbanos.

e) En cuanto a los refugiados políticos, también hay que entender aplicable como mejor criterio el de la Ley del domicilio consagrada por el artículo 4.º del Convenio de Ginebra de 28 de octubre de 1933 y el artículo 12 del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, aunque no hayan sido ratificados por España, ya que en la mayoría de casos, dada su condición de refugiado, será difícil saber con certeza si conserva su nacionalidad o si le es ya negada por las leyes de su propio país, precisamente como sanción a su condición especial.

2. *Forma de acreditarla.*—La regla 5.ª del ya citado artículo 158 del Reglamento Notarial dice: «si el Notario no lo conociere se acreditará por certificación del Cónsul general, o en su defecto, del representante diplomático de su país en España». No faltan opiniones doctrinales, como la de GIMÉNEZ ARNAU, en el sentido de que también puede acreditarse por certificación de Cónsul español en territorio de la nacionalidad, o en su caso domicilio del extranjero. Idea no del todo descabellada si se tiene en cuenta que los Cónsules españoles en el extranjero desempeñan funciones notariales (si pueden lo más, que es autorizar un documento y por tanto calificar la capacidad del extranjero, podrán lo menos, que es acreditar la capacidad para determinados actos conforme a la Ley extranjera aplicable, que lógicamente el Cónsul conoce).

Caben por tanto fundamentalmente, dos soluciones: que el Notario diga que la capacidad se acredita con la pertinente certificación que se le exhibe y acompañará donde proceda; o que el Notario «la conociere». Aquí surge el problema: ¿cómo debe decirlo? ¿Bastará la fórmula usual «de la capacidad legal del compareciente, doy fe» o por el contrario, la fórmula deberá ser más amplia y explícita, por ejemplo «de la capacidad legal del compareciente conforme a su Ley personal por mí conocida, doy fe?».

LUCAS FERNÁNDEZ se inclina por la segunda interrogante y de modo tajante afirma que «si el Notario conoce la legislación por la que... se ha

de regir la capacidad del extranjero, hará constar expresamente, dando fe de ello, tal circunstancia». A favor de esta interpretación pesa evidentemente el artículo 9 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, cuando dispone que «la capacidad civil de los extranjeros que otorguen o suscriban documentos inscribibles se acreditará por la aseveración de un Notario español que asegure conocer la Ley nacional del compareciente o por certificado del Cónsul de su país en España, o en su defecto, de la representación diplomática del mismo país».

A mi entender es válida la primera interrogante, es decir, creo que basta la fórmula concisa, que por ser concisa no deja de ser expresa, que diga «de la capacidad legal del compareciente doy fe». Y basta así, porque el Notario autorizante es lógico que conoce el artículo 168 del Reglamento Notarial, quiero decir que sabe que la capacidad del extranjero se rige por su Ley personal, y si da fe expresamente de que lo juzga con capacidad legal, no puede estar haciendo otra cosa que no sea reconocerle tal capacidad por su Ley personal, que es la que el Reglamento Notarial le dice debe aplicar. Se me objetará el texto del Reglamento del Registro Mercantil, que entiendo no se opone a mi interpretación, tanto en cuanto no dice « el Notario autorizante», sino un Notario español. Lo que en realidad hace el artículo reglamentario citado es ampliar las formas de certificar tal capacidad, es decir, que si el Notario autorizante «no la conociere», puede acreditarse tal capacidad no sólo por las certificaciones a que alude el Reglamento Notarial e insiste el Reglamento del Registro Mercantil, sino también por la aseveración de un Notario español. Quizá con un ejemplo explicaría mejor esta interpretación que no entiendo forzada: si uno de mis compañeros de residencia (no es el caso, porque se las saben todas), no conociere la legislación extranjera podría autorizar el instrumento diciendo poco más o menos, que a los efectos previstos en el artículo 9 del Reglamento de Registro Mercantil acompañará aseveración o certificación de su compañero el Notario... que asegura conocer la legislación y por tanto de la que se deduce la capacidad del compareciente.

3. *Inexistencia de prohibiciones.*—La calificación de capacidad presupone que el Notario considera que el extranjero compareciente no es afectado por ninguna de las limitaciones de carácter objetivo que le afectan, tal y como están establecidas actualmente en la Ley y Reglamento sobre inversiones extranjeras en España de 31 de octubre de 1974 (restricciones a la participación en empresas españolas; adquisición de inmuebles en islas o zonas determinadas; adquisición de fincas rústicas; etc.).

V. INTERVENCION

El artículo 164 del Reglamento Notarial en su redacción de 22 de julio de 1967, dice: la intervención de los otorgantes se expresará diciendo si lo hacen en su propio nombre o en representación de otro reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia y no siendo preciso que la representación legal se justifique y consta por notoriedad al autorizante.

La voluntariedad habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento o, con la conformidad de los demás otorgantes, en un momento posterior, lo que se podrá hacer constar en la prevista en el párrafo segundo del artículo 176 de este Reglamento. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente en el instrumento.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.

De donde se deduce que la intervención es un nombre propio cuando parte y compareciente son una misma persona; y es en nombre ajeno cuando el compareciente actúa en nombre de otra persona no presente, bien emane dicha representación de la Ley, bien tenga origen voluntario. Tratándose de comparecientes extranjeros, conviene que nos detengamos en la explicación de ambos supuestos.

1. *Intervención en nombre propio.*—Es el caso más frecuente y a falta de reglas especiales para comparecientes extranjeros, se aplicarán, con las debidas adaptaciones los preceptos del Reglamento Notarial, siendo dignos de notar los siguientes supuestos:

a) Los menores de edad podrán comparecer por sí mismos, esto es, por su propio derecho, cuando de acuerdo con los preceptos de su Ley personal, deban intervenir en los actos que realicen sus padres, tutores, consejo de familia u órganos similares (cfr. art. 168-2.º Reglamento Notarial).

b) Las mujeres casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que con arreglo a su Ley personal puedan realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o de domicilio. En los demás casos, el Notario como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. Cuando se

precisare la licencia marital y no se justificare, podrá otorgarse el documento, siempre que con ello estuvieren conformes los interesados. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente (cfra. art. 169 Reglamento Notarial).

c) Tratándose de adquisiciones a título oneroso por persona casada, es importante saber el régimen económico matrimonial que rige el matrimonio, tanto por la inmediata registral, como para resolver en su día los problemas de disposición del bien así adquirido. Por ello es conveniente que el Notario indague y haga constar dicho régimen, por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes, con una fórmula más o menos parecida a ésta: «asegura el compareciente estar casado bajo el régimen legal vigente en su país de nacionalidad, es decir...» («o bajo el régimen... pactado en sus capitulaciones matrimoniales»).

2. *Intervención en nombre ajeno.*—Supone que el compareciente actúa en nombre de otra persona no presente. A este respecto hay que tener en cuenta:

a) Si la representación emana de la Ley se expresará en el documento esta circunstancia, no siendo preciso que se justifique documentalmente si consta por notoriedad al autorizante (cfr. arts. 164 y 168-4.º R. N.): la fuente de la representación legal no ha de acreditarse, salvo en el caso de tutores, protutores y consejo de familia u órganos similares; la extensión de la representación la determina la Ley y puede conocerla el Notario o demostrarse con las pertinentes certificaciones, sin perjuicio de las autorizaciones que para determinados casos exija la Ley personal respectiva, que habrán de acreditarse siempre.

b) Si la representación es voluntaria, «El Notario insertará en el cuerpo de la escritura en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación. Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita. Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en el protocolo legalmente a cargo del Notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias. El Notario podrá también reseñar en la matriz los documentos de los que resulte la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan. (Art. 166.)

c) «Cuando en la redacción de alguna escritura o acta el Notario tenga que calificar documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la obser-

vancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio (art. 168 fin).» Las palabras con que está redactado el precepto, «podrá exigir», demuestran el carácter facultativo de la exigencia, nunca imperativa.

d) Si el documento de apoderamiento se otorga en país extranjero ante Agente diplomático o consular de España en el extranjero, surgirá plenos efectos si reviste la forma y lleva los requisitos que prescribe nuestra legislación, sin otra formalidad que la legalización de firmas, conforme al art. 17 del Anexo III del Reglamento Notarial: «las escrituras autorizadas por los agentes diplomáticos y consulares harán fe en todo el territorio español y en sus colonias y protectorados, una vez legalizada la firma de aquellos funcionarios en el Ministerio de Asuntos Exteriores».

La clara dicción gramatical de este precepto demuestra que es viciosa la práctica seguida por algún Registrador al exigir que la firma del funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores vaya a su vez legalizada por dos Notarios de Madrid.

e) Si el documento de apoderamiento se otorga en país extranjero y ante funcionarios extranjeros, deberá reunir los requisitos exigidos por el artículo 36 del Reglamento Notarial»: 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 requisito necesarios para la autenticidad en España.

Los requisitos establecidos en los números segundo y tercero podrán acreditarse mediante certificado del Cónsul español de carrera en el respectivo territorio español; los documentos inscribibles podrán ser acreditados si el Notario lo estimase suficiente, mediante certificación del Cónsul de su país en España.

La legalización es en este caso doble: primero de los agentes diplomáticos o consulares de España en el país de otorgamiento (art. 24 Anexo III R. N.): y segundo del Ministerio de Asuntos Exteriores (art. 17 antes citado).

En cuanto a la traducción, el Reglamento Hipotecario, establece en el artículo 37: «los documentos no redactados en idioma español podrán ser traducidos, para los efectos del Registro, por la Oficina de Interpretación de Lenguas o por funcionarios competentes autorizados en virtud de leyes o convenios internacionales, y, en su caso, por un Notario, quien responderá de la fidelidad de la traducción.

Los extendidos en latín y dialectos de España o en letra antigua, o que sean ininteligibles para el Registrador, se presentarán acompañados de su traducción o copia suficiente hecha por un titular del Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios o por funcionario competente, salvo lo dispuesto en el artículo 35.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir del documento oficial de traducción cuando conociere el idioma, el dialecto o la letra antigua de que se trate.

VI. PROBLEMAS CALIFICATIVOS

1. *Principio general*

CHICO y RAMÍREZ explican con toda claridad cómo la Ley reconoce a la documentación pública una serie de garantías en torno a la validez y eficacia del acto que en las mismas se recogen, pero para asegurarse plenamente de que el acto ha de ser protegido registralmente reúne todos los requisitos exige la intervención última de un funcionario para que decida con arreglo a derecho si el acto que pretende la protección registral puede ser merecedor de la misma. Esto es una distinción, un privilegio, pero también un deber que la Ley impone, pues si el privilegio honra y eleva, también exige. El Registrador en ese momento supremo, el techo al que todo acto jurídico pretende llegar, no puede dudar, no debe vacilar, no puede eludir su juicio decisivo, ha de pronunciarse y fijar, con su decisión, la validez y eficacia al acto sujeto a inscripción. El acto, según su juicio, podrá ser inscrito y protegido por el Registro, deberá complementarse por venir falto de requisitos o quedará fuera de la protección registral por contener un defecto insubsanable.

En un sistema como el español, en el que los asientos registrales se presumen exactos, es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada, pues de lo contrario como opinaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos.

Nos hemos ocupado ya del contenido de los artículos 18 y 98 del Reglamento Hipotecario, y antes que entremos en los problemas calificativos pormenorizados que plantean los requisitos formales de las escrituras notariales, es conveniente el recuerdo de una ya centenaria Resolución de 9 de marzo de 1872 en la que se decía: «vista la comunicación de V. S. I. a este Centro directivo de la que resulta el hecho de haberse di-

rigido el Registrador de Motilla del Palancar a los Notarios del distrito de su registro haciéndoles algunas observaciones y dictando al propio tiempo ciertas reglas para la mejor inteligencia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria vigente, y teniendo presente, de conformidad con lo informado por esa Presidencia que por más que el citado Registrador haya podido estar oportuno en el modo de comprender y de interpretar la expresada disposición legislativa, y que al dirigirse a aquellos funcionarios haya sido llevado del mayor celo en el cumplimiento de los deberes de su cargo, es indudable que se ha extralimitado en las facultades que como Registrador le competen, que no son otras sino las tácitamente señaladas en la Ley Hipotecaria y Reglamento dictado para su ejecución y entre las cuales no se encuentra por cierto la facultad de dirigirse a los Notarios dictándoles reglas de conducta y de interpretación; esta Dirección General ha acordado: que por conducto de V. S. I. se haga entender al Registrador de Motilla del Palancar que en lo sucesivo se abstenga de dirigirse a los funcionarios de la fe pública de su distrito dándoles instrucciones en el cumplimiento de sus deberes notariales, siquiera con la ejecución de la Ley Hipotecaria se rocen, para lo cual no se halla facultado, y porque en todo caso, si fuere preciso dictarles algunas al efecto, de otra forma y por otro conducto se deberían dar, con arreglo a disposiciones legales en materia».

A mi entender de esta resolución se puede extraer una consecuencia muy importante en el sentido de que hay que concretar y reducir la función calificativa de los Registradores a sus justos y precisos términos de tal modo que sería extralimitarse tanto el dar instrucciones a los Notarios, como es el caso de la resolución citada, como el de aconsejar soluciones que son propiamente de técnica notarial. Me explico: la técnica notarial, la de cada Notario me refiero, hace preferible dar fe de conocimiento al principio o al final de las escrituras, y el Registrador a quién estas accedan debe limitarse a indagar si en la escritura se da o no dicha fe, absteniéndose de opinar su gusto de que es mejor hacerlo al final o al principio contrariamente a como lo ha hecho el Notario. Es decir, la misión del Notario es redactar y la del Registrador calificar aquella redacción en el sentido de que la misma tenga todos y cada uno de los requisitos que se exigen para la inscripción, sin preocuparse de que el orden de su exposición sea el mismo que él *in mente* tenga para un concepto de escritura ideal.

2. *Requisitos esenciales de forma*

El sistema de inscripción—en el sentido de extracto del contenido del título inscribible—adoptado por nuestra legislación hipotecaria obli-

ga a ésta a precisar los datos o circunstancias que deben expresarse en los asientos de inscripción, tomándolos de los títulos presentados; lo que impone que éstos los contengan, a fin de que puedan lograr su inscripción.

Como dice DÍAZ MORENO la Ley no podía dejar al arbitrio del Registrador la formulación de este extracto, ya que entonces estos asientos no serían uniformes y, por mucho cuidado que se pusiera en redactarlos, no existiendo molde o pauta establecida previamente, más de una vez dejarían de expresar circunstancias cuyo conocimiento puede interesar a los terceros.

La Ley Hipotecaria, su Reglamento y los modelos oficiales, determinan las circunstancias que deben expresar los asientos de inscripción. Entre los preceptos relativos a esta materia se destaca el artículo 9.º de la Ley, desenvuelto y ampliado en su contenido por el artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 9 establece que toda inscripción que se haga en el Registro expresará las siguientes circunstancias: 4.º La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción. 5.º La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

Y la regla 9.ª del artículo 51 establece que las personas naturales de quienes procedan inmediatamente los bienes o derechos que se inscriban se determinarán expresando su nombre, apellidos y estado civil, según aparezcan en el título, sin que sea permitido al Registrador y aun con acuerdo de las partes añadir ni quitar ninguna circunstancia. Se añadirán si resultaren del título, la edad, cuando se tratare de un menor; la profesión, el domicilio y en su caso, la vecindad foral y la nacionalidad... del mismo modo se harán constar en sus respectivos lugares en nombre, apellidos y circunstancias de las personas a cuyo favor se practique la inscripción. Si el adquirente fuera casado, viudo o separado legalmente y el acto o contrato que se inscriba afectase a los derechos presente o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del otro cónyuge. Evidentemente, según ROCA SASTRE, esto último no es necesario cuando los cónyuges se rijan por el sistema de separación de bienes, intervenga o no dote.

Sería alargar el tema el estudio en profundidad de todas las resoluciones de la Dirección General que han tratado los diferentes requisitos antes mencionados. Pero es útil la simple enumeración de las mismas: 10-noviembre-1865 (nombres de bautismo), 21-enero-1875 (nulidad de la inscripción por falta de esa circunstancia), 20-febrero-1880 (discordancia entre Registro y escritura), 16-marzo-1892 (nombre diferente del registral), 14-noviembre-1892 (alteración de apellido), 12-febrero-1896 (de-

signación por título nobiliario), 17-junio-1901 (diferencias de apellidos), 25-marzo-1907 (uso de nombre y apellidos por extranjeros), 8-octubre-1912 (uso indistinto de nombre y forma de acreditarlo), 10-julio-1913 (proceso de ejecución administrativo con exigencias de persona a la cual se ejecuta), 19-enero-1914 (identificación por otras circunstancias), 4-noviembre-1925 (diferencias de apellido materno), 9-abril-1926 (anotación preventiva sin designación de la persona a cuyo favor se pide), 11-diciembre-1926 (apellido distinto del testador), 13-diciembre-1923 (uso de apellidos semejantes), 7-julio-1933 (diferencia entre Registro y Escritura), 8-mayo-1954 (rectificación de errores), 19-octubre-1949 (aclaración de errores), 23-junio-1874 (sobre omisión de profesión), 18-abril-1879 (circunstancias de los otorgantes), 5-marzo-1888 (omisión profesión del apoderado), 6-septiembre-1906 (expresión de profesión distinta de la que figura en el mandato), 17-diciembre-1925 (indagación de regionalidad), 23-junio-1964 (compra por residentes en el extranjero), 8-octubre-1912 (la identidad del compareciente queda a juicio del Notario, pero no a su libre arbitrio, empleando el medio más adecuado), 28-diciembre-1960 (el Notario puede elegir el medio más adecuado de comprobación bajo su responsabilidad), etc.

Valen aquí todas las consideraciones que anteriormente hemos hecho al explicar al aspecto notarial de la cuestión, lo que quiere decir que el Registrador en su función calificativa debe tener en cuenta los preceptos del Reglamento Notarial, y de la Ley, que son los vinculantes para el Notario en el momento de redactar la escritura, que tanto debe acomodarse a dichos preceptos, como a los establecidos por la Ley y Reglamento Hipotecarios.

Un aspecto muy importante a tener en cuenta al tiempo de hacer la inscripción es el relativo a los bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal. Los artículos 92 y siguientes del Reglamento Hipotecario se refieren, como es lógico, a la legislación española, es decir, a los distintos supuestos que pueden darse cuando la adquisición de un bien ganancial, presuntivamente ganancial, o de otro tipo es realizada por uno u otro cónyuge. Y cuando se trata de comparecientes extranjeros se plantea el problema tanto a nivel notarial como registral, de cómo explicar o justificar dicho régimen para su ulterior constancia, consecuencias y afectos.

Desde el punto de vista notarial ya aconsejé antes la conveniencia de hacer constar la manifestación del adquirente sobre cuál es el régimen existente. Desde el punto de vista registral creo que nada obsta para que se aplique el criterio analógico de no prejuzgar el carácter de dichos bienes, de tal forma que tanto si en la escritura se indica el régimen económico, como si tal no se hace se inscriba a nombre del adquirente sin

prejuizar el carácter de la adquisición, lo que desplazará si se quiere la dificultad al momento de la posterior enajenación del bien así adquirido, cuando el extranjero tendrá que justificar su facultad dispositiva, lo que no siempre ocurrirá porque incluso en algunos regímenes europeos de comunidad no es necesario el consentimiento del cónyuge no adquirente.

Lo que indudablemente no puede hacerse nunca es en la duda inscribir el bien para la comunidad conyugal juzgando a los extranjeros por el mismo rasero de la ganancialidad española y olvidando que en muchos países el sistema vigente es el de separación. Valga como anécdota, pero conozco el caso de un inglés que adquirió una finca y a pesar de estar casado bajo el régimen legal inglés de separación se inscribió en el Registro como de la comunidad conyugal, lo que ocasionó graves problemas al tiempo en que el albacea testamentario tuvo que adjudicar dicho bien a una tercera persona que no era la esposa.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA

Notario de Sagunto