

**PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO
*STUDIES ON SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL
LAW PRACTICE***

LA APLICACIÓN NOTARIAL DEL DERECHO EXTRANJERO

Antonio RIPOLL SOLER*

SUMARIO: 1. PRIMER SECTOR: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—2. SEGUNDO SECTOR: LEY APLICABLE.—3. TERCER SECTOR: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.—4. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Existe la creencia, certera, de que las notarías constituyen un interesante banco de pruebas para tomar el pulso a la realidad. No son pocos los agentes sociales que tratan de investigar cuestiones que nos afectan a todos a través de los ojos del notario. Nuestros índices y estadísticas, que remitimos periódicamente, a distintas Administraciones, son tenidos en cuenta e inciden en decisiones político-económicas. Los notarios, antes que operadores jurídicos y funcionarios públicos, somos personas que tratan con personas. Así, por ejemplo, tras unos meses de desconfinamiento, superada en España la onda expansiva de la primera ola de la pandemia que asola nuestra salud y economía, es recurrente que quien nos visita pregunte, al notario, con el consuelo de encontrar una respuesta ilusionante: «¿Cómo ve la situación económica de nuestro país? ¿Se firma mucho?».

En nuestro quehacer concurren muchos factores que posibilitan conocer, de primera mano, la situación en que se encuentra el mundo en que vivimos. Prestamos servicio a personas de edades, condiciones económicas, sociales y geográficas dispares; también, frecuentemente, personas con intereses o procedencia más allá de nuestro territorio demandan la intervención notarial. En el caso de España y, especialmente, de nuestras costas mediterráneas, la

* Notario.

incidencia de las inversiones y la circulación de personas vinculadas a otras jurisdicciones constituye un importante pilar socioeconómico, como prueba la recesión económica ligada al cierre de fronteras por la covid-19.

A diferencia de lo que sucede con otros operadores jurídicos, en una gran parte de los casos, los notarios filtramos. No siempre resolvemos¹. Sin embargo, sí que ayudamos, las más de las veces, a formar voluntades. Trabajamos en un doble nivel, pudiendo ser nuestro interlocutor el ciudadano medio de a pie; pero también interactuamos con los asesores de cualquier tipo² que acompañan y prescriben una determinada notaría. La labor conjunta del notario y esos profesionales culmina con la autorización de un documento público.

Dar forma jurídica a la resolución de los problemas de las personas hace que el documento público circule incluso fuera de nuestro ámbito territorial; relacionando, entonces, a los notarios españoles con otras autoridades o tribunales de otros Estados.

La acción normativa de la Unión Europea facilita que el Derecho internacional privado cada vez se perciba como más cercano por los operadores jurídicos³. Esa nueva sensibilidad se impulsa también desde la DGSFP, que recalca, recientemente, la conveniencia de que notarios y registradores conozcan el Derecho extranjero⁴. Sin embargo, no por obvio debe dejar de

¹ Se emplea aquí el término «resolver» no como sinónimo de «solucionar», sino como «decisión» o «resolución» de una controversia. Los notarios, en España, tienen el doble carácter de funcionarios públicos y profesionales del Derecho (art. 1 RN). Siendo cierto lo anterior, tanto en la Ley del Notariado como en su Reglamento se recalca el carácter del notario como «órgano de la jurisdicción voluntaria» (art. 3 RN). Debe destacarse que, modernamente, y especialmente tras la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), se impulsa, legislativamente, un modelo en el que el notario, sin perjuicio del ulterior recurso judicial, decide en distintas cuestiones, con efecto vinculante. En esos casos, sí que resuelve. Excede del propósito de este trabajo analizar la naturaleza jurídica de esas decisiones notariales y de si el notario, entonces, actúa como «autoridad» o como «tribunal», lo cual tiene su trascendencia en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y, especialmente, en los últimos reglamentos [véanse, en este sentido, arts. 3.2 de los Reglamentos 650/2012 (RES), 2016/1103 (REM) y 2016/1104 (EPUR), a título ejemplificativo].

² Entre estos se pueden citar muchos y muy variados, así, sin ánimo exhaustivo, superando la tópica referencia a los abogados y asesores con formación jurídica de calidad, existe un elenco muy amplio de este tipo de profesionales, tales como intérpretes —jurados o no—, agentes de la propiedad inmobiliaria, personal bancario, aparejadores, arquitectos, promotores inmobiliarios, prestadores de servicios vinculados a la obtención de la residencia o nacionalidad en España. Todos ellos, directa o indirectamente, entran en conexión con algún elemento internacional, en sus operaciones, que obligan a tomar en consideración, bien, en un primer momento, el Derecho internacional privado, bien, en segundo lugar, el Derecho material extranjero señalado por la norma de conflicto, como ley aplicable. Sin embargo, como se verá, en el ámbito de la notaría, no solo se tiene en cuenta el segundo sector del DIPr.

³ En este sentido, me gusta hacer coincidir ese momento con la entrada en aplicación del RES, como ya he apuntado en alguna ocasión: «El Reglamento Sucesorio Europeo ha implicado una sensibilización de todos los agentes puestos en escena sobre la importancia de la disciplina. Podríamos decir que, paradójicamente, pese a su gran complejidad, supone una “popularización del DIPr”, concienciando a los prácticos del Derecho de la importancia de la disciplina», RIPOLL SOLER, A., «¿La Unión Europea como factor de facilitación de la actividad del operador jurídico?», en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, M.^a P. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (coords.), *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el Diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 157.

⁴ Véase RDGRN de 15 de febrero de 2016 o de 28 de julio de 2016. Puede verse mi valoración sobre estos planteamientos en RIPOLL SOLER, A., *op. cit.*, p. 163.

recordarse que no todo el Derecho extranjero material aplicable es el de Estados miembros de la Unión Europea. Es lógico esperar distinta sensibilidad hacia los ordenamientos de sus Estados, en cuanto a exigibilidad de conocimiento de sus leyes materiales, que respecto de ordenamientos de terceros Estados. Conviene recordar que la realidad de la práctica de cada operador puede que haga que sus problemas naturales, su campo de trabajo, se vea inmerso en la necesidad de acudir a la aplicación de ordenamientos más alejados y difíciles de conocer⁵.

Esa riqueza de supuestos nos brinda poder manejar los tres sectores del DIPr moderno; sin dejar de lado, además, la cooperación jurídica internacional.

1. PRIMER SECTOR: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los notarios somos órganos de la llamada jurisdicción voluntaria. Como tales, la nueva LJV nos ha atribuido una serie de competencias, que potencian nuestra intervención en dicho ámbito de la realidad jurídica de las personas.

Cabría destacar la posibilidad de autorizar separaciones y divorcios concurriendo las circunstancias de los arts. 82 y 87 CC —transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio e inexistencia de hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, dependientes de sus progenitores (art. 54 LN)—.

La atribución de competencia interna para sustanciar separación o divorcio no queda al margen del DIPr. Es frecuente, al existir muchos nacionales de otros Estados residentes en España, que acabemos autorizando dichos cambios de estado y debemos tener en cuenta el Reglamento (CE) 2201/2003; tras controlar la competencia internacional, el notario español deberá proceder a examinar si la norma interna lo hace competente⁶.

En materia de sucesiones con elemento transfronterizo, el RES⁷ incide de lleno en la competencia notarial para la tramitación de declaraciones de herederos abintestato, las cuales, desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, tras la desjudicialización ligada a las reformas que traen por causa la LJV, son de competencia exclusiva notarial. En la práctica se requiere un doble control de competencia, pues en una herencia internacional la com-

⁵ China, Argelia y países iberoamericanos suelen presentar en nuestros despachos una rica y variada problemática. La presencia de nacionales de Estados Unidos o Canadá con la complejidad de determinar su derecho material aplicable al dar cobijo a distintos derechos de corte territorial.

⁶ Todo ello, sin perjuicio, luego, de la posible entrada en escena del Reglamento (UE) 1259/2010, relativo a la ley aplicable, al divorcio y a la separación judicial, a los efectos de elegir la ley aplicable a la separación o al divorcio, por ejemplo.

⁷ R(UE) 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

petencia interna del notario requerirá la previa atribución de competencia internacional derivada de los arts. 4, 7, 10 y 11 RES^{8,9}.

Ser competente implica poner en relación la resolución del expediente con la aplicación de una norma que puede que sea ajena al foro o no. Que los últimos Reglamentos propicien que el tribunal competente aplique su propio Derecho¹⁰ no quiere decir que esto siempre suceda. En esos casos, el notario que resuelve, como se verá en el siguiente apartado, y sucederá también a los tribunales de justicia, puede encontrarse ante un auténtico *tour de force*. La diferencia, entre el notario y el tribunal, al menos en España, a estos efectos, es que por el modo de proceder habitualmente por parte de los usuarios de las notarías, estos esperan del notario la prestación de una obligación de resultado. Se suele olvidar que, en este caso, los notarios ejercen unas funciones más próximas a las de tribunal que a las de profesional del Derecho. Así, esperan que todo el problema de conocimiento y prueba del Derecho extranjero se desplace del interesado al órgano encargado de resolver. De ello nos vamos a ocupar seguidamente al tratar del segundo sector del DIPr.

2. SEGUNDO SECTOR: LEY APLICABLE

Como anunciaba anteriormente, el auténtico reto en los despachos notariales es llevar a sus últimas consecuencias el segundo sector del DIPr. Se intervenga como tribunal/autoridad o como funcionario-profesional del Derecho, en la práctica, nuestro campo de trabajo y actuación no acaba, normalmente, con el análisis de los hechos, seleccionar la norma de conflicto aplicable y señalar un concreto Derecho material como aplicable para regular un determinado asunto. Ello solo sucede en aquellos supuestos en los que se debe reseñar en el momento de adquisición de cualquier inmueble por cónyuges en cuyo matrimonio concurra elemento internacional cual es su régimen económico matrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 51.8.b) y 92¹¹ RH.

⁸ Excede del ámbito de este trabajo, como se apuntó anteriormente, el análisis de si el notario, en las declaraciones de herederos abintestato, actúa como tribunal o como autoridad, pues el Reglamento acoge las dos posibilidades. Puede verse en este sentido la interesante STJUE de 16 de julio de 2020 (C 80/19), en ella se acotan los conceptos de tribunal y autoridad y se hace un análisis de la competencia judicial internacional, la cuestión viene referida al Derecho y actuaciones notariales lituanas que, en el caso del que se ocupa, sin embargo, no parecen tener una naturaleza equivalente a la función del notario español al autorizar las declaraciones de herederos intestados.

⁹ Llama la atención, sin embargo, que no es infrecuente que muchos operadores jurídicos desconozcan, en la práctica, que se debe realizar, en los dos ámbitos citados (separación y divorcio y sucesiones) ese doble control de competencia. Ello hace plantearse si se estudia y conoce suficientemente la normativa producida por la Unión Europea.

¹⁰ Así el RES establece (art. 4) el foro general de la residencia habitual que coincide con la ley supletoria aplicable a las sucesiones, art. 21; pero puede que, caso de *professio iuris*, la autoridad competente para tramitar la sucesión aplique un Derecho extranjero, por no haberse realizado la correspondiente elección de foro (art. 7 RES). Ejemplos parecidos existen en los Reglamentos EPUR y REM.

¹¹ Puede verse, en este sentido, el interesante trabajo de la Profesora DIAGO DIAGO, M.^a P., «La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: Dificultades en la determinación del ré-

Frente al supuesto anterior, citado como ejemplo, normalmente tanto si se actúa planificando una relación patrimonial como si se ha de resolver sobre el régimen de disposición de un inmueble, interesará tanto determinar el Derecho material aplicable como conocer su contenido concreto. En los primeros supuestos al interesado le preocupa conocer el contenido de la norma que regirá sus relaciones patrimoniales en el futuro. En el segundo caso, al transmitente, adquirente y, especialmente, al propio notario interesará conocer el contenido del Derecho material aplicable, pues para este último generará responsabilidad una transmisión autorizada sin ajustarse a las reglas de disposición de tal ordenamiento.

Es tópica la cita de los supuestos que se surgen en el marco del RES¹². Tanto si se planifica una sucesión futura como si se conoce la herencia causada, el conocer el Derecho material extranjero es imprescindible. El notario, en su labor de asesoramiento, al disponente, futuro causante, deberá informar sobre su contenido, pues se pretende un efecto práctico. Obsérvese que limitarse a elegir una determinada normativa sin conocer su contenido es una defectuosa aplicación del espíritu del RES¹³, basado, precisamente en la planificación sucesoria y su inmutabilidad¹⁴.

En el ámbito de las sucesiones internacionales, además, abierta la sucesión se plantean dos posibles escenarios. Puede que la labor del notario se limite a autorizar una escritura de aceptación y partición de herencia, para lo cual será imprescindible comprobar si el título sucesorio, testamento, por ejemplo, se ajusta al Derecho material aplicable. Sin embargo, puede que, también, tenga que autorizar un Certificado Sucesorio Europeo, en tales casos deberá volcar en el certificado¹⁵ la ley aplicable a la sucesión, pero no solo

gimen económico matrimonial legal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, diciembre de 2018, núm. 16, pp. 5 y ss., visto el 4 de diciembre de 2019 (<http://www.reei.org/index.php/revista/num36/articulos/prueba-nacionalidad-espanola-vecindad-civil-dificultades-determinacion-regimen-economico-matrimonial-legal>), en el que se critica el modo de operar en las notarías y las resoluciones recaídas al respecto; sin embargo, en honor a la verdad, con la legislación actual en la mano, la práctica es bastante compleja al no haberse abordado la correspondiente reforma de nuestra legislación hipotecaria y puesto en aplicación la anecdótica Ley del Registro Civil de 2011, cuyos reiterados aplazamientos manifiestan la ineficiencia de nuestros órganos legislativos. Puede verse, en este sentido mi opinión, RIPOLL SOLER, A., «Malos legisladores, malas leyes: El Registro Civil Fantasma», en RIPOLL SOLER, A. (ed.), *El Blog del Notario*, visto el 1 de noviembre de 2020, en <https://pildoraslegales.com/2014/06/10/el-registro-civil-incumplimientos-legales/>.

¹² Los problemas que se relatan respecto al Reglamento de Sucesiones, sin embargo, colindan y se repiten con los que presentan los Reglamentos REM y EPUR.

¹³ Es algo que he criticado en numerosas ocasiones; véase, en este sentido, RIPOLL SOLER, A., «¿La Unión Europea...», *op. cit.*, p. 164; «La ley aplicable la carga el diablo», en RIPOLL SOLER, A. (ed.), *El Blog del Notario*, visto el 1 de noviembre de 2020, <https://pildoraslegales.com/2019/04/03/la-ley-aplicable-la-carga-el-diablo/>; o, *id.*, «La *professio iuris* automática», en RIPOLL SOLER, A. (ed.), *El Blog del Notario*, visto el 1 de noviembre de 2020, <https://pildoraslegales.com/2017/01/28/la-professio-iuris-automatica/>.

¹⁴ Véase, en este sentido, RIPOLL SOLER, A., «Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: La *professio iuris*», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, Estudios, abril-junio de 2016, núm. 2, pp. 23-64, disponible el 30 de mayo de 2018 en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, con Fe de erratas, vol. IV, 2019, núm. 2, pp. 283-292, disponible el 22 de enero de 2020 en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/433>.

¹⁵ Anexo V, Formulario 5, R(UE) 1329/2014, véase numeral 8 del certificado.

esta, también deberán reflejarse las limitaciones dispositivas y configuración jurídica de la posición de herederos y legatarios y régimen de ejercicio de facultades por los ejecutores sucesorios¹⁶.

En el quehacer notarial aparecen implicados todos los ámbitos del Derecho privado, y, por consiguiente, del Derecho internacional privado. Más allá de los supuestos que se relacionan, es frecuente, a título ejemplificativo, plantearse cuestiones sobre legitimación para disponer bienes de menores de edad, personas sujetas a protección, por razón de su capacidad, ejercicio de poderes de representación o, incluso, determinación de las facultades del representante de una persona jurídica. En todos estos supuestos se hace imprescindible conocer el Derecho material extranjero aplicable¹⁷.

3. TERCER SECTOR: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El trabajo notarial conlleva la recepción de distintos documentos que pueden haber sido emitidos por un tribunal o autoridad extranjero. Es cierto que los modernos Reglamentos UE, con los formularios que se establecen, facilitan mucho la intelección del contenido de dichos documentos. Pero, en ocasiones, tales formularios aparecen defectuosamente cumplimentados. Tampoco es infrecuente el supuesto en que dichos documentos, pese al reconocimiento incidental que procede en sede notarial, deban ser contextualizados en un concreto ordenamiento jurídico extranjero. Todo ello obliga, una vez más, traer a colación la necesidad de conocer y probar el Derecho extranjero.

Formalmente, además, nos encontramos con la tendencia a dispensar de legalización o apostilla a determinados documentos, no solo como consecuencia del Convenio de La Haya de 1961, también, al socaire de la labor institucional del Derecho de la Unión Europea, bien por las normas que sectorialmente se introducen en algunos reglamentos dispensando de legalización o apostilla¹⁸, bien para todo una tipología de documentos públicos, como sucede con el Reglamento (UE) 2016/1191¹⁹.

La dispensa de legalización o apostilla, aunque agilice el tráfico, en la práctica hará al notario receptor plantearse la autenticidad del documento y, consiguientemente, conocer cuestiones de forma y fondo de la legislación del Estado de procedencia del documento.

¹⁶ Véanse los diferentes anexos al Formulario V de expedición del CSE.

¹⁷ Pueden verse casos y ejemplos de cada uno de los supuestos relatados en RIPOLL SOLER, A., «¿La Unión Europea...», *op. cit.*

¹⁸ Véanse, *ad. ex*, arts. 74 RES, 61 REM, o 61 EPUR.

¹⁹ Puede verse sobre este tema el más que interesante y útil trabajo de DIAGO DIAGO, M.^a P., «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2019, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, Capítulo segundo, pp. 145-339, tanto respecto del citado Reglamento como en relación a la apostilla y legalización en general.

4. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Como ha quedado expuesto, la presencia de normas de Derecho material extranjero para ser aplicadas en los despachos notariales, hace necesario conocer y probar el mismo.

En el ámbito de su competencia debería resultar aplicable el mecanismo previsto en la LCJI, arts. 34-36, para obtener la información del Derecho extranjero; en la práctica, la inmediatez demandada al servicio notarial desaconseja acudir a esos expedientes. Por ello cada notario, en función de su campo de trabajo, procura formarse y recabar los materiales necesarios para el ejercicio cotidiano en función del perfil de usuarios de su despacho. El propio sistema confía en el conocimiento directo por parte del propio notario²⁰, lo cual no deja de ser demasiado ambicioso.

No puede dejar de citarse el empleo de las fichas de *e-justice*, que constituyen un buen punto de partida para seguir investigando sobre el contenido del Derecho aplicable al caso concreto; aunque no exoneran de una labor de investigación que, en ocasiones, resulta compleja, especialmente si no se conocen los idiomas de origen de la norma.

Para colmar esas lagunas de conocimiento, es habitual la cooperación recíproca entre distintos notariados. Se consigue de dos maneras, el contacto directo, propiciado por la globalización. Los usos de la *praxis* generan un flujo de ayuda mutua que, al margen del sistema, funciona bastante bien. La otra, se encuentra en expansión en el ámbito de la Unión Europea, me refiero a la plataforma notarial EUFIDES que impulsa esa red de colaboración, implementando nuevos servicios que faciliten la generación y circulación de documentos con elemento internacional.

²⁰ Art. 36 RH.