

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: RÉGIMEN LEGAL DE PODERES PARA SER UTILIZADOS EN EL EXTRANJERO

RESUMEN: En el siguiente informe se aborda el tema del régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero. Dicha figura se encuentra regulada en el ámbito interamericano por una Convención. De esta forma, se hace primeramente un breve análisis doctrinal sobre la recepción de documentos notariales en el exterior, para pasar luego a citar algunos artículos de la normativa nacional relacionados con la temática, junto con un par de criterios de la Dirección Nacional de Notariado, relacionados con la temática en estudio.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Recepción del Documento Notarial Extranjero... ..	2
b. Eficacia Internacional del Poder de Representación.....	9
2. Normativa.....	11
a. Código Civil.....	11
b. Código Procesal Civil.....	11
3. Jurisprudencia.....	11
a. Mandatos Otorgados en el Extranjero.....	11
b. Sustitución de Poderes Otorgados en el Extranjero.....	12

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Recepción del Documento Notarial Extranjero en Paraguay

[DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena]¹

“Para hablar de la recepción del documento notarial extranjero en el Paraguay, tenemos que realizar una distinción entre la forma exigida como requisito de eficacia (ad probationem) y la forma exigida como requisito constitutivo (ad solemnitatem).

Los efectos que el documento notarial produce en el Derecho Internacional son: procesales, de eficacia y legitimación; y registrales del documento notarial extranjero en el Paraguay.

Al analizar lo atinente a la forma exigida como requisito de eficacia del documento, debe ser considerado el valor probatorio del mismo, por el que se trata de saber si el documento notarial extranjero se admite como tal o si necesita cumplir con una serie de condiciones, más o menos rígidas, para ser válido y eficaz en el Paraguay, en concordancia con los requisitos mínimos que se exigen a un documento notarial para producir efectos. Así llegamos a la conclusión de que el reconocimiento de un documento extranjero en el Paraguay y en la mayoría de las legislaciones, no es libre, sino que necesita del cumplimiento de unas condiciones para ser válido, en unos casos (ad solemnitatem) y eficaz, en otros (ad probationem). Partiendo de la praxis de las leyes paraguayas, el principio básico es que cuando mayores sean los efectos buscados, mayores serán los requisitos exigidos.

En 1975, con la realización en Panamá, de la Primera Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero (CIDIP I), se emitió el siguiente postulado: “Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley”(art. 2º)1. Otros artículos de esta Convención se refieren, de manera expresa, a los requisitos de legalización del poder para ser utilizado en el extranjero, cuando así lo requiera la legislación del lugar de su ejercicio y de traducción al idioma oficial del Estado de su ejercicio.

La forma ad probationem no se refiere a una mera cuestión de prueba o de utilidad, sino a un requisito para la eficacia frente

a terceros del negocio válidamente constituido.

Como los documentos públicos no sólo se presentan para su prueba en los juicios, sino que también, extrajudicialmente, no está demás diferenciar entre el valor probatorio en juicio y fuera de él.

Creemos con Pérez Holanda Fernández² que los requisitos de eficacia exigidos a los documentos, que hacen a su valor probatorio -el autor los aplica a la legislación española, pero no obstante, pueden considerarse igualmente válidos para las demás legislaciones- pueden enumerarse de la siguiente manera:

a) Que el asunto o materia sea lícito y permitido en España. En el ámbito americano, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, en 1979 y a la cual se adhirieron Estados como Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Rca. Dominicana, Uruguay y Venezuela, dispone, en su art. 7º, que: "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público"³.

b) Que los otorgantes tengan aptitud legal y capacidad legal para obligarse, conforme a las leyes de su país. A escala americana, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940, consagra como ley personal, la ley del domicilio de las personas físicas y, por esta ley se rigen su existencia, estado y capacidad⁴.

c) Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades, establecidas en el país donde se hayan verificado los actos y contratos. Este requisito contiene una condición de autenticidad de carácter extrínseco que está consagrada por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en su art. 36. Por su parte, el art. 37 del mismo Tratado, establece: "La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; y g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea".

d) Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. Este requisito hace alusión a una condición de autenticidad extrínseca vista desde el país de recepción del documento. La legalización es una mera cuestión de hecho, que no afecta a la validez esencial del documento extranjero, sino sólo a la producción de efectos en

el país de recepción; supone una garantía que fija la autoridad del país del que emana el documento, estableciendo la regularidad de aquél y la legítima procedencia del mismo. Hoy en día, la tendencia es la liberalización de este trámite, a través de su sustitución por la apostilla, que tiene una tramitación mucho más sencilla y cómoda a la hora de probar la autenticidad del documento. Esta legalización simplificada fue introducida por el Convenio de La Haya, el 5 de octubre de 1961. Más allá de este Convenio, se pretende la supresión de cualquier tipo de legalización, incluida la apostilla, a través de la cooperación internacional bilateral o multilateral. Paradigmas de esta idea es el Convenio del 5 de mayo de 1987, sobre supresión de legalización y apostilla para determinados documentos entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, del Valle de Las Leñas (Argentina), suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay (MERCOSUR)⁵. El Protocolo de Las Leñas dispone, en su art. 25: "Los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos". La novedad introducida por el Protocolo de Las Leñas es que suprime todo requisito de legalización, apostilla u otra formalidad análoga para los documentos que deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte, cuando emanen de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de los Estados Parte, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, fecha y veracidad de la firma o la conformidad con el original.

En este punto, merece la pena destacar la Ley Paraguaya N° 1294 del 6 de agosto de 1998, de Marcas, por lo siguiente: esta Ley introduce una nueva figura, la de los Agentes de la Propiedad Industrial. La ley reconoce la profesión de Agente de la Propiedad Industrial para las gestiones relativas a la competencia de la Dirección de la Propiedad Industrial. Para ejercer esta profesión, se requiere contar con título de abogado y realizar la inscripción en la Matrícula de Agente de la Dirección de la Propiedad Industrial. La profesión en sí, no revestiría especial interés en este estudio, si no fuera por lo dispuesto por el art. 115 de la mencionada ley: "El testimonio de poder para actuar en la instancia administrativa en asuntos de competencia de la Propiedad Industrial, independientemente del lugar de su otorgamiento, deberá inscribirse necesariamente en el registro que, para el efecto, habilitará la Dirección de la Propiedad Industrial. La legalización consular de los poderes otorgados en el extranjero a los Agentes para actuaciones ante la Dirección de la Propiedad

Industrial, no será necesaria, bastando la sola certificación notarial”.

Por su parte, el art. 116, establece: “El poder otorgado por carta, telegrama, fax, telex o correo electrónico, a un Agente de la Propiedad Industrial, le habilita para actuar de acuerdo con su mandato, siempre que el testimonio del poder sea presentado dentro de los sesenta días hábiles”.

Por primera vez y para un determinado caso en particular, una ley nacional suprime totalmente los trámites de legalización de documentos extranjeros para que éstos tengan plena vigencia en el territorio de la República.

e) Los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. Este postulado plantea diversas interpretaciones posibles. La primera, sería entenderla como una mera reiteración de las condiciones de autenticidad extrínsecas del documento - legalización y traducción-; la segunda, más próxima a las posiciones notariales radicales, sostiene que esta expresión engloba no sólo la legalización y traducción, sino también la obligación de cumplir las formalidades exigidas por la ley española. Por último, una tercera interpretación advierte en este párrafo la posibilidad de aplicar la teoría de la equivalencia de formas a los documentos con forma no solemne (ad probationem). Con el criterio del autor, sólo serían eficaces en España, aquellos instrumentos que, aparte de la legalización y traducción, cumplan las formas del lugar de celebración y, además, éstas resulten equivalentes a las que impone la legislación española.

La respuesta a todas las posibles interpretaciones de estos requisitos de autenticidad, depende del efecto que el instrumento pretenda tener en un país.

Del análisis atinente a la forma exigida en los documentos como requisito de su eficacia, surge también el valor ejecutivo del documento. El primer problema que se manifiesta al analizar la fuerza ejecutiva de un documento notarial extranjero es la laguna existente en esta materia dentro de la normativa del Estado donde se pretenden ejercer sus efectos.

Dentro del régimen convencional se suelen exigir como requisitos la prueba de autenticidad y ejecutividad del documento, conforme a la ley de origen y la no contrariedad con el orden público del foro de las disposiciones cuya ejecución se solicita. En las condiciones de validez, tanto subjetivas como objetivas, se suprime la mención a los requisitos de carácter subjetivo, lo cual es positivo, ya que el control de estas condiciones resulta excesivo tanto para los efectos probatorios como para los ejecutivos. Sólo se conserva como elemento común a todos los

Tratados de los que el Paraguay es parte, la mención a la cláusula de orden público.

El Código Procesal Civil Paraguayo, regula en sus arts. 532 al 537, lo concerniente a la ejecución y eficacia de sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros.

Cuando no hubiere Tratado suscrito por la República, las sentencias extranjeras serán ejecutables si reúnen los requisitos establecidos en los siete incisos del art. 532 del Código Procesal Civil Paraguayo, a saber: 1) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, emane de tribunal competente en el orden internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero; 2) que no se halle pendiente ante un tribunal paraguayo una litis por el mismo objeto y entre las misas partes; 3) que la parte condenada, domiciliada en la República, hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se sustanció el proceso; 4) que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida según nuestras leyes; 5) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público interno; 6) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; y 7) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo. El régimen existente en caso de no existir Tratado, oscila entre aplicar este artículo, equiparando documento público y sentencias judiciales, o bien, no seguir este criterio, obviando el complicado trámite del exequatur, previsto por el art. 534 del Código Procesal Civil Paraguayo. La solución recaería en la exigencia del cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa convencional internacional.

El fundamento que encuentra Casco Pagano al establecimiento de estos requisitos es que los Estados, fundados en razones de reciprocidad, seguridad jurídica y fomento de las relaciones internacionales, reconocen la validez de las sentencias dictadas en un país extranjero y permiten, reunidas ciertas condiciones, su ejecución dentro de su territorio⁶.

El Paraguay tiene suscritos otros instrumentos internacionales, relacionados con este tema; así, por ejemplo, el Tratado de Derecho Procesal Civil de Montevideo, de 1888; el Tratado de Derecho Procesal Civil de Montevideo, de 1940; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo, de 1979; la

Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de La Paz, 1984, entre otras.

El último análisis a realizarse, con relación a la forma exigida como requisito de eficacia del documento, es el que se refiere a su valor registral. Cuando nos referimos a la fuerza registral de un documento notarial extranjero, nos centramos en la Dirección General de los Registros Públicos que, en el Paraguay, depende de la Corte Suprema de Justicia.

La Ley N° 879/81, Código de Organización Judicial de la República del Paraguay, contiene disposiciones referentes a instrumentos otorgados en el extranjero y los requisitos para proceder a su inscripción en las Secciones correspondientes de la Dirección General de los Registros Públicos; el art. 349, dispone: "En el Registro de Poderes se inscribirán los mandatos que se otorguen en el país, o en el extranjero debidamente legalizados, referentes a la administración de bienes, transacciones, percepción de sumas de dinero y celebración de contratos sobre derechos reales y las revocaciones, sustituciones, ampliaciones, limitaciones, suspensiones y renuncia de los mismos".

El Código Civil Paraguayo, establece, en su art. 2372: "Las hipotecas convencionales constituidas en el extranjero, sobre inmuebles situados en la República, serán inscriptas en el Registro Público correspondiente, una vez que sean protocolizados los instrumentos. Si fueren varios los inmuebles, bastará una sola protocolización. No se registrará la hipoteca que no reúna las condiciones exigidas por este Código".

Sin embargo, es más general, la norma de conflicto contenida en el art. 24 del Código Civil Paraguayo: "Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos siempre que consten en instrumentos públicos debidamente legalizados y sólo producirán efectos una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el Registro Público"; este artículo concuerda con el art. 18 del mismo cuerpo legal: "El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos".

No queda sino hacer referencia a la forma exigida como requisito constitutivo (ad solemnitatem).

Las formas solemnes son aquéllas que forman parte de la estructura esencial del acto jurídico, de su núcleo mismo, concurriendo en la

fase de formación del contrato y no en la de su posterior eficacia frente a terceros; el propio Código Civil Paraguayo, en su art. 673, se refiere a los elementos esenciales del contrato: consentimiento; objeto y forma (cuando fuere prescrita por la ley, bajo pena de nulidad).

La primera cuestión a destacar es observar qué ocurre cuando la ley paraguaya exige una forma con carácter constitutivo y el acto ha sido realizado ante Notario extranjero. El problema no es más que una especificación de la discusión general en torno al Principio Locus regit actum. Los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, de 1889 y de 1940, dieron carta de naturaleza a la regla locus regit actum o, más propiamente, auctor regit actum.

Estas disposiciones fueron recogidas en los ordenamientos de los países suscriptores de los Tratados y así, en la República del Paraguay, tenemos la siguiente disposición, en el art. 23 del Código Civil: "La forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código".

Sabido es que la forma de los contratos será juzgada, entre presentes, por las leyes o costumbres del lugar en que hubieren sido concluidos y, entre ausentes, cuando constaren en instrumentos privados suscritos por alguna de las partes, por las leyes del lugar en que haya sido firmado, sin embargo, si el acuerdo resultó de correspondencia, de la intervención de agentes o de instrumentos firmados en distintos lugares, se aplicarán las leyes más favorables a la validez del acto.

Podría llegarse al caso de presentarse una controversia con relación a la disposición del art. 14 del Código Civil Paraguayo, que se refiere a que el objeto del acto jurídico que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda tener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código. Esta norma parece establecer una cláusula de salvaguardia en favor de la ley paraguaya, cuando ésta sea la reguladora del contenido de la relación jurídica y el documento se hubiera otorgado en un país extranjero.

Dicha cláusula permite a la ley paraguaya imponer su propia forma para el acto. En este punto, la exégesis es fundamental, ya que si consideramos que se está refiriendo a la ley paraguaya, estamos convirtiendo en cláusula de excepción a la regla locus, significando que en los casos en que la ley paraguaya fija una forma con carácter constitutivo, la lex loci no entraría en funcionamiento, aplicándose directamente la ley paraguaya, como si de una ley imperativa se tratase. Si, por el contrario, creemos

que lo que debe respetarse no es tanto la formalidad impuesta por la ley del contenido cuanto el interés de fondo que se protege, llegaremos a la conclusión de que no es necesario cumplir exactamente la ley paraguaya, sino las formalidades equivalentes y convertiríamos la cláusula de excepción en una norma de complemento de la regla locus. No obstante, puede ocurrir que la ley extranjera llene o no estas formas equivalentes a las paraguayas. El primer caso no plantea problema alguno, mientras que el segundo, plantea la cuestión de si será o no admisible el documento en el Paraguay.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, en 1979, durante el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, contempló, en su art. 3º la posibilidad de que en un Estado, requerido, no existan las instituciones o los procedimientos esenciales para la aplicación de la ley, mientras que en otro Estado, el requirente, sí existan. Esta Convención, legisla el asunto de la siguiente manera: "Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos".

En último caso, es tarea de las autoridades competentes del Estado receptor, determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas (art. 6º, in fine de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado)."

b. Eficacia Internacional del Poder de Representación

[ETEL RAPALLINI, LILIANA]²

"A diario se requiere de la sustitución de una persona por otra para llevar a cabo un negocio o acto jurídico determinado. En el tránsito internacional ésta situación no es sólo frecuente sino, en las mas de las veces, de imperiosa necesidad de allí la importancia de su tratamiento.

Toda relación jurídica internacional se perfila en función de observar la distribución de sus elementos contundentes, de manera que un poder de representación es internacional toda vez que difiere el país o Estado donde se otorga de aquel donde se vaya a ejercer. Esto conduce a un fraccionamiento de ley aplicable a los diferentes aspectos que componen el apoderamiento que permita determinar su eficacia.

Desde ya, como todo documento extranjero deberán cumplimentarse determinados requisitos que hacen a su circulabilidad

internacional como el estar debidamente legalizado, autenticado y traducido, en caso de ser necesario, por traductor público matriculado.

Empero, no es a éstos extremos a los que he de referirme sino a aquellos de carácter sustancial que permitan hacer debido y fructífero uso del apoderamiento. Si nos atenemos a la forma en la que deberá volcarse y a las formalidades que deberán revestir al acto debemos entonces recurrir a los principios generales que rigen la forma de los actos jurídicos en el derecho internacional privado. El primer aspecto conduce a la llamada "forma impuesta" y es así como dependerá de la especie de acto jurídico a la cual se aplique el poder la calidad de instrumento en la que se vuelque; si ese poder otorgado en el extranjero se empleará en la compra de un bien inmueble sito en la República Argentina pues deberá formalizarse en escritura pública (véase art. 10 del Código Civil); sin embargo las formalidades que rodean al instrumento quedarán comprendidas en la ley del Estado donde se otorgue el poder. Debemos asociar la idea de ser la ley que rige al acto jurídico al cual se aplique el apoderamiento, la que determina la forma impuesta. El parámetro de contención lo concede el país de ejercicio siendo también el que define su especie, general o especial, al igual que el objeto del mismo.

No obstante, dentro de la aludida distribución, habrá materias como la capacidad del otorgante que continuará regida por la ley que naturalmente sigue a la persona teniendo en consideración que la misma debe ser la admitida por la ley del Estado donde el poder se otorga como por la de donde se ejerza; el otorgante debe ser capaz de participar de la calidad de instrumento de la que se trate tanto para su ley personal como para la del otorgamiento y sobre todo para ésta última y de igual modo deberá ser capaz para el acto jurídico al cual se aplique pues, en suma, es el poderdante el titular del derecho al que pretende acceder.

Nuestro Código Civil no regula la internacionalidad del poder de representación, se limita a determinar su eficacia en el país lo cual ya nos da las pautas de su valía; como fuente convencional internacional estamos comprendidos en la Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero a través de ley 22.250, valiosa fuente que recepta los principios vistos.

La conclusión sugiere que el poder de representación es, en su naturaleza, un acto jurídico unilateral por lo tanto no es un contrato. Que en su aspecto internacional, el apoderamiento lleva su propia ley rectora condicionada por el acto jurídico al cual se aplique y que el principio de equivalencia formal es el que prevalece."

2. Normativa

a. Código Civil³

Artículo 28.-

En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que deba tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre.

Para los casos en que las leyes de Costa Rica exigieren instrumento público, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país donde se hubieren otorgado.

b. Código Procesal Civil⁴

Artículo 374.- Documentos otorgados en el extranjero.

Los documentos públicos otorgados en el extranjero se equiparán a los públicos del país, si reúnen los siguientes requisitos:

- 1) Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y las solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos y los contratos.
- 2) Que la firma del funcionario expedidor esté debidamente autenticada.

3. Jurisprudencia

a. Mandatos Otorgados en el Extranjero

[DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO]⁵

"Respecto a mandatos otorgados en el extranjero, por una parte debe tenerse presente lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, suscrita por los Gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A) y además, no debe perderse de vista lo preceptuado por el artículo 28 del Código Civil, el cual es claro al señalar que: "En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto

jurídico que deba tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre. Para los casos en que las leyes de Costa Rica exigieren instrumento público, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de ésta en el país donde se hubieren otorgado." (la negrita no es del original). Lo indicado en el último párrafo el numeral citado guarda estrecha relación con lo señalado por la referida Convención en su artículo 2, en el cual se establece que las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que van a ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse; sin embargo expresamente señala que si la ley de este último, es decir del país donde se va hacer valer, exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley. Por su parte, el numeral 374 del Código Procesal Civil, establece los requisitos que debe contener un documento otorgado en el extranjero para que tenga efectos en nuestro país, indicando: 1) Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y las solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos y los contratos. 2) Que la firma del funcionario expedidor esté debidamente autenticada. Nótese como de la relación de las normas citadas, se lleva a concluir que, si un poder es otorgado por un país signatario de una Convención o un Tratado, como por ejemplo la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, se aplicará lo dispuesto en éstos, caso contrario, se exigirá como requisito de forma que el mismo sea otorgado ante notario público y el respectivo trámite de legalización."

b. Sustitución de Poderes Otorgados en el Extranjero

[DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO]⁶

"A partir de la reforma establecida por el Código Notarial, los poderes especiales para efectos registrales deben otorgarse en escritura pública; con ello, la SUSTITUCIÓN también tiene que cumplir con ese requisito.

La sustitución no puede ser el mecanismo notarial para convertir en escritura pública un documento privado otorgado en el extranjero, -en el caso que nos ocupa un poder especial privado.- Porque la sustitución no tiene el carácter de una fecha cierta, y de todas formas, tampoco la fecha cierta permite darle al documento privado los efectos del instrumento público.-

Antes de la reforma, el poder especial original otorgado en un documento privado se sustituía mediante otro documento privado,

lo cual continúa vigente para los poderes especiales que no tengan efectos registrales.

En la actualidad con la reforma notarial al artículo 1256 del Código Civil, el original del poder especial consta en el protocolo del notario que lo otorgó, -sea éste un notario nacional o bien, un notario extranjero con los requisitos consulares, labor que puede realizar el cónsul respectivo.

Los cónsules tienen la obligación de otorgar tanto los poderes especiales y sus respectivas sustituciones, eso sí, cuando el poder especial original consta en escritura pública. Así las cosas, el requerimiento para que el poder especial quede en poder del notario, resulta improcedente porque ese requisito puede ser suplido con la reproducción de la matriz, sea la expedición de un testimonio o eventualmente una certificación notarial del mismo, dejándose consignada la constancia en la sustitución que ha quedado la copia certificada, o el testimonio respectivo, situación que puede ser suplida además, con una certificación del mismo, de lo cual se deja constancia notarial y se incorpora el documento en el archivo de referencias.-

REQUISITOS DEL PODER ESPECIAL:

El artículo 1256 establece las facultades que comprende el poder especial, se refiere a que esta modalidad corresponde a un determinado acto jurídico judicial y extrajudicial, facultando al mandatario solo para los actos específicamente establecidos en el mandato, sin que este pueda extenderse ni siquiera, a los que se consideren consecuencia natural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar; esto es así ya que el mandatario no puede realizar más actos de los que expresamente se encuentran facultados en el poder.

Este tipo de mandato o poder especial para cumplir trámites registrales debe otorgarse en escritura pública pero no requiere inscripción. Al respecto, en Consulta 09-2004, que es resolución número 2004-576 de las 15: 45 horas del dieciséis de abril del 2004 de esta Dirección, se dispuso lo siguiente:

"(...) La promulgación del Código Notarial genera una serie de reformas en distintos cuerpos normativos, una de ellas la constituye la introducida en el artículo 1256 del Código Civil, mediante la cual se impuso como requisito de forma para el poder especial otorgado para un acto o contrato con efectos registrales, la realización del mismo debe ser en escritura pública, sin contemplar esta norma excepción alguna(...)"

La misma resolución de esta Dirección Nacional antes citada, establece que con respecto a los poderes otorgados en el extranjero, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por la Convención

Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, suscrita por los Gobiernos de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos; en este sentido, los poderes especiales otorgados en el extranjero deben de cumplir con ciertas formalidades, tales como someterse a la legislación costarricense o de la parte donde el contrato se ejecute o celebre, esto de conformidad con el artículo 28 del Código Civil, en relación con el artículo 2 de la Convención mencionada.

Lo anterior no riñe con lo que al respecto trata el Convenio de París, sobre el tema del trato nacional a los nacionales de los países de la Unión:

"... 3) Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como la elección de domicilio o a la constitución de un mandatario, que sean exigidas por las leyes de propiedad industrial. (ver Disposiciones del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967) mencionadas en el Acuerdo sobre los ADPIC. Artículo 2, en Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio (1995), publicación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra 1996, pág. 89-90)

Además, en este tipo de poderes la firma del funcionario que expide el documento, debe estar autenticada; y posteriormente, pasar por el trámite de consularización para que el documento pueda tener efectos en Costa Rica.

Por lo anterior, se concluye que todo poder para efectos registrales debe otorgarse en escritura pública y por ende su sustitución también; y la sustitución debe serlo de un poder que fue otorgado en escritura pública; entendiéndose que quien comparece para sustituir el poder es el MANDATARIO con facultades para sustituirlo en otra persona, -no a favor de sí mismo- y tiene a su favor el mandato en escritura pública.- Convertir un poder especial privado en documento público a través del mecanismo de la sustitución no es un efecto que contemple la normativa.- En ese sentido, la negativa de los cónsules de realizar este tipo de sustituciones es procedente. En ese sentido, es importante ampliar los lineamientos para que el NOTARIO PÚBLICO o EL NOTARIO CONSULAR, solamente puedan otorgar poderes especiales en escritura pública y sustituir poderes que se encuentren otorgados en escritura pública ante un NOTARIO EXTRANJERO; UN NOTARIO NACIONAL O EL CÓNSUL RESPECTIVO. A sabiendas, que si tales actos se realizan en el extranjero deben cumplir el trámite de autenticación y consularización, cuando la ley así lo requiera.-

Siendo entonces, una exigencia legal la escritura pública en tales casos, no es necesario que el Notario haga constar que conserva el poder original, esto porque como se ha dicho, existe medios que permiten suplir el requisito.-

Ahora bien, referente a la identificación de las partes, es deber ineludible del notario identificarlas, y cumplir con las formalidades que impone la normativa especial.

Tratándose de un aspecto de intermediación del notario con las partes, esa labor compete en forma exclusiva al fedatario (ver artículo 83, 84 85, del Código Notarial).- No obstante, en el ámbito de la calificación registral, es preciso que el registrador constate que efectivamente se ha cumplido con tales requisitos de verificación en sede notarial.- Por cuanto, en el Registro solo se deben inscribir documentos que cumplan con marco de legalidad previamente establecido en el ordenamiento jurídico. Decir lo contrario, es permitir que una persona que no ha sido debidamente identificada por el notario, pueda otorgar actos de disposición o solicitar trámites a nombre de su poderdante, sin tener facultades suficientes o estar debidamente facultado para ello.- La identificación también tiene sus formas y requisitos específicos, y va a depender si se trata de representaciones o si intervienen extranjeros.-

Es obligación del notario, verificar la vigencia de las personerías y también otorgar el documento en idioma español aunque intervengan extranjeros debiendo cuidar los aspectos de la traducción conforme los requerimientos que contempla el Código Notarial.-

La principal duda, de la Directora del Registro de Propiedad Industrial, radica en lo siguiente:

a) "... En el caso de las escrituras públicas en que se sustituye un poder especial extranjero: ¿ Existe alguna posibilidad legal de adecuar la exigencia de la dación de fe sobre la vigencia de la personería, en consideración de las limitaciones territoriales? De exigirse sin exclusión alguna dicha dación de fe: ¿ Existiría algún roce de legalidad con el derecho internacional al impedirse en la práctica la sustitución de poderes en el extranjero, siendo que al no ser posible para el notario dar fe de la vigencia de la personería, no se podría realizar la sustitución dicha y entonces sería imposible dar eficacia al poder en el extranjero mediante la sustitución respectiva?

Es menester reiterar, que quien comparece en la sustitución del poder especial, es el mandatario debidamente autorizado en el poder especial por el mandante "que puede ser una persona física o jurídica nacional o extranjera".- El poder especial debe constar

en escritura pública y consecuentemente la sustitución también.- Entonces, es responsabilidad del Notario verificar que el poderdante original o mandante, -sea persona física o jurídica nacional o extranjera- tenga capacidad jurídica para actuar; así, cómo que el mandatario tengan facultades de sustitución del poder.-

Al respecto, sería nula la sustitución si el mandatario sustituyó el poder estando fenecida la sociedad, por cuanto, el poder original se extingue con la persona.- Otro caso, sería que el mandatario sustituya el poder y su mandante haya fallecido, porque en ese caso, la facultad se agotan con la muerte del mandante.- Es por tal motivo, que el poder especial no es el instrumento público para autorizar traspasos de bienes muebles o inmuebles, porque tal actuación no tiene el efecto de transmitir la propiedad de los bienes.-

El notario al sustituir un poder especial, para la función que deba cumplir debe verificar: 1-) El poder para establecer sus alcances, 2-) Identificación del mandatario, 3-) Que el mandante exista y tenga capacidad jurídica.- (ver artículos 39, 84 y 90 del Código Notarial.)

En el documento de sustitución, quien comparece es el mandatario sustituyendo su poder en la persona que pudo estar o no determinada por el mandante al otorgarse la escritura del poder especial original; de ahí que el Notario deba advertir al mandatario que sustituye el poder, que asume la responsabilidad por los actos que emprenda quien lo sustituye cuando el mandante no lo identificó previamente.

El artículo 1264 del Código Civil, establece que el mandatario podrá sustituir el cargo, si en el poder se le faculta expresamente para ello, y solo responderá de los actos del sustituto en caso de que el mandante no lo hubiera designado la persona en que hizo la sustitución del poder, y que el sustituto no fuere notoriamente incapaz o insolvente, la jurisprudencia de la Sala Primera ha indicado, como principios de la sustitución:

"...A) El apoderado tiene prohibición legal para sustituir su mandato. El otorgamiento es Intuitio Personae, pues en el contrato la potestad conferida para representar al mandante opera en función de lazos de amistad, confianza, afinidad o afecto entre el poderdante y el apoderado. Como las funciones del mandato se refieren tanto al ámbito patrimonial como personal la ley no autoriza al mandatario a sustituir, con su sola voluntad, el mandato conferido. B) La sustitución del mandato es posible solo si el poderdante lo autoriza expresamente en el poder. La intransferibilidad del mandato, como norma general, deriva de la ley, pues esta pondera la voluntad del mandante respecto de la del

mandatario o del mandato mismo. En consecuencia este otro principio se encuentra constituido por la idea de subordinar la intransmisibilidad al pacto en contrario, es decir, destacar el interés, como protección a aquel vínculo de confianza, del cual pueden derivar consecuencias patrimoniales o personales para él. Si la autorización para sustituir el mandato es abierto, es decir facultando al mandatario a designar el sustituto, o si por el contrario la voluntad del poderdante la vincula a un sustituto específico, ello tiene sus efectos jurídicos en el ámbito de la responsabilidad. ... (ver Voto 069, de las 15:00 horas del 03 de noviembre de 1993).-

Para admitir que un representante actué como tal, es necesario examinar su poder, las facultades conferidas y también, concretamente, el origen de dicho poder. Un poder otorgado por quien no es el poderdante, lo mismo que el otorgado por quien carece de atribuciones para otorgarlo, sustituirlo a nombre del poderdante original, son poderes nulos, ineficaces e inexistentes. Las actuaciones de tales representantes -carentes de poder- no vinculan al representado, ni permiten imputarle a él tales actuaciones.

El otorgamiento se refiere al poder conferido directamente por el poderdante, como por ejemplo, la persona física que designa un poder a otra como su representante con concretas facultades jurídicas.

El otorgamiento de un nuevo poder a otra persona implica la renovación del o los anteriores, a no ser que se diga expresamente lo contrario. La sustitución significa la transmisión de facultades del poderdante, hecha no por este sino por un representante o apoderado suyo. Se relaciona con facultades ajenas, del representado. La sustitución puede ser total de todas las atribuciones poseídas o parcial de solo algunas de ellas. Al sustituir su poder, el representante puede hacer reserva de sus facultades incluyendo la de revocar la sustitución. Es muy clara la norma del Código Civil que otorga carácter extraordinario a la facultad de sustituir poderes, es decir, que tal facultad solo puede ser otorgada en forma expresa y que no se encuentra implícita en el contenido normal u ordinario de ningún poder, independientemente de cual sea su alcance o amplitud.

Por ello, la sustitución de un poder otorgado en el extranjero solo puede ser de un poder especial en escritura pública.- En territorio nacional, quien comparece es el mandatario, y es suficiente que el poder especial indique expresamente la facultad de sustituirlo.- Cuando el mandante es una sociedad extranjera, es suficiente la presentación de los documentos consularizados presentados al notario público para que efectúe la sustitución y

de fe de la vigencia de la personería de la sociedad extranjera con base en los mismos, de los cuales deberá dejar testimonio o copia certificada notarial en su archivo de referencias.-

Tome en cuenta, esa autoridad administrativa que la certificaciones notariales de esos documentos tanto públicos como privados, para todos los efectos legales, tendrán el valor que las leyes conceden a las extendidas por los funcionarios de dichas dependencias, mientras no se compruebe, con certificación emanada por ellos, que carece de exactitud sin que sea necesario, en este caso, argüir falsedad.- (artículo 110 y 120 del Código Notarial).-

Es menester, indicar que sobre el tema de certificaciones notariales se ha dedicado el Capítulo VI de los Lineamientos Generales para la Prestación del Ejercicio Servicio Notarial, artículos 41 al 52, en donde se incluye los requisitos incluso para las certificaciones por medios electrónicos.

El notario hará la advertencia de ley, sobre la sustitución en personas no definidas previamente por el poderdante original en el poder especial, a fin de brindar una adecuada asesoría, lo cual es su deber de conformidad con el 34 inciso f del Código Notarial.-

Es función del Registro verificar previamente a la inscripción del documento, que el mismo cumpla con el marco de legalidad, lo cual implica requisitos de forma y fondo que establece la ley en forma interna y ratificado por los convenios internacionales, como competencia de cada nación.

Finalmente, la Directora del Registro de Propiedad Industrial, Licda Cohen solicita, se aclare lo siguiente:

"... ¿Es posible que se corrija o modifique un poder especial o su sustitución de conformidad con el artículo 119 del Código Notarial?. ¿Qué alcance tiene la frase: "razones notariales exigidas por las leyes y los reglamentos para efectos administrativos o de otro índole" contenida en el artículo ? ¿De que manera debe entenderse las relaciones de los artículos 97, 99 y 119 del Código Notarial ...".-

Las razones a que se refiere el artículo 119 del Código Notarial, son aquellas que proceden, SOLO cuando en el testimonio se consignan datos que no modifican la voluntad de las partes que hayan otorgado el instrumento y que el notario bajo su responsabilidad autoriza.-

Es decir, que son aquellas que específicamente permite la Ley y son de exclusiva responsabilidad del notario; para lo cual, debe dejar en su archivo de referencias o cualquier otra fuente objetiva de consulta, la información en la que se fundamenta la

razón notarial.- Estas razones del 119 del Código Notarial, se encuentran desarrolladas en el artículo 34 de los Lineamientos para la Prestación y Control del Ejercicio y Servicio Notarial, normativa modificada por resolución No 1973 de las 15:20 horas del 15 de noviembre del 2005, cuya redacción es:

“ Artículo 34.- Subsanación de errores u omisiones.- De conformidad con el Código Notarial, los errores en los testimonios de escritura se podrán corregir por medio de razones, siempre y cuando la corrección sea comprobable por medio del archivo de referencias o cualquier otra fuente objetiva de consulta utilizada a la hora de la confección del instrumento, y que no produzca una variación de las voluntades consentidas.- En todos los demás casos, la corrección de los errores en escrituras otorgadas por los notarios, deberá realizarse mediante escritura adicional según lo dispone el Código Notarial.-

Así las cosas, las razones notariales que puede hacer constar el notario en el testimonio; y de las cuales no es necesario dejar constancia en la matriz, son aquellas que consigna el Notario para cumplir requisitos de carácter administrativo y legal que no requiere la manifestación de voluntad de las partes, porque en tales casos, la razón notarial también debería estar consignada al margen de la matriz y con las firmas de quienes aprobaron el acto o contrato.- En el ámbito de la inscripción, calificación y trámites de documentos públicos las razones notariales no podrán suplir o llenar vacíos en cuanto a la manifestación de la voluntad de las partes.-

El menester indicar que de conformidad con el artículo 24 del Código Notarial, la presente consulta ha sido evacuada sin apartarse de los aspectos de forma y fondo que establece el Código Notarial. Consecuentemente, el Registro debe establecer sus propias directrices en el ámbito de su competencia.- En virtud de lo anterior, se dispone ampliar los lineamientos de esta Dirección, para aclarar que en aquellos casos donde la actuación notarial es para efectos registrales, los poderes especiales que se pretenden sustituir tienen que estar otorgados en escritura pública; con lo cual, no es procedente sustituir un poder especial otorgado sin el cumplimiento de las formalidades que contempla el artículo 1256 del Código Civil.- Ya que la sustitución del poder otorgado en documento privado no le otorga las condiciones de documento público.-”

FUENTES CITADAS:

- 1 DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena. La Circulación Internacional del Documento Notarial y sus Efectos como Título Legitimador en el Tráfico Jurídico. XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 30 de setiembre al 5 de octubre de 2001. Consultada el 30 de mayo de 2007. Disponible en: www.cep.org.py/trabajos/atenas.doc
- 2 ETEL RAPALLINI, LILIANA. Eficacia Internacional del Poder de Representación. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica de La Plata. Consultada el 30 de mayo de 2007. Disponible en: <http://www.ucalp.edu.ar/Presentaci%97n.pdf>
- 3 Ley Número 30. Costa Rica, 19 de abril 1886.
- 4 Ley Número 7130. Costa Rica, 21 de julio de 1989.
- 5 DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO. Resolución No. 576-2004, de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del dieciseis de abril de dos mil cuatro.
- 6 DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO. Oficio No. 175-2006, de las ocho horas del quince de agosto de dos mil seis.