

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**12349** *Resolución de 18 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Badajoz, por la que se deniega la inscripción de una escritura de apoderamiento.*

En el recurso interpuesto por don Alejandro Toscano Gallego, notario de Fregenal de la Sierra, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Badajoz, don Juan Enrique Pérez Martín, por la que se deniega la inscripción de una escritura de apoderamiento.

#### Hechos

##### I

Por el notario recurrente se autoriza, en fecha 29 de marzo de 2012, escritura pública en la que comparece don P. J. G. C. como administrador solidario de la compañía «Lonchiber, s.l.», y otorga poder general, con amplísimas facultades, a favor de don J. L. R. P. Según el Registro, dicho apoderado resulta ser, junto al anterior, administrador solidario de la sociedad.

##### II

Presentada la referida documentación en Registro Mercantil de Badajoz, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Badajoz Notificación de calificación don Juan Enrique Pérez Martín, Registrador Mercantil de Badajoz Merc., previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario/Asiento: 44/1215. F. Presentación: 30/03/2012. Entrada: 1/2012/2.491,0. Sociedad Lonchibers S.L. Autorizante: Toscano Gallego, Alejandro. Protocolo: 2012/195 de 29/03/2012 Fundamentos de Derecho (defectos). 1. El Apoderado don J. L. R. P. ostenta el cargo de Administrador solidario de la Compañía. Ante una modalidad de representación orgánica configurada como de administradores solidarios es evidente que carece de interés la posibilidad de atribuir a la misma persona por vía de apoderamiento voluntario facultades que por razón de cargo ya ostenta –arts. 209 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital–. La ilusoria revocabilidad de la representación voluntaria en tanto el propio apoderado siga ejerciendo el cargo que le facultaría para privarse de las facultades, el riesgo de la demora de esa revocación de producirse su cese, voluntario o acordado o legal, pues no necesariamente a la dimisión, cese o incapacidad sigue de inmediato la sustitución o, incluso de producirse, toma conocimiento al instante el órgano de administración de los apoderamientos existentes y pondera la conveniencia de su mantenimiento o revocación; de otra, la difícil exigencia de responsabilidad que al administrador como representante orgánico correspondería frente a la actuación del apoderado, aparte del más presunto que real fraude que supondría el que quien ha de asumirla en su condición de administrador social y por las causas establecidas en la Ley pretenda derivarla a la más diluida de un apoderado acudiendo al expediente de invocar su actuación en un supuesto de riesgo como apoderado en lugar de hacerlo como administrador. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2003, entre otras –defecto insubsanable–. En relación con la presente calificación (...) Badajoz, a 10 de mayo de 2012 (firma ilegible). El registrador».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Alejandro Toscano Gallego, notario de Fregenal de la Sierra, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 15 de mayo de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que la nota esgrime unos argumentos recogidos de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 24 de junio de 1993, 24 de noviembre de 1998 y 27 de febrero de 2003 cuyos supuestos de hecho no coinciden exactamente con el presente, pues no se trata de un administrador que se concede poder a sí mismo, sino de un administrador solidario que lo concede al otro; Que, como recogía la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado hay que estar a cada supuesto de hecho; Que en el presente caso no se dan las circunstancias que llevaron al rechazo en aquellas Resoluciones pues la concesión de un poder en un caso como el presente tiene utilidad para justificar la representación en determinados supuestos frente a personas, que por desconocimiento, ignoran el contenido de la representación orgánica; Que el poder es perfectamente revocable por el otro administrador; Que la exigencia de responsabilidad puede ejercitarse por el otro administrador frente al apoderado como el administrador poderdante será responsable por el hecho de la concesión del poder, conforme al artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital; Que, aunque haya un riesgo de demora en la revocación del poder en caso de cambio de la administración, la inscripción en el Registro Mercantil lo mitigaría al hacerlo cognoscible por la nueva administración; y, Que no existe norma defraudada ni norma de cobertura para eludir otra, por lo que no se dan los supuestos de existencia de fraude.

### IV

El registrador emitió informe el día 21 de mayo de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo y ratificándose en su calificación.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1718, 1726, 1733 y 1737 del Código Civil; 18, 20 y 281 del Código de Comercio; 36, 209, 223, 233, 236, 241 y 249 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido la Ley de Sociedades de Capital; 5, 7, 94.1.5.º y 95.1, del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 23 de julio de 2008 y 1 de junio de 2010; y las Resoluciones de esta Dirección General de 1 de marzo y 24 de junio de 1993, 12 de septiembre de 1994, 30 de diciembre de 1996, 24 de noviembre de 1998 y 15 de marzo de 2011.

1. La única cuestión debatida en este expediente consiste en si puede acceder a los libros del Registro Mercantil un poder general otorgado por uno de los dos administradores solidarios de una sociedad limitada a favor de la persona física que ejerce el otro cargo de administrador solidario.

2. Este Centro Directivo ha tenido ocasión reiterada de afirmar (vid. Resoluciones de los «Vistos») que la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación alieno nomine, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido; de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social.

A diferencia de ella, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para este último, por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes de los de la primera: su utilización, de carácter potestativo y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto (cfr. Resolución de 26 de febrero de 1991).

3. La diferencia conceptual entre ambas figuras, así como la distinta naturaleza y eficacia permiten afirmar que su posible concurrencia se encuentre fuera de duda, tal como reconocen expresamente los artículos 281 del Código de Comercio, 36 y 249 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 94.1.4.º y 5.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Y precisamente esta posibilidad, en unión de la falta de una norma que en nuestro ordenamiento expresamente lo prohíba, debe llevar a admitir, en tesis de principio, la circunstancia de que en la misma persona puedan confluir, de manera simultánea, las condiciones de administrador y de apoderado; no debe verse en ello una desnaturalización de la configuración estatutaria del órgano de administración, pues son diversos la naturaleza, la finalidad y los efectos de cada figura –como revela su distinta caracterización–, por lo que es el órgano de administración el que debe escoger las modalidades representativas de carácter voluntario que estime más oportunas; aunque, naturalmente, siempre quedará a salvo la competencia de la junta general de ejercer su función de control cuando la voluntad social, expresada en junta, estime que ha existido un mal uso de las facultades específicas del órgano de administración (por vía de exigencia de responsabilidad e incluso mediante la destitución y sustitución del administrador).

4. Salvado lo anterior, este Centro Directivo tiene igualmente declarado que admitida, con carácter general, la posibilidad de concurrencia, se hace preciso introducir una matización que modifica parcialmente las conclusiones anteriores: la diferencia funcional entre ambas figuras y su diferente ámbito operativo pueden originar que en su desenvolvimiento surjan algunas dificultades de armonización que deben ser analizadas, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto fáctico (por ejemplo, en cuanto a las posibilidades de revocación o de modificación del poder conferido, la exigencia de responsabilidad al apoderado o la subsistencia del poder, en tanto no haya sido revocado incluso más allá de la propia duración del cargo de administrador); la solución de tales dificultades es la pauta que permitirá decidir, sólo a la vista de cada supuesto de hecho, acerca de la posibilidad de concurrencia entre ambas figuras.

En base a esta matización, esta Dirección General ha rechazado la inscripción de poderes otorgados por el administrador único en su propio favor (Resoluciones de 24 de junio de 1993 y 27 de febrero de 2003) o a su favor y a favor de otras personas indistintamente (Resolución de 24 de noviembre de 1998) y ha aceptado por el contrario la inscripción de un poder concedido por dos administradores mancomunados a favor individualmente de cada uno de ellos (Resolución de 12 de septiembre de 1994).

5. En el supuesto que ha dado lugar a este expediente, en el que uno de los dos administradores solidarios otorga poder general a favor del otro, no se produce una situación que impida la inscripción en el Registro Mercantil. No, desde luego, por la mera razón de oportunidad que el recurrente alega, pues el carácter obligatorio de las normas jurídicas no depende ni del conocimiento, ni de su comprensión técnica por los eventuales destinatarios (motivos de oportunidad similares provocaron el rechazo en la Resolución de 27 de febrero de 2003). La razón para estimar el recurso es que en un supuesto como el planteado no se producen aquellas situaciones de reserva que llevaron a este Centro Directivo a rechazar la inscripción.

Efectivamente, residiendo el poder de representación de la sociedad en dos administradores solidarios, el hecho de que uno de ellos en ejercicio de su poder individual (artículo 233.2.b del Texto Refundido de Sociedades de Capital) apodere al otro no impide que posteriormente revoque o modifique su decisión con plenos efectos jurídicos o que, en ejercicio de las competencias inherentes a su cargo, ejercite acciones por cuenta de la sociedad a fin de exigir responsabilidad al otro administrador por las actuaciones que haya llevado a cabo como tal o como apoderado de la sociedad. Es cierto que la situación puede derivar hacia otra u otras no deseables (si se produce el cese del administrador que otorga el poder por ejemplo y queda como administrador único el que reúne la condición de apoderado) pero tales situaciones deberán tener el tratamiento que en cada caso corresponda sin que su mera contingencia pueda provocar el rechazo de la inscripción de un poder que, como queda dicho, no contradice ninguna norma imperativa. Por este mismo motivo la mera posibilidad de que exista una demora en el acto revocatorio no ha sido considerada determinante por este Centro Directivo como es de ver en las Resoluciones citadas en los «Vistos».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de julio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.