

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

SOCIEDAD LIMITADA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA OTORGADA POR LOS DOS ÚNICOS SOCIOS, AUNQUE EL ACREEDOR HIPOTECARIO SEA UNO DE ELLOS, SIN PERJUICIO DE QUE LOS TERCEROS INTERESADOS PUEDAN ACUDIR A LOS TRIBUNALES SI ESTIMAN LESIONADOS SUS DERECHOS. (Resolución de 1 de julio de 1976; *Boletín Oficial del Estado* de 16 de septiembre de 1976).

Hechos.—Resultando que por escritura pública autorizada por el Notario de Murcia don José Julio Barrenechea Maraver, el 1 de marzo de 1974, don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, interviniendo como únicos socios que integran la Compañía Mercantil “RESINOL, S. L.”, y “constituidos en Junta Universal”, reconocieron que la Sociedad adeudaba al citado don Leandro Moreno Abellán un millón cuatrocientas mil pesetas, constituyendo como garantía de devolución de la cantidad adeudada una hipoteca a favor del acreedor sobre el pleno dominio de una finca de dos mil metros cuadrados, propiedad de la Sociedad.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: “No admitida la inscripción del presente documento presentado el veintitrés de junio pasado, asiento número 900, Diario 187, en unión de un acta de subsanación de aquél, autorizada con arreglo al artículo 146 del Reglamento Notarial efectuada el mes expresado por el mismo Notario señor Barrenechea Maraver, y los demás documentos que se dirán:

Primero.—Porque don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, administradores mancomunados y socios únicos de la Compañía Mercantil RESINOL, S. L., no constan expresamente autorizados para en nombre y representación de la misma constituir la hipoteca a que el documento se contrae; como administradores, conforme al artículo 39 de los Estatutos; como únicos socios, por la Junta General en la que, según el acta referida se constituyeron en la cláusula primera del otorgamiento del documento, cuya cláusula se contrae a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, lo cual tampoco aparece expresamente autorizado éste, dada la contradicción de intereses existentes entre el mismo y la Sociedad deudora, para intervenir en el documento con el doble carácter con que lo hace.

Segundo.—Porque siendo la hipoteca un derecho real de garantía que vincula la finca hipotecada al cumplimiento de la obligación, limita las facultades dominicales del deudor y atribuye al acreedor entre otras cosas, la de instar, caso de impago, la enajenación del inmueble hipotecado y la de solicitar la adjudicación del mismo a su favor, como mejor postor o por falta de ellos en la correspondiente subasta, no puede el señor Moreno Abellán, por su carácter de administrador —mancomunado— de la Sociedad, y por ende de la finca hipotecada, adquirir el mentado derecho real sobre la misma, conforme al artículo 1.459-2.º del Código civil, sin que obste al defecto apuntado la existencia de otro administrador.

Es insubsanable el segundo defecto.—No se ha solicitado ni procede anotación preventiva.—Se han tenido en cuenta la escritura de constitución de la Sociedad y la modificación de Estatutos y nombramiento de administradores al efecto aportada.”

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el primer defecto señalado por el Registrador está redactado con notoria oscuridad; que la interpretación que hace declarando que los dos únicos socios actuaron en Junta Universal para reconocer la deuda (primera cláusula de la escritura) y sólo como administradores para constituir la hipoteca (cláusula segunda) carece de rigor jurídico y va contra el principio de la unidad de acto y el artículo 1.281 del Código civil; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1933 señala que cuando en un negocio jurídico comparecen todos los socios que tiene en ese instante la Sociedad, el órgano de actuación es perfecto, pues a ellos compete por excelencia la representación de la misma; que el artículo 1.459-2.º del Código civil no se puede alegar, como lo hace el Registrador, para señalar el segundo defecto —insubsanable— de la nota, ya que este precepto no puede interpretarse de forma extensiva sino que las incapacidades a que se refiere son sólo las taxativamente enumeradas, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de marzo de 1911 que prohíbe la aplicación de las disposiciones de carácter restrictivo a otros casos y personas que los comprendidos en ellas.

Resultando que el Registrador informó: que no es aplicable a la cuestión debatida, como pretende el recurrente, la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 20 de octubre de 1933 que se refiere a la enajenación realizada por los dos únicos socios de una Sociedad Colectiva, de cuyo carácter no participa la Sociedad recurrente, que tiene el carácter de Limitada, aunque esté formada por dos únicos socios; que el acuerdo adoptado por estos dos únicos socios de la Sociedad Limitada citada constituidos en Junta General conforme a la cláusula primera de la escritura, subsanada por el acta de rectificación, sólo puede referirse a lo que resulta de la lectura de dicha cláusula, o sea, a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, quedando fuera de tal acuerdo el contenido de la cláusula segunda de la

escritura que se refiere a la voluntad social de hipotecar los bienes de la Sociedad, al apoderamiento de los socios para constituir la hipoteca en representación de la Sociedad y a la autorización al socio acreedor para intervenir en el doble concepto en que lo hace en la escritura y que daría lugar a la figura jurídica de la autocontratación, todo lo cual produce la consecuencia de que los comparecientes carecen de la capacidad de obrar que justifique su intervención en el patrimonio ajeno que implica toda representación, careciendo del poder o mandato, requisito imprescindible de la representación voluntaria (Resolución de 20 de octubre de 1933); que al ser el acreedor hipotecario gerente o administrador de la Sociedad deudora a la que representa, es indudable que existe, en cuanto a la referida hipoteca, la prohibición a que se refiere el número 2 del artículo 1.459 del Código civil; que las prohibiciones contenidas en dicho precepto tienen un fundamento moral, y la violación de las mismas hace nulo de pleno derecho al acto o negocio jurídico que se celebre contraviéndolas, siendo ésta la doctrina mantenida en la Sentencia de 11 de junio de 1966; que en el caso controvertido es muy acusada la contraposición de los intereses de la Sociedad y los del acreedor de la misma por la existencia innegable del autocontrato, o "contrato entre las diferentes personas de un solo sujeto" (Resolución de 30 de mayo de 1930); y que son improcedentes las alegaciones del recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 1.281 del Código civil y al concepto de "unidad de acto".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada informó: que el conflicto de intereses entre la Sociedad y los administradores en un negocio jurídico determinado se regulará por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 79 de la de Sociedades Anónimas, que obligan a los administradores a responder frente a la Sociedad, los accionistas y acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, y si el conflicto es susceptible de perdurar más tiempo nos encontramos con el supuesto del artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece que los administradores que tengan intereses opuestos a los de la Sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio, por acuerdo de la Junta General; que el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite también la preparación de los administradores; que no existe en nuestro Derecho positivo ninguna norma que prohíba con carácter general la autocontratación; que el conflicto de intereses o autocontratación desaparece cuando la Sociedad representada conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios en Junta General; que dicha figura jurídica se produce cuando una sola persona, reuniendo un doble carácter como representante de una Sociedad por un lado y como particular por el otro, realiza unas operaciones en provecho propio, pero que esta figura desaparece cuando la parte representada da su aprobación, pues al haber dos personas cesa el autocontrato; que RESINOL, S. L., estaba perfectamente representada por sus dos únicos socios que acordaron por unanimidad reconocer la deuda, constituyendo acto seguido y en su calidad de tales socios, y no de ge-

rente, la hipoteca a favor del acreedor; que es inexplicable el criterio del Registrador de considerar que los otorgantes intervinieron en el doble concepto de socios y gerentes, y que como gerentes no estaban autorizados por los Estatutos y como socios en Junta General sólo actuaron en el reconocimiento de deuda contenida en la primera cláusula, pero en la cláusula segunda actuaron como gerentes sin facultades; que según el artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas, la voluntad de los socios rige y representa la Sociedad, y que en la escritura calificada no aparece en ningún sitio que los otorgantes comparecieran como gerentes, sino como únicos socios; que el acuerdo social es plenamente válido tanto para el reconocimiento de deuda como para la constitución de hipoteca, estando perfectamente determinada la voluntad de los dos únicos socios en la escritura que, como es normal, fue leída y aprobada por los comparecientes.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y declarando además que en el caso debatido no existe conflicto de intereses ni autocontratación al concurrir en la escritura dos personas: la Sociedad que exteriorizó correctamente su deseo mediante su órgano deliberador, y el acreedor que aceptó por sí la hipoteca constituida a su favor; que aun cuando el acreedor hubiese intervenido en la cláusula segunda de la escritura como gerente de la Sociedad y no como socio reunido en Junta Universal, sería inoperante a efectos de autocontratación ya que su intervención, junto con el otro socio gerente —único que podría alegar perjuicio para la constitución de la hipoteca—, lo sería en definitiva como órgano administrador de la Sociedad, pero en ningún caso como su mandatario.

Doctrina.—“Considerando que el primero de los defectos de la nota de calificación hace referencia a si es posible inscribir una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, otorgada en nombre de la Sociedad deudora por sus dos únicos socios, y tras acuerdo unánime de ambos, dado que el acreedor hipotecario es uno de estos mismos socios, lo que se traduce en una contradicción de intereses entre la Sociedad y el socio titular del crédito.”

“Considerando que al haber sido adoptado el acuerdo por los dos únicos socios que forman parte de la Sociedad se salvan los problemas que pudieran plantearse acerca de la facultad de los mismos para actuar en nombre del ente social para la ejecución de un acto aislado, ya que en nuestro Derecho, según reiterada jurisprudencia de este centro directivo, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores, por lo que de no existir otro obstáculo, lo que a continuación se examinará, es adecuada la intervención de los dos únicos socios de la escritura calificada, que a la vez son gerentes mancomunados, y en la que como Sociedad de Responsabilidad Limitada pueden concluir sus acuerdos, de conformidad con el artículo 14 de la Ley, por cualquier medio que garantice la autenticidad de la voluntad declarada, lo que ha tenido lugar en este caso en forma tan directa como su propia comparecencia personal en la escritura en donde,

como órgano supremo de la Sociedad, asumen a la vez las funciones propias del órgano deliberante —Junta Universal y acuerdo unánime— y del órgano de administración y representación.”

“Considerando que cuestión más delicada es la relativa al posible conflicto que pudiera existir entre la Sociedad como sujeto de derecho con un patrimonio autónomo y unos intereses diversos de los dos socios que la componen, y estos dos mismos socios, como podría suceder en este caso, en donde por los últimos se declara que la Sociedad adeuda a uno de ellos —como tercero acreedora, distinto del ente jurídico de la Sociedad— una determinada cantidad, y en garantía de ese pago constituyen en nombre de ésta una hipoteca sobre una finca de su propiedad que es aceptada por el otro socio en calidad de acreedor.”

“Considerando que, a diferencia de otras legislaciones, la española no contiene una completa y detallada regulación de esta importante materia, lo que no quiere decir que no existan preceptos aislados que se ocupen de la cuestión, como son, para las Sociedades de Responsabilidad Limitada, los artículos 12-2.º y 13-1.º de la Ley que las regula, y más ampliamente la Ley de Anónimas en sus artículos 82 y especialmente el 83-2.º, que establece el cese del Administrador que bajo cualquier forma tenga un interés opuesto al de la Sociedad, y siempre a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General.”

“Considerando que al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios, y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado, no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida, y es correcta la autorización de la escritura, en cuanto que en la misma comparecen de una parte la Sociedad a través del órgano correspondiente, y de otra el acreedor que acepta la hipoteca constituida, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, se pueda acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título, pues las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial y quedan fuera del marco del recurso gubernativo.”

“Considerando en cuanto al segundo defecto, que hace referencia a la imposibilidad que tiene el acreedor, como actual Administrador de la Sociedad, de adquirir la finca hipotecada en subasta judicial caso de impago del crédito —artículo 1.459-2.º del Código civil— es de advertir que tal circunstancia habrá de ser tenida en cuenta en el momento en que la situación se produzca, con una gama de posibilidades tan diversas que puedan dar lugar a que no se origine el supuesto concreto de prohibición, como, por ejemplo, por no ser ya el acreedor Administrador de la Sociedad, o incluso siéndolo, acudir postores extraños a la subasta, y adjudicársele a uno de ellos, o se satisfaga normalmente el crédito, por lo que la calificación de esta circunstancia habrá de realizarse —caso de que se diera— en el título o documento que en su día se presentara en el Registro y contuviera el posible acto discutido, y sin olvidar además que en este supuesto concreto el poderdante ha autorizado al apoderado expresamente la compra del referido inmueble.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revoca la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Creo que hay en la letra y en el espíritu de esta Resolución infinidad de matices que pueden permitir al intérprete elegir una serie de temas que en ella se afrontan o se aluden, pero en aras de la brevedad y en reconocimiento de mis limitaciones se hace preciso elegir sólo unos cuantos que parecen ser los sustanciales y a los cuales se refiere la nota calificadora del Registrador.

Anticipemos, sin embargo, que al contemplar serenamente la decisión de la Dirección General parece deducirse una línea o un intento de superar esas dificultades que permiten seguir coartando el principio de libertad de contratación. Del Código civil, por ejemplo, parecía deducirse que en el campo de los apoderamientos el poder debería sujetarse al principio superior de expresión específica del acto que puede realizarse con él o, lo que es lo mismo, la técnica del “mandato expreso”. Quizá esa exigencia en un excesivo tráfico pudiera suponer un impedimento o una rémora y en una conocida Resolución que ratifica otra anterior (Rs. 18 abril de 1952 y 18 enero 1963) se entiende que la idea de hipotecar lleva consigo la de vender y de ahí que existiendo una prohibición de enajenar en ella se comprende también la de hipotecar. Llevada esta doctrina al campo del poder sería perturbadora, pues una cosa sería vender, enajenar o realizar un “acto de riguroso dominio” y otro ejercitar la “acción real que de la hipoteca se deriva” en caso de incumplimiento de la obligación que se trata de garantizar.

La trayectoria del “autocontrato”, mal o bien expresado por nuestro Código civil, parece también tratar de evitarse en virtud de las dificultades que a la contratación le puede suponer y en el caso contemplado, a pesar de que a nuestro entender la figura aflora sin dificultades, la Dirección niega su existencia. Si de verdad la razón jurídica —construida en un alarde de precisión— que avala la existencia de la “autocontratación” es la incompatibilidad de intereses, o lo que es lo mismo, sólo cuando hay incompatibilidad de intereses es cuando debemos reputar existente la prohibición legal del autocontrato. Aquí parecía estar clara su existencia, como intentaremos demostrar.

El recurso afecta a materias que en pura concreción podríamos resumir en las siguientes: la calificación registral y el llamado levantamiento del velo de la persona jurídica; la distinción entre órganos deliberantes y de gestión; la incompatibilidad de intereses y la figura de la autocontratación y, por último, la temible problemática de la hipoteca de propietario. Creo que la exposición en este orden no mengua claridades al tema que aquí se dilucida y que es el de si es o no inscribible una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, otorgada en nombre de la Sociedad deudora por sus dos únicos socios, siendo uno de ellos el acreedor hipotecario.

A. Límites de la función calificadora

En todos los trabajos que he dedicado a este punto y al tratar de perfilar la amplitud de la función en orden a la "capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivo" no se me había cruzado la problemática del levantamiento del velo de la persona jurídica, pues entendía que los supuestos en que ello se produce están encerrados en casos muy concreto que suponen una nulidad del negocio dispositivo. Conforme a la Resolución que comentamos la posible "implicación de un levantamiento de velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial y quedarán fuera del marco del recurso gubernativo".

La idea —y ya en este momento se hace inevitable la cita de Rolf Serick ("Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles". El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958)— de esta exclusión de competencia creo que la Dirección General la toma del prólogo de dicho libro que firma Antonio Polo y que dice: "El nervio y médula de toda la obra se concreta en la cuestión de determinar en qué supuestos y a virtud de qué principios dogmáticos pueden los Tribunales llegar a prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para "penetrando" a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan". Claro que si de verdad hemos de hacer caso a este prologuista resulta que el libro de Serick reduce a tres categorías las manifestaciones más frecuentes que pueden revestir los supuestos de abuso de la persona jurídica, a saber: "fraude de ley; fraude o violación de contrato; y daño fraudulento causado a terceros. Existe fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial. Se da fraude o lesión de contrato cuando por medio de la persona jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio. Concorre daño fraudulento a terceros cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude de ley y de contrato". Y entonces a mí se me ocurre preguntar la posible diferencia que existe entre estos tres casos y los que regula el actual artículo 6, párrafos 2, 3 y 4 del Código civil (Ley 17 marzo 1973) en cuya virtud se sale al paso para evitar el incumplimiento de la norma por "exclusión voluntaria de la ley aplicable o renuncia a los derechos", por "actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas" y por actos "realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico". ¿El Registrador no es competente para "penetrar" en el fondo del problema y negarse a inscribir un acto que encaje en cualquiera de esas tres categorías? Según la Direc-

ción General no es competente, pues ya para eso, según ella, está el artículo 66 de la Ley Hipotecaria en cuya virtud los interesados pueden acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título.

A mi entender esta es una manera o forma extraña de interpretar el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, pues en él claramente se distinguen dos clases de vías procedimentales: la gubernativa, en la cual se discute si el título tiene o no falta subsanables o insubsanables y el origen de éstas puede estar en la *validez o nulidad del título* y la judicial, que sin perjuicio de lo que se haya resuelto por la Dirección General, los interesados podrán acudir a ella para contender o ventilar acerca de la *validez o nulidad de los mismos títulos*. Me conforta saber que mi criterio es coincidente con el de Tirso Carretero ("Comentario a la Resolución de 1 de julio de 1976", en "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", enero-febrero 1977, pág. 163) quien dice: "El procedimiento judicial idóneo para levantar el velo de la personalidad jurídica sería difícilmente el recurso judicial previsto en el artículo 66 de la Ley, pues éste piensa en los mismos interesados que podrían entablar el recurso gubernativo (artículo 112-1.º del R. H.) y a éstos ya se les vio el escaso interés en levantar el velo. Igual puede decirse en cuanto al posible fraude a terceros, pues si la calificación no detiene el acto fraudulento en vía cautelar, las cosas pueden ponerse difíciles al tercero defraudado".

No sé si estos argumentos pueden ser lo suficientemente convincentes para limar el tremendo anatema que la Dirección sostiene frente a la facultad calificadora, pero se me antoja creer que puede haber otros más contundentes. Esa labor "creativa" que la Dirección General asigna a la función calificadora, según la conocida Resolución de 26 de octubre de 1973, queda aquí marginada, pues la exclusiva del levantamiento del velo de la persona jurídica parece corresponder a los Tribunales.

No cabe, en estos casos, que el Registrador en su ardua labor calificadora interprete, califique y establezca las consecuencias jurídicas, que, según Hernández Gil ("El Abogado y el razonamiento jurídico". Madrid, 1975), son las distintas fases por las que atraviesa el proceso discursivo. Aquí parece cerrársele el camino no ya de la interpretación y de la consecuencia jurídica, sino de la misma calificación que, al decir de dicho autor, es insertar un dato de la realidad social en la situación que le corresponda dentro de un sistema particular y en el conjunto del sistema. Aquí el Registrador tampoco puede determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. No puede determinar si concurre o no un presupuesto normativo en cuyo ámbito es pertinente el efecto que se determina, pues la materia queda vedada.

Resulta, sin embargo, paradójico, que a la hora de levantar el velo de la persona jurídica los dos grandes problemas que de verdad suelen ser acuciantes son los del juego de la apariencia, frente a la realidad, o lo que es igual la busca de una protección en base de una apariencia formal y los difíciles perfiles del autocontrato sobre la base de una incompatibilidad de intereses. Precisamente este último caso es el que la Dirección aborda en su Resolución, entendiendo que no existía, pues

si hubiera considerado lo contrario hubiera tenido que decir que se había levantado el velo. De ello parece deducirse que al considerando quinto le sobra la erudición de la última parte, la que se refiere al levantamiento del velo, ya que la autocontratación es una de sus más frecuentes manifestaciones. Si se admite la discusión en torno a si existe o no autocontratación, quiere decirse que se está legitimando al Registrador para defender en un recurso el levantamiento del velo de la persona jurídica. Claro que también es posible que se entienda que autocontratación y levantamiento de velo sean cosas diferentes.

Habría que profundizar más en esta materia y llegar a una precisión de casos y consecuencias. Habría que exponer con plena claridad la aplicación americana —bajo el nombre de “disregard of legal entity”— de la técnica o construcción alemana del levantamiento del velo de la persona jurídica. Pero aparte de que esta problemática está genialmente expuesta en la obra cumbre que ya hemos citado, el sitio y el espacio restringen comentarios de esta índole. De todas formas resulta aleccionador cómo en el campo fiscal —carente casi siempre de construcción jurídica— se ha descubierto hace poco el fraude o el abuso del derecho que podía suponer la persona jurídica, mientras que en nuestra parcela hipotecaria —bien nutrida siempre de juridicidad— se nos parece restringir en materia calificadora no ya la persecución del fraude legal, sino la averiguación del mismo. Entiendo que si cuando parezca deducirse del acto que se pretenda inscribir la existencia de un “delito” debe suspenderse o denegarse la inscripción y dar parte a la Autoridad judicial, en caso de fraude legal debería suceder igual. Quizá esa solución que patrocina el artículo 101 del Reglamento Hipotecario hubiese sido más moderada que la de la atribución en exclusiva del levantamiento del velo de las personas jurídicas a los Tribunales.

B. *Organos deliberantes y de gestión*

Me ha chocado enormemente que en el informe del Notario autorizante de la escritura, base del recurso, se diga algo así como que la sociedad de responsabilidad limitada “estaba perfectamente *representada* por sus dos únicos socios, que acordaron por unanimidad reconocer la deuda, constituyendo acto seguido, y en su *calidad de tales socios y no de gerentes*, la hipoteca a favor del acreedor...”. Me resisto a creer que esto haya podido ser dicho por un Notario español. Del Notariado español tengo las más prestigiosas valoraciones y más bien me inclino a suponer que en el resumen que la publicación oficial me brinda del informe notarial se haya tergiversado la frase, pues es evidente que si los socios reconocen que la Sociedad debe a uno de ellos una cierta cantidad de dinero y constituyen en su nombre y sobre una finca propiedad de la Sociedad una hipoteca a favor de uno de los socios, éstos están actuando “orgánicamente” como representantes de la Sociedad y no como socios de la misma. Una cosa es la elaboración de la voluntad social y otra es la gestión social. Es verdad que el artículo 14 de la Ley de Sociedades

Limitadas dice que "la voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la Sociedad...", pero no hay que olvidar que el artículo 11 de la misma también dice que "La administración de la Sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, quienes la *representarán...*".

Claro que esta resistencia mía a no creerme estas aseveraciones notariales tienen un vértice conflictivo en el informe que en defensa de la nota hace el Registrador y de los hechos que se relatan. Parece ser que hubo una Junta Universal en la cual los dos únicos socios acuerdan reconocer una deuda social que uno de ellos tiene contra la sociedad y luego en la escritura pública constituyen hipoteca, representando a la sociedad. Es decir, que el caso de constitución de hipoteca a nombre de la Sociedad tiene que hacerse por los socios —o no— a quienes estatutariamente se les haya encargado la gestión y representación (o por todos ellos), pero nunca compareciendo como "socios", sino como órganos de representación. Creo que quedó bien claro a partir de la explicación que nos diera Porpeta Clérigo ("Sustitución de poder", A.A.M.N., 1945) la distinción entre representación orgánica y la imposibilidad de la sustitución en la primera clase, ya que sólo cabe dicha figura "cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen", siendo así que en la representación orgánica las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo.

Ahora bien, como el Registrador en su nota parece negar que los gerentes o representantes no tenían autorización para constituir hipoteca en garantía de la deuda reconocida, había que dar a la intervención notarial de los dos únicos socios la doble calidad de socios que como órgano deliberante acuerdan por unanimidad constituir la garantía y como gerentes o representantes de la sociedad la constituyen en dicho acto. Creo que es lo que viene a aclarar la Dirección General en su segundo considerando al decir que "es adecuada la intervención de los dos únicos socios de la escritura calificada, que a la vez son gerentes mancomunados... en donde, como órgano supremo de la Sociedad, asumen a la vez las funciones propias del órgano deliberante —Junta Universal y acuerdo unánime— y del órgano de administración y representación". Vuelvo a leer el resumen del informe notarial y se me agiganta más la duda de lo que se quiso decir con esta frase: "no aparece en ningún sitio que los otorgantes comparecieran como gerentes, sino como únicos socios". Pienso e insisto con la Dirección: sólo siendo socios pueden deliberar y tomar acuerdos, sólo actuando como gerentes o representantes orgánicos de la sociedad pueden ejecutar los acuerdos en nombre de ésta.

C. *Autocontratación e intereses incompatibles*

En mis constantes comentarios sobre Resoluciones de la Dirección me ha producido admiración la forma en que, a veces, el alto Centro Directivo se siente compenetrado con la habilidad que en la defensa de una:

nota o el informe del Notario autorizante de la escritura, tienen e inclinan balanzas que aseguran un derecho justo. En el caso que nos ocupa —y según la versión de que dispongo— me hubiera gustado que la Dirección se hubiese desentendido de los informes y hubiese intentado esbozar una teoría general de la autocontratación en esos casos de la representación "orgánica". Se ha contentado con seguir casi con fidelidad los pasos que marca el informe notarial y eso, en este caso concreto, no hace más que acumular dudas e interrogantes en materia tan delicada como la autocontratación.

Afirmar —como se hace en el considerando cuarto— que la legislación española no contiene una completa y detallada regulación de esta importante materia de la autocontratación, es repetir una afirmación notarial y aportar poco a este respecto. Hacer una cita de la legislación de sociedades es dejar incompleto el cuadro general de la figura que aflora, como todos sabemos, en diversos artículos del Código civil (completados en algunos supuestos por diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de la adquisición de cuota indivisa entre cónyuges en susta judicial), en el Código de comercio, en la legislación hipotecaria (artículos 14 y 234 del Reglamento Hipotecario), en la legislación administrativa, etc.

Sentar como base para rechazar la existencia de la figura la idea de que "cuando la Sociedad representada conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios en Junta General" desaparece el conflicto de intereses, es dejar a la libre voluntad de las partes la existencia o no de la figura y, por esa misma razón, comprador y vendedor representados por una misma persona con previos consentimientos que así lo acrediten, sería motivo suficiente para entender que no existe incompatibilidad de intereses. Claro que la frase entrecuillada es la que emplea el Notario, pues la Dirección abre más la argumentación: "al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios, y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado, no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida, y es correcta la autorización de la escritura...".

Vamos a intentar descubrir si la argumentación se acomoda a lo que nosotros y la doctrina entiende por autocontratación en base de una incompatibilidad de intereses. Quizá sea descender demasiado explicar cuándo puede existir autocontrato, pero entiendo que es importante dibujar su esencia con Castán: el problema reside en si puede el representante en su calidad de tal, celebrar contratos consigo mismo, o, lo que es igual, si el representante de una persona física o jurídica, puede cerrar consigo mismo, en nombre propio o en representación también de otras personas, físicas o jurídicas, un convenio que tenga por objeto obligar a uno o varios respecto de otro u otros.

Y la razón de la prohibición de la autocontratación está en el posible principio analógico que se extrae de los casos en que se prohíbe la figura y que está fundado en la incompatibilidad de intereses y consiguiente peligro de que una sola voluntad aproveche en beneficio propio la coyuntura que la posibilidad de la autocontratación le ofrece. La pro-

La Dirección General de los Registros, en la conocida Resolución de 29 diciembre de 1922, se limitaba a proscribir la autocontratación en aquellos casos en que vaya acompañada de contradicción de intereses o peligro de lesión, presente o futuro de los derechos de una de las partes. Se reitera esta doctrina en las Resoluciones de 1930, 1943, 1944 y 1946.

Serenándose al leer el tercero y quinto considerando de la Resolución se puede apreciar —según mi manera de entender— que la Dirección niega la existencia de una “incompatibilidad de intereses” entre el socio que la representa y a favor del cual se le reconoce una deuda y se le garantiza la misma con una hipoteca, ya que habla del “posible conflicto que pudiera existir entre la Sociedad, como sujeto de Derecho con un patrimonio autónomo y unos intereses diversos de los dos socios que la componen y estos mismos socios...”. Lo que sucede es que la Dirección desplaza el problema y entiende que al formarse la voluntad social por el “acuerdo de los dos únicos socios y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado”, queda purificada la incompatibilidad. De modo que, según esto, la voluntad social que significa un acuerdo mayoritario, y en este caso unánime, de los dos socios purifica la autocontratación, aunque el posible interés del socio “incompatible” sea mayor que el del socio “imparcial”. Es decir, no se parte del porcentaje que en la votación aporta el socio “imparcial” y el que se precisa del “incompatible”, caso de un “quorum” mayoritario, sino que se dice que el consentimiento del “imparcial” purifica el del “incompatible”. ¿Este voto del socio “imparcial” suponía mayoría a los efectos del artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada? O lo que es igual, ¿la voluntad de votos que ofrece el socio “imparcial” representa más de la mitad del capital social? Sin aclararse este punto no puede aceptarse la tesis de la Dirección General, pues ello conduciría a desvirtuar el principio por el que debe regirse la Sociedad, criterio de mayorías, que aplicado también a las comunidades haría pensar en el contrario: la minoría forma la voluntad social en caso de la autocontratación.

Quizá en lo que sí esté de acuerdo la Dirección General es en la apreciación de que nuestra legislación no está tan pródiga en la regulación del problema como otras legislaciones. Y realmente es ello cierto. Lo demuestra la pormenorizada aportación que al tema hace Tirso Carretero en el comentario que antes hemos citado y que cita a la legislación alemana donde el voto del interesado no cuenta a los efectos de las mayorías o las mayorías deciden a pesar de dicho voto; la legislación italiana acepta también la abstención del socio incompatible y la posibilidad de impugnación del acuerdo por los socios disidentes o ausentes; la legislación francesa igualmente regula los conflictos de intereses de los que contratan con la Sociedad y el Proyecto de Sociedad Anónima Europea en el que se prohíben las figuras de los préstamos y la posible intervención de un control de vigilancia en caso de incompatibilidad de intereses. Remito al lector al trabajo citado.

A la vista de ello entiendo que la Dirección debió de profundizar y proyectar luz en cuanto a la formación de la voluntad social, pues no creo fuera suficiente en el presente caso la voluntad del socio “impar-

cial” para formar la mayoría que exige el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y que, convertida en voluntad social independiente de la de los socios, podría ser “purificadora”. Claro que penetrando en ese camino habría que pensar en una posible nulidad del acuerdo de reconocimiento de deuda y de la posible decisión ulterior de constituir la garantía.

D. *Hipoteca de propietario*

La última consecuencia de la operación que genera el recurso es la de si existe o no la figura de la hipoteca de propietario. Lo curioso del caso es que el Registrador en su nota, y por lo que se refiere al segundo defecto, intuye la figura, pero lo desvía por el camino del autocontrato: “No puede el señor Moreno Abellán, por su carácter de administrador —mancomunado— de la sociedad y, por ende, de la finca hipotecada, adquirir el mentado derecho real sobre la misma”.

Si lo que discutimos es un problema de titularidades y la persona jurídica es la que proyecta hacia el exterior la suya propia ostentando la propiedad de la finca cuestionada, es difícil que podamos admitir la figura de la hipoteca de propietario. Sobre todo si rechazamos de entrada la figura del autocontrato y el interés incompatible y, si como marca la Dirección, el levantamiento del velo de la persona jurídica es ajeno a la esfera de la calificación registral. Pero partiendo del otro criterio es palpable que aquí había una hipoteca parcial de propietario, en parte de un crédito que se extingue por confusión, y que la figura es de difícil incorporación a nuestro Derecho. La Dirección General olvida —al tratar de eludir el problema— que la adquisición de la finca en subasta judicial por impago del crédito podría ocasionar el peligro de lesión “futura” que la propia Dirección señalaba para precisar el interés incompatible.

De nuevo la figura de la persona jurídica se interpone y evita en forma instrumental el supuesto que contemplamos. La lucha contra el supuesto sólo puede realizarse por el dificultoso camino del replanteamiento del concepto de persona jurídica. Es una pena que el supuesto haya sido posterior al documentadísimo trabajo de Manuel de la Cámara y José María Prada González con motivo del XII Congreso Internacional del Notariado Latino en Buenos Aires, 1973, bajo el genérico nombre de “Sociedades Comerciales”, ya que si ello hubiese sucedido lo hubieran incluido, sin duda, dentro de esos supuestos concretos que estudian al tratar del levantamiento del velo de la persona jurídica.

Quiero destacar en la opinión de estos dos grandes juristas la idea de esa necesidad de replanteamiento del concepto de persona jurídica que ya advirtiera De Castro (“La sociedad anónima y la deformación de la persona jurídica”, A.D.C., 1949). Para los mismos “en el fondo se sigue fiel a la concepción de que la persona jurídica es un sujeto de derechos independientes y distinto de los miembros que la componen, y de ahí que se proclame la necesidad de otorgar carácter excepcional a los supuestos

en que es dable prescindir de la personalidad jurídica, recurriendo, para justificar el que se presenta como un posible atentado contra la seguridad jurídica, a las nociones, un tanto vagas y difusas, de fraude, abuso de derecho y buena fe. Desde este punto de vista lleva razón Ascarelli al destacar que este planteamiento que, según él, obedece a una concepción antromórfica de la persona jurídica, no puede explicar claramente por qué en algunos casos se mantenga, y en otros se supere, el esquema de la personalidad jurídica". Siempre que el problema planteado —siguen diciendo— sea ajeno a los fines que el ordenamiento jurídico se ha propuesto al otorgar personalidad jurídica a un determinado grupo humano (o a un supuesto fáctico distinto), la solución habrá de buscarse prescindiendo de la normativa peculiar de la personalidad jurídica.

Proponen, y por supuesto estudian con mano maestra, para el logro de la desestimación de la personalidad jurídica la ponderación de dos factores importantes: cual es la estructura del *sustrato* sobre el cual se eleva lo que llamamos persona jurídica y las *consecuencias* generales que el ordenamiento deduce de la personificación. A través de estos dos caminos se evitará el que el propio Derecho objetivo se convierta en cómplice de quienes abusan en su provecho de una institución útil, pero peligrosa, precisamente por la incertidumbre que la rodea. Igualmente establecen en sus conclusiones la inevitable necesidad de la intervención Notarial en los fundamentales actos de la vida de la persona jurídica, dando por supuesto que debe ser el único vehículo para el acceso al Registro Mercantil.

El juego de estas dos intervenciones puede ser vital para el levantamiento del velo de la persona jurídica, siempre y cuando la segunda tenga la amplitud de margen que parece negarle la Resolución que ahora comentamos y que podía haber sido una buena ocasión para plasmarlo.

COMPRAVENTA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA POR EL APODERADO DESIGNADO ESPECIALMENTE POR LA SOCIEDAD VENDEDORA, SIN QUE SEA PRECISA LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL PODER EN EL REGISTRO MERCANTIL. (Resolución de 25 de agosto de 1976; *Boletín Oficial del Estado* de 22 de octubre de 1976).

Hechos.—Resultando que mediante escritura otorgada por el Notario de Madrid, don Juan Vallet de Goytisolo, en 23 de septiembre de 1975, don Juan Chover Piquer, como Director-Gerente de "Promoción Viviendas Levantinas, S. A." (PROVILESA), de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de los Estatutos sociales, confirió poder a don Vicente Bordón Felipe para "vender los locales comerciales y las viviendas que integran el edificio señalado con el número once-trece de la calle Domenico Scarlatti, antes Gaztambide, número ochenta y nueve, de Madrid, que es la finca número 4.352 del Registro de la Propiedad número cinco, a quien tenga por conveniente, bajo los pactos, condiciones y precios que estime oportuno, que confesará haber recibido, recibirá al contado o al vencimiento del plazo establecido, pudiendo, para este caso, exigir y

aceptar las garantías hipotecarias o condición resolutoria que estime oportunas, que en su día podrá cancelar firmando al efecto los documentos públicos o privados que fueren menester al objeto del presente poder"; que tanto los Estatutos de la mencionada Sociedad como el nombramiento para el cargo del señor Chover aparecen inscritos en el Registro Mercantil según se expresa en la citada escritura; y que, en base a este apoderamiento, mediante escritura de 19 de diciembre del mismo año, autorizada por el nombrado Notario, el señor Bordón vendió a don Luis Pérez Carreño el piso 2.º, número 4, de la mencionada casa de la calle Domenico Scarlatti.

Resultando que presentado en el Registro el anterior documento, junto con la escritura de poder reseñada, fue calificada con la siguiente nota: "Presentado el presente documento en este Registro de la Propiedad número cinco de Madrid con copia de la escritura de poder otorgado por la Sociedad "Promoción de Viviendas Levantinas, S. A.", a favor de don Vicente Bordón Felipe, con fecha 23 de septiembre de 1975, ante el Notario don Juan Vallet de Goytisolo, asiento número 1.575. al folio 119 del tomo 26 del Diario, se suspende su inscripción por el defecto que se estima subsanable de falta de previa inscripción en el Registro Mercantil de la relacionada escritura de poder, conforme preceptúan los artículos 96-6.º y 95 del Reglamento del Registro Mercantil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que las facultades de don Juan Chover Piquer figuran inscritas en el Registro Mercantil de Madrid al folio 12 del tomo 1.571 general, 999 de la Sección 3.ª del Libro de Sociedades, hoja número 6.993, inscripción 13.ª, según resulta de la escritura de formalización de cambio de denominación social, aceptación de dimisión y nombramiento de Consejeros y refundición de Estatutos, autorizada el 19 de diciembre de 1969, de la que se acompaña testimonio; que el poder otorgado por don Juan Chover Piquer como Director-Gerente de "Promoción de Viviendas Levantinas, S. A." (PROVILESA) a favor de don Vicente Bordón Felipe no ha sido inscrito en el Registro Mercantil de Madrid por no considerarse preciso según después explicará; que como preceptos aplicables al caso señala los artículos 21-6.º del Código de comercio, 86-6.º y 95 del Reglamento del Registro Mercantil; que el número 6.º del artículo 21 del Código de comercio sólo impone la inscripción en el Registro Mercantil de los poderes *generales*; que el artículo 86, número 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 ha tratado de dar la vuelta al precepto del Código de comercio al establecer como general la inscripción de los poderes, con excepción de los otorgados para pleitos y los relativos a uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción; que esta pretendida extensión en el texto legal del Código de comercio parece exceder de la competencia de un Reglamento y resulta además carente de sentido, pues para los destinatarios de poderes para realizar actos concretos es suficiente publicidad, al mismo tiempo imprescindible, la exhibición del título, por lo cual la interpretación del número 6 del artículo 86 del Re-

glamento Mercantil debe tener, cuando menos, carácter restrictivo; que de acuerdo con lo dicho, lo razonable parece que sería entender que la obligatoriedad de la inscripción exigida por el precepto reglamentario se refiere solamente a los actos que deban ser inscritos en el Registro Mercantil; que la referencia hecha en la nota calificadora al artículo 95 Reglamento del Registro Mercantil hace más patente lo que se acaba de alegar por cuanto, de ser exacta la opinión del Registrador, resultaría que unos poderes que facultan para realizar actos concretos que pueden ser de suma urgencia, e incluso vitales para la Sociedad, no podrían ser aceptados por ningún Notario mientras no hubiesen sido inscritos en el Registro Mercantil, después de aguardar el correspondiente turno según retraso que sufra la oficina registral, lo que contraría la celeridad característica del tráfico mercantil necesaria para el buen desenvolvimiento de la economía nacional, con lo que se perjudicaría el bien común, que es nota esencial del Derecho; y que el absurdo señalado resulta más palpable en el presente caso en que el Notario autorizante del poder cuestionado ha sido el mismo que intervino en las demás escrituras sociales, por lo cual ha tenido a la vista todos los antecedentes precisos para el perfecto conocimiento de la situación y la mejor apreciación de la legitimidad del otorgante.

Resultando que los Registradores titulares de la Oficina calificadora informaron: que la nota de calificación se extendió a la nota de la escritura de compraventa y poder antecedente, sin tener en cuenta la escritura de modificación social, por lo que carece de valor la argumentación final del recurrente de tener perfecto conocimiento de la situación para apreciar la legitimación del otorgante; que es fundamento esencial del recurso la interpretación que debe darse al número 6 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, por su aparente contradicción con el número 6 del artículo 21 del Código de Comercio; que el número 6 del artículo 21 del Código de comercio señala los actos de los comerciantes, individuales o sociales, que deben figurar en su hoja registral, incluyendo entre ellos los "poderes generales dados a cualquier clase de mandatarios", y el artículo 86, número 6, del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollando el anterior precepto, especifica qué poderes han de ser obligatoriamente inscritos y cuáles otros no están afectados por dicha obligatoriedad; que estiman excede de las atribuciones calificadoras el declarar no aplicable una disposición reglamentaria que no esté en abierta contradicción con la norma de rango superior; que ni siquiera aprecian contradicción entre las normas aplicables al presente caso, sino más bien complementariedad; que es evidente que la *ratio legis* del precepto reglamentario es la conveniencia e incluso necesidad de que los poderes emanen de órganos societarios que tengan por objeto actos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad sean calificados y publicados por el Registro Mercantil, que es donde constan todos los datos que configuran la personalidad otorgante; que no se trata de un problema de interpretación restrictiva o extensiva de un precepto reglamentario, sino más bien del desarrollo de un precepto legal; y que en cuanto a las alegaciones sobre posible urgencia de otorgamiento y características

del tráfico mercantil, este problema tiene su solución en el artículo 154, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida por estimar: que si la contradicción del ordenamiento reglamentario con el legal fuese flagrante, habría de decidirse el Registrador por la primacía jerárquica de la ley, observando ésta y no aquélla en la calificación a efectuar, entre otras razones porque así lo imponen a todos los funcionarios públicos los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que tras prohibir absolutamente que se dicte disposición de rango inferior contraria a ley, declara nulas de pleno derecho las que vulneren aquella prohibición; que este supuesto es casi inconcebible, pues significaría una actuación arbitraria de la Administración, en la que se habría eludido además el previo control de legalidad que supone el preceptivo informe del Consejo de Estado; que cuando la norma reglamentaria se propone desarrollar los preceptos legales, la función calificadora carece de prerrogativa para revelar esa dubitativa ilegalidad por estar atribuida tal fiscalización al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; que el caso debatido encaja en éste segundo supuesto al sustituir el nuevo Reglamento del Registro Mercantil al "inadecuado e incompleto" de 1919, haciendo expresa mención su Exposición de Motivos en la "necesidad de que los administradores, gerentes y apoderados tengan legitimadas sus facultades dispositivas y contractuales mediante la inscripción"; y que, en consecuencia, es correcta la calificación registral, sin que pueda suponer un perjuicio la característica celeridad del tráfico mercantil, ya que puede evitarse con la debida diligencia y en último término con la anotación preventiva del número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de un piso, en la que la Sociedad vendedora aparece representada por un apoderado designado especialmente para este acto concreto, se requiere que previamente se inscriba en el Registro Mercantil la escritura en que se formalizó tal poder.”

“Considerando que la actividad mercantil, con su obligado dinamismo, impone la ampliación de la esfera individual del comerciante o representante de la Sociedad, a través de las facultades conferidas a mandatarios, gerentes o factores para realizar una serie de actos en nombre de aquéllos, y al ser el Registro Mercantil —artículo 16 del Código de comercio— la institución encargada de darla a conocer a través de la publicidad de sus libros, todos los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes habrán de ingresar, según el artículo 26-6.º del mismo Cuerpo legal, los poderes generales que se otorguen a favor de esas mencionadas personas, al afecto de que los terceros que contratan puedan tener conocimiento de esta circunstancia.”

“Considerando que el Reglamento del Registro Mercantil vigente exceptúa de la obligatoriedad de la inscripción —por razones fácilmente comprensibles— las escrituras de los poderes generales para pleitos, y respecto de las dudas que se habían planteado en relación a los poderes.

singulares o para actos concretos, aclara la cuestión, declarando igualmente su no obligatoriedad, siempre que tales actos concretos no estén sujetos a inscripción.”

“Considerando que la frase final del indicado párrafo 6.º del artículo 86 únicamente se refiere a aquellos actos concretos que sean inscribibles en el propio Registro Mercantil y así se deduce del texto de dicho artículo que solamente incluye en sus ocho apartados —el último con carácter general— actos de la competencia de este Registro.”

“Considerando, en consecuencia, que al ser el documento calificado un poder dado por el gerente —cuyo nombramiento y facultades constan inscritos— a favor de otra persona para actos muy concretos, y que quedan fuera de la competencia del Registro Mercantil, no es obligatoria su inscripción en este Registro como requisito previo, para que puedan inscribirse las escrituras de venta de los pisos de un inmueble propiedad de la Sociedad y que han sido otorgados en su nombre por el apoderado nombrado.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Creo que es importante destacar en el ámbito general de la materia objeto de este recurso la idea que parece mantenerse tratando de aislar el Registro Mercantil del de la Propiedad y de otros con él relacionados, cuando de la legislación vigente parece deducirse todo lo contrario: la inevitable necesidad de estar relacionados entre sí y de aplicarse doctrinas y normas supletorias. Es evidente la distinta materia que uno y otro Registro proyectan y manejan, pero no debe olvidarse en ningún momento que la persona jurídica —sociedad mercantil en este caso— y el comerciante individual son entes aptos para ostentar titularidades sobre determinados bienes y las implicaciones entre los Registros que publican esas titularidades son diversas y necesarias.

Hay en el transfondo de la doctrina que se mantiene una pretendida justificación alegando lo que podría decirse o llamarse principio de la “celeridad del tráfico mercantil” que contrasta, sin embargo, con ese otro al que también se alude y es el de la “publicidad y legitimación” tan estrechamente relacionado con esos terceros que contratan con la sociedad y que deben tener conocimiento de los poderes que se otorguen a favor de determinadas personas.

El tema central del recurso es el de si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de venta de un piso, en el que la sociedad aparece representada por un apoderado especialmente para ese acto concreto, se requiere que previamente se inscriba en el Registro Mercantil la escritura en que se formalizó el poder. Ello obliga de una parte a saber con precisión qué actos son objeto de inscripción en el Registro Mercantil, pues en principio resulta difícil practicar inscripciones en el Registro de la Propiedad sin que conste antes la correspondiente en el Registro Mercantil, todo ello conforme al artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Ello resulta lógico si partimos de las diferentes esferas en que se actúa y los distintos objetos de las inscripciones. La conexión entre uno y otro Registro es inevitable, necesaria y facilitadora de situaciones. Sería una

especie de herejía jurídica decir que la inscripción en el Registro de la Propiedad es una garantía de que previamente se han cumplido, por ejemplo, los deberes de liquidación y pago de impuestos, como el de Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados, así como el Arbitrio de "plusvalía", para tratar de equiparar el cumplimiento de estos requisitos fiscales con la necesaria inscripción previa de ciertos actos en el Mercantil, pero en el fondo así lo es. La diferencia reside en que la liquidación o no del Impuesto y la inscripción o no del mismo sin el previo pago o declaración de exención suponen casos de responsabilidad administrativa por el funcionario que los comete, aparte de la responsabilidad fiscal, mientras que en el caso del Registro Mercantil, la previa inscripción al tener unos efectos propios y proyectar frente a terceros sus pronunciamientos es difícil reducirla a requisito previo a la que debe realizarse en el de la Propiedad.

No podemos examinar o descender a examinar todos y cada uno de los supuestos de inscripción, ya que ello haría interminable estas notas y nos apartaría del tema del recurso: si los poderes para un acto concreto son inscribibles necesariamente. De ahí, que debemos centrarnos en la singularidad del caso y tratar de examinar críticamente las razones en pro o en contra de la decisión adoptada. Parece ser que, conforme al artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil, no es obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción. La duda interpretativa reside en si esa inscripción se está refiriendo a los actos que deben inscribirse en la "hoja abierta a cada Sociedad" o comerciante o, por el contrario, se está refiriendo a los actos sujetos a inscripción en los diferentes Registros y, concretamente, en el de la Propiedad. Por supuesto, recurrente y defensor de la nota adoptan posturas contrarias y tratan de defender su opinión. Resumimos criterios:

a) *Argumento de jerarquía legislativa.*—Parece ser bien sencillo, pues la parte que interpone el recurso alega una violación legislativa por parte del Reglamento Mercantil. El citado Reglamento se ha excedido respecto de lo que dispone el Código de comercio y, por ello, debe considerarse subordinado jerárquicamente a aquél. Según el artículo 21,6 del Código de comercio parece ser que se "anotarán": "Los poderes generales y la revocación de los mismos, si la hubiere, dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios". El Reglamento del Registro Mercantil en el artículo 86,6 habla, sin embargo, de: "Los poderes, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción". Partiendo de esta letra y del espíritu de ambos preceptos lo importante hubiese sido descubrir lo que la Ley y el Reglamento entiende por "*poderes generales*".

Hay en el auto que dicta el Presidente de la Audiencia un argumento importante que no se ha tenido en cuenta al solucionar el recurso: si la

contradicción entre el ordenamiento reglamentario con el legal fuese flagrante, habría de decidirse el Registrador por la primacía jerárquica de la Ley, observando ésta y no aquélla en la calificación a efectuar, entre otras razones, porque así lo impone a todos los efectos a los públicos los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que tras prohibir que se dicten disposiciones de rango inferior contrarias a la ley, declara nulas de pleno derecho las que vulnere aquella prohibición.

No podemos acudir al socorrido caso que se presenta diariamente en la legislación progresiva de nuestro país, pero sí importa fijarse bien que en el informe notarial es éste uno de los principales argumentos: "esta pretendida extensión en el texto legal del Código de comercio parece exceder de la competencia de un reglamento". Si este es el argumento decisivo, sobra el siguiente y la discusión de si el término "inscripción" debe o no referirse a los actos inscribibles en el Registro Mercantil o en el de la Propiedad. El precepto era nulo y no cabe más discusión.

La Dirección General no estima ese argumento, pero se vale del siguiente para solucionar el problema. Es decir, se fija en el posible "mayor abundamiento" del segundo argumento, más que en el primero. Y tenía razón, pues examinada la ley y el Reglamento hay muy poca variante. El Código de comercio habla de *poderes generales* y de su revocación, mientras que el Reglamento habla de "poderes", sin especificar si son generales o concretos, agregando a la posible revocación legal, la modificación y la sustitución. Esta amplitud en cuanto a modificación y sustitución queda restringida al afrontar el punto de los "*poderes generales*", pues para desarrollar la Ley lo único que hace es excluir de inscripción a los "generales" que se concedan para "pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción".

¿Podemos entender por "poder general" solamente el que es concebido en términos generales y que sólo faculta para los actos de administración, conforme dice el artículo 1.713 del Código civil o también es general el "expreso" que se concede para transigir, enajenar, hipotecar o realizar cualquier otro acto de riguroso dominio? Podríamos concretar nuestra opinión entendiendo que el poder es "general" no sólo en el caso de que fuera para pleitos o concebido en términos generales, sino también cuando faculta a una persona para vender, por ejemplo, o para realizar uno o varios actos concretos de venta y dejaría de ser general cuando se refiriese a la venta de una cosa determinada. Si esto lo admitimos, así todavía se complica más la interpretación, pues marginados de la inscripción deberán quedar no sólo los generales para pleitos, sino también los generales para un acto concreto y los concretos para la realización de uno o varios actos sobre cosa determinada, siempre que dichos actos no estén sujetos a inscripción. ¿A cuál de estos dos casos se ha querido referir la norma?

Sin perjuicio de que luego toquemos el problema de la "sustitución", creo que puede resultar aleccionador comparar los artículos 21 del Código de comercio y 86 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que uno y

otro vienen a decir lo mismo, pero el 86 del Registro es más completo, pues desarrolla lo que dispone la ley. Cuando el Código de comercio habla de "*poderes generales*" dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios está englobando lo que podríamos llamar "nombramiento y cese de administradores y liquidadores" a que se refiere el número 5 del artículo 86 del Reglamento, pues el artículo 21 del Código de comercio para nada se refiere a esos nombramientos, quizá por entender englobados los mismos en lo que se llama "*poderes generales*" o por estar refiriéndose a casos muy concretos de los comerciantes individuales. Convendría, por ello, comparar dicho artículo 21 del Código de comercio con el 76, 1.º del Reglamento Mercantil, que está exclusivamente destinado a los comerciantes individuales y que dice exactamente igual para ambos casos: "los poderes generales dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros representantes y, en su caso, su revocación". Mientras que el comerciante individual precisa de "*poderes generales*" para esos gestores, dependientes y representantes, al comerciante social le basta en principio con la inscripción de los estatutos y el nombramiento de las personas que ejerzan las funciones de gestión y administración, refiriéndose, por ello el Reglamento, a los casos en los que las personas que ejerzan esas funciones otorguen a su vez poderes, los modifiquen, los revocan o los sustituyan.

¿El otorgamiento de un poder general para pleitos, uno general para un acto o contrato o uno especial para cosa determinada, supone una sustitución de poder, delegación de facultades o un apoderamiento directo? Siguiendo el conocido trabajo de Porpeta Clérigo ("*Sustitución de poder*", A.A.M.N., tomo I) hay que distinguir entre la "sustitución" que supone un traspaso de facultades no revocable y que equivale a una renuncia traslativa que elimina toda actuación futura del apoderado, y el "subapoderamiento" que es delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado que conserva su primitivo poder. Es curioso que bien optemos por configurar el supuesto como verdadera sustitución, cosa que exigiría una constatación registral, o bien como un subapoderamiento en su consideración de modificación de poder, también exigiría su inscripción. Pero es que en uno y otro caso, aun admitiendo que no estaban incluidos dichos poderes en la inscripción, habría que pensar en la posible y doble actuación de "sustituto" o subapoderado, junto con el gerente o administrador y el posible fraude que ello supondría, pues frente a todos uno queda facultado para actuar, mientras que la realidad de un poder no inscrito elimina o simultanea dichas facultades.

¿Pero estos casos pueden darse en la llamada representación orgánica? Es claro que, conforme a la tesis de Porpeta, en la representación orgánica no hay sustitución: "sólo cabe sustitución cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen, pues los poderes funcionan a base de facultades delegadas, pero las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo". De ahí que si no estamos ante un caso de "sustitución" estaremos en la

regla general de la inscripción de poderes, debiendo excluir solamente los "generales" antes citados y que se refieran a una cosa determinada. Parece ser que éste era el caso contemplado en la Resolución y ahora lo importante sería saber si ese acto era o no inscribible, y si por no serlo precisamente en el Registro Mercantil debería eliminarse de la inscripción.

b) *Argumento de la inscripción concretada al Registro Mercantil.*— Hemos quedado que todos los poderes son inscribibles, salvo los generales para pleitos y aquellos que se refieran a un acto o varios sobre cosa determinada y que "no estén sujetos a inscripción". ¿Pero a qué inscripción y en qué Registro? El considerando cuarto de la Resolución, coincidiendo exactamente con la posición notarial, entiende que la frase final del artículo comentado se refiere a aquellos actos concretos que no sean inscribibles en el propio Registro Mercantil, no a los que, por ejemplo, podrían generar inscripciones en el de la Propiedad, como en el presente caso.

La venta de unos pisos de un edificio perteneciente a la sociedad y la posible constitución de hipoteca en su garantía del precio aplazado, no parece ser en principio un acto sujeto a inscripción en el Registro Mercantil, pues aunque es evidente que el apoderamiento que ello significa para realizarlo "modifica el contenido de los documentos inscritos" no llega a incluir sobre la disposición del capital y sí del patrimonio, conforme al artículo 86, 8 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero cabe preguntarse, ¿los actos enumerados en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil y que son objeto de inscripción pueden ser objeto de un poder especial y concreto? Precisamente por no serlo es por lo que no necesita matizar la palabra inscripción, referida al Registro Mercantil. Dar un poder para realizar cualesquiera de los actos enumerados, resulta insólito, de ahí que no precise referirse a ellos. Pero lo que no puede pretenderse es que, basándose en esa exclusión, debamos entender que se mate la norma para concretarla a todos los demás actos no enumerados en el citado precepto, pues ello elimina la posible relación que el Registro Mercantil debe tener y tiene con otros como el de la Propiedad, el de Hipoteca Mobiliaria, etc. Eliminar los poderes concretos o sobre cosa concreta que generen actos "no sujetos a inscripción en el Registro Mercantil", es eliminar de la inscripción los poderes para la realización de cualquier acto que no sea de los enumerados en el artículo 86 del Reglamento, esto es, para cualquier acto de la vida jurídica que deba inscribirse en cualquier Registro.

Al precepto que comentamos le falta la coletilla final "no sujetos a inscripción en cualquier Registro", lo cual también supondría una arbitrariedad, ya que su inutilidad resultaría clara. De ahí que añadirle al precepto o querer añadirle algo más de lo que dice, me parece excesivo. En materia de interpretación parece ser que había una regla de oro: donde la ley no distingue nosotros no debemos distinguir. ¿Por qué aquí distinguimos? Pero abandonando la "hermenéutica" de fácil utilización en la argumentación, vayamos a lo que es grave: eliminar de la inscripción los poderes para actos o contratos no sujetos a inscripción en el

Registro Mercantil es provocar una doble legitimación o apariencia jurídica simultaneando facultades de disposición en dos personas distintas o, lo que es igual, el problema de la doble venta, pero al revés en su iniciación: dos vendedores y dos compradores. Con la exhibición de un poder o de un "testimonio" de un poder revocado, el apoderado puede seguir actuando, aunque simultáneamente lo puede hacer el poderdante.

c) *Argumento sobre el dinamismo y la legitimación registral.*—Al igual que con los argumentos anteriores, la Dirección General sigue el informe del Notario autorizante. Y así, si el Notario habla de que la inscripción de dicho poder sería contraria a la "*celeridad característica del tráfico mercantil*" necesario para el buen desenvolvimiento de la economía nacional, con lo que se perjudicaría el bien común, la Dirección utiliza el argumento del dinamismo de la actividad mercantil y concluyen ambos que lo que no está sujeto a inscripción en el Registro Mercantil no tiene por qué legitimarse expresamente con una previa inscripción de poder. Es decir, se reduce la esfera de actuación al campo mercantil.

Verdaderamente que la Dirección no apura el argumento que el Notario señala, pues eso hubiera sido excesivo. El Notario puntualiza que en estos casos es más que suficiente la publicidad que supone la exhibición del título y que en el caso que se contempla, además, como el Notario autorizante es el que hizo el poder e intervino en todas las demás escrituras y tiene a la vista todos los antecedentes, nadie mejor que él para mejor apreciar la legitimidad del otorgante. En una frase castiza podría resumirse la postura notarial: yo me lo guiso y yo me lo como, palomo.

Es bien cierto que, como dice Ladaria Caldentey ("Legitimación y apariencia jurídica"), la legitimación puede emanar en forma "indirecta", a través del poder y de una forma "extraordinaria", mediante la inscripción registral, pero lo que ya resulta peligroso es mantener esas dos legitimaciones en pugna para decidir cuál de ellas ha de ser preferente, sobre todo cuando la primera se destruye por la revocación. El no controlar la primera, convirtiendo la legitimación "indirecta" en "extraordinaria" es exponerse a una doble actuación, sobre todo cuando la competencia notarial no depende de la intervención en un primer acto—como en la liquidación del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Documentados— sino de la libre elección del otorgante. Además, el hecho de ocuparse el Notario del otorgamiento de todos los documentos que pueden conformar un acto, no supone la eliminación del control que lleva consigo la calificación registral ni, por supuesto, la posibilidad de que en ella no se cometa un error, una invalidez o un acto contrario a Derecho. Precisamente —y esto creo que ya está totalmente superado en la doctrina actual— la doble intervención de funcionarios la exige el Estado para cerciorarse de que el acto queda plenamente válido y eficaz. Aun admitiendo que la exhibición, no notarial, sino registral, del poder, en su copia y no testimoniado (recuérdese lo que ya dijo, bien dicho, Martínez Santonja en "Lo que debe hacerse y no debe hacerse en la redacción de documentos sujetos a inscripción"), fuese acreditativa de una legitimación, habría que acompañarla de algo que justificase las

facultades del poderdante, como una certificación registral, vigencia del cargo, etc. Así todo, ¿sería inscribible en el Registro de la Propiedad una venta de piso de la misma finca hecha por el gerente en base de las facultades estatutarias constatadas en el Registro Mercantil?

La deseada celeridad del mundo mercantil que ahora parece haberse contagiado a la mayoría de los campos de la vida, no creo que pueda ser argumento decisivo a la hora de inclinar balanzas. He opinado siempre que las cosas urgentes impiden hacer las cosas importantes y la celeridad no puede ser argumento cuando a su través se trata de eludir el cumplimiento de una ley en materia tan delicada como la de la legitimación. Bien claramente se lo dice el Registrador al Notario: la solución para lograr esa celeridad era y sigue siendo el párrafo 2 del artículo 164 del Reglamento Notarial.

Relacionado con la celeridad el informe notarial trae a colación —quizá en base de la nota calificadora y cita del funcionario— el artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual ni los Jueces, ni los Tribunales, ni las Oficinas públicas podrán admitir documentos referentes a Sociedades que deban estar inscritos en el Registro Mercantil, extendiéndose dicha prohibición a los Notarios que hubieren de autorizar cualesquiera otros y en los que deban hacer constar la inscripción de aquéllos. Verdaderamente que aplicar la celeridad a los casos que en el supuesto del recurso se discuten y no extenderla a los demás que regula el artículo 86 del Reglamento Mercantil, es valorar subjetivamente una urgencia de venta de pisos como más necesitada de celeridad que los aumentos o disminuciones de capital social, emisiones de obligaciones, etcétera. En todo caso, la solución se la daba el mismo Registrador al entender aplicable a estos casos al ya citado artículo 164 del Reglamento Notarial.

No creo que pueda añadirse más en defensa del criterio opuesto al que la Resolución mantiene, pues, todos los posibles antecedentes que puedan traerse a colación son contrarios a la interpretación que se da por la Dirección al precepto cuestionado, pero hay que tener en cuenta que al suponer una modificación o, por lo menos, una aclaración de cuestiones y dudas planteadas, nada o muy poco añade el argumento histórico a la tesis que mantenemos.

A la hora de las valoraciones se hace muy necesario tener muy presente la generalidad de principios que pueden incidir en un caso determinado y como hemos visto si aquí parece predominar el de la “celeridad de tráfico mercantil”, no había que haber echado en olvido esos otros que surgen de las inevitables relaciones que el Registro Mercantil tiene con el de la Propiedad y, sobre todo, esa publicidad creadora de legitimaciones extraordinarias que pueden conducir a resultados totalmente distintos de los que la celeridad exige. Por mi parte entiendo, igualmente, que la celeridad es la que puede ser tenida en cuenta por el legislador para dictar el precepto, pero debe ser tomada con mucha cautela por el intérprete y por el funcionario encargado de velar por el cumplimiento de la norma.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA. APODERAMIENTO.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE APODERAMIENTO OTORGADA POR UN BANCO A FAVOR DE QUIENES OCUPEN DETERMINADOS CARGOS CON LA SOLA REFERENCIA A LA OPORTUNA CERTIFICACIÓN DEL NOMBRAMIENTO. (Resolución de 13 de mayo de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de julio de 1976.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Madrid por el Notario don Enrique Sánchez Oliva el 28 de enero de 1975, don Vicente Salgado Blanco, Presidente del Banco Mercantil e Industrial, S. A., confirió poderes a todas las personas que ejerzan los cargos de Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados de las sucursales que el Banco tenga establecidas en la actualidad o establezca en el futuro a fin de que puedan, en nombre y representación de la entidad mandante ejercer las facultades que se relacionan en la certificación unida a la escritura, que especifica numerosos actos relativos al tráfico bancario tales como, entre otras, firmar y expedir toda clase de correspondencia, hacer préstamos, constituir, reconocer, modificar, dividir, aceptar, posponer, subrogar y cancelar hipotecas, tanto mobiliarias como inmobiliarias, prendas con o sin desplazamiento, censos, anticresis y cualesquiera otros derechos y estableciendo que para el ejercicio de las facultades transcritas bastará que los Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados del Banco acreditan mediante certificado expedido por la entidad bancaria su nombramiento para dichos cargos, sin que se señalen otras bases de determinación de las personas de los Apoderados ni de las Sucursales que en lo sucesivo se puedan establecer.

Resultando que presentada en el Registro copia autorizada de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: "DENEGADA la inscripción del precedente documento:

1.º Porque al no estar concedido el apoderamiento contenido en él a favor de persona determinada, queda al margen del documento público exigido por el artículo 1.280 del Código civil algo tan esencial al apoderamiento como es la persona concreta del apoderado.

2.º Porque al verificarse su inscripción, la publicidad concedida al Registro Mercantil, institución pública, por el artículo segundo de su Reglamento y por el artículo 30 del Código de Comercio, al hacerse efectivo el apoderamiento contenido en el precedente documento y expedirse la certificación bancaria a la que el mismo se refiere, sería sustituida por la publicidad de las Entidades bancarias, Entidades privadas.

3.º Porque en el mismo se contienen apoderamientos de Sucursales bancarias inexistentes en favor de inexistentes empleados del Banco Mercantil e Industrial, S. A."

Resultando que don Félix Ester Gálvez, como Secretario General del Banco Mercantil e Industrial y en representación del mismo, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la citada Entidad bancaria ha procedido siem-

pre a inscribir los poderes conferidos en la escritura con el fin de procurar mayores garantías de seguridad a terceros, aun cuando jurídicamente no fuese necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86-6.º del Reglamento del Registro Mercantil; que de mantenerse el criterio del Registrador no sería posible la inscripción de ningún poder a favor de una persona jurídica; que siempre se ha admitido esta forma de poder y así lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones, entre ellas la de 4 de enero de 1902, cuando determina que el que concurre a un acto por el cargo que ejerce no necesita sino justificar el ejercicio del mismo; que la publicidad registral es suficiente cuando se determinan los cargos; que el poder cuya inscripción se deniega ha sido previamente inscrito sin dificultades en los Registros Mercantiles de todas aquellas provincias donde el Banco Mercantil e Industrial tiene establecidas sucursales y que incluso en el Registro Mercantil de Valladolid podrían, probablemente, hallarse antecedentes de inscripción de poderes análogos al debatido; que la aceptación del restringido criterio del funcionario calificador produciría grandes dificultades en el tráfico bancario, por el retraso que supondría el otorgamiento de un poder nominal y su posterior inscripción, teniendo en cuenta los frecuentes cambios de titularidad de los cargos por diversos motivos (traslados, ascensos, etc.).

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que conforme a lo preceptuado por el artículo 86-6.º del Reglamento del Registro Mercantil, y en contra de la afirmación del recurrente, es necesaria la inscripción del poder conferido en la escritura calificada por cuanto la constitución y cancelación de hipotecas es un acto sujeto a inscripción; que la Resolución de la Dirección General de 4 de enero de 1902, citada por el recurrente, no tienen ninguna relación con la nota objeto de recurso; que la inscripción de la escritura calificada redundaría en menoscabo del principio de publicidad conferido al Registro Mercantil por el artículo 30 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil, base y esencia de la institución registral, lo que hace que el fondo del problema planteado no sea materia opinable, no siendo por tanto el criterio del Registrador susceptible de variación en aras de la unificación de pareceres; que la relación de apoderamiento está supeditada a su constancia en documento público conforme a lo determinado en el artículo 1.280-5.º del Código civil y 90 del Reglamento del Registro Mercantil, pudiendo quedar indeterminada la persona del apoderado para ser determinada "a posteriori" siempre que se sienten en la escritura las bases de la determinación, que en principio no pueden ser otras que un nuevo documento público u otra escritura, pero nunca una simple certificación bancaria como se pretende, y si esto es así, la agilidad del tráfico bancario no ganaría nada con la inscripción, puesto que se requeriría otra escritura posterior concretando la persona del apoderado; que el criterio que considera que una certificación con firmas legitimadas es suficiente para la determinación de la persona del apoderado choca con el artículo 257 del Reglamento Notarial, que autoriza a los Notarios para la legitima-

ción de firmas puestas al pie de documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil; que en consulta formulada por la Asesoría Jurídica del Banco de España a la Dirección General de los Registros y del Notariado, resuelta el 8 de enero de 1974, se planteaba el problema de si los poderes otorgados genéricamente a determinados cargos podían sufrir efectos en el Banco de España completándose la identificación con un certificado expedido por el Banco con firmas legitimadas, a lo que la Dirección General no encontró inconveniente, pero que el caso debatido es distinto ya que supone dar validez como identificación complementaria suficiente y con efectos ante el Registro al certificado expedido por el Gerente de un determinado Banco, o por el Director de los Servicios Centrales u otro empleado con firmas legitimadas, pero al que no corresponde legalmente la representación del mismo por no pertenecer al Consejo de Administración como Apoderado con facultades para expedir tal certificación; que al resolver la consulta formulada la Dirección General insistió mucho en que la representación de las entidades bancarias ha de emanar de lo que proclame el Registro Mercantil, las nuevas escrituras que determinen la persona concreta del apoderado o los certificados legitimados, en su caso, deben constar en el Registro Mercantil por nota marginal o de otro modo, única forma de que las escrituras como la calificada produzcan sus efectos, por lo que la inscripción de escrituras sin determinación de la persona del apoderado no agilizaría el tráfico bancario; que en la escritura debatida ni se determinan las personas de los apoderados ni se establecen las bases para su determinación, por lo que su inscripción produciría como consecuencia que la función de publicidad conferida al Registro por el artículo 30 del Código de comercio y 2.º del Reglamento del Registro Mercantil se desplazase a los archivos de la entidad bancaria; que en la citada escritura se va incluso muy lejos, ya que la entidad poderdante no sólo está determinada, sino que a veces es inexistente; y que en definitiva vuelve a insistir que si se accediese a la inscripción solicitada nada supondría para la agilidad del tráfico jurídico y sí un detrimento para la publicidad registral.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil la escritura de apoderamiento otorgada por el Banco Mercantil e Industrial a favor de las personas que ejerzan los cargos de Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados de las Sucursales que el mencionado Banco tenga establecidas en la actualidad o establezca en el futuro, los cuales podrán ejercitar las facultades que en concreto se les confieren una vez acreditada con la oportuna certificación expedida por el Banco haber sido designados para ejercer cualquiera de dichos cargos.”

“Considerando que la organización de las funciones de gestión y representación en las personas jurídicas en general, y en particular en las Sociedades, está condicionada por la dimensión que alcancen y por las características de la actividad en que operen, lo que origina que entre las diversas alternativas que la regulación ofrece —administración unipersonal o colegiada, centralizada o descentralizada, distribuida según

criterios funcionales territoriales— haya de proceder la Sociedad a articular libremente los órganos de administración según las particulares exigencias de la propia Empresa.”

“Considerando que al tratarse de una Sociedad que por su complejidad y por la extensión territorial de sus operaciones no permite al Consejo de Administración, o a las Comisiones ejecutivas que de su seno puedan surgir, desplegar toda la actividad que sería necesaria para la buena marcha de la Empresa, por lo que una racionalización del trabajo y una mejor organización de la Sociedad exige que, al amparo de lo establecido en el párrafo 1.º “in fine” del artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, puedan, mediante los oportunos apoderamientos, descentralizar algunas de las funciones en favor de aquellos que mediante una relación de arrendamiento de servicios ostentan un cargo dentro de la propia Empresa y no pertenecen al Consejo de Administración.”

“Considerando que la publicidad registral mercantil en lo que se refiere a los apoderamientos no tiene la significación de un requisito para la inscripción de los actos representativos que otorgue el apoderado y que sean inscribibles, sino que, por el contrario, se trata de una publicidad de efectos sustantivos que, según el artículo 29 del Código de comercio, supone una carga para el poderdante y una protección para el tercero que contrasta con el representante del apoderado, cuando este tercero actúa de buena fe por desconocer los términos del poder.”

“Considerando que entrando en concreto en el examen de la nota, y en relación a los dos primeros defectos, cabe observar que la representación mercantil aparece justificada o en la apariencia jurídica de hecho —artículos 283 y 286 del Código de comercio— o en el apoderamiento otorgado conforme a derecho con las formalidades establecidas en nuestras leyes, y fundamentalmente en el artículo 1.280-5.º del Código civil, que exige el otorgamiento de escritura pública.”

“Considerando que es evidente que el Registro Mercantil no es el cauce adecuado para la publicidad de los elementos de hecho de una Sociedad o Empresa mercantil —como en parecida medida sucede en el Registro de la Propiedad, en que los principios hipotecarios no se aplican al simple hecho de poseer, artículo 5 de la Ley Hipotecaria—, dado que toda la publicidad registral se mueve dentro del campo de la apariencia jurídica formal, y por ello no sólo pueden tener acceso al Registro los apoderamientos que resultan de una situación de hecho, sino tampoco aquellos otros en que todo el negocio representativo no aparezca completo en el documento que lo formaliza, como sucede en el presente caso en donde la escritura calificada designa genéricamente al apoderado sin individualizarlo, ya que esta individualización queda prevista se verifique por medio de certificación de la Sociedad poderdante, mero documento privado, con lo que se infringe lo dispuesto en el artículo 1.280 del Código civil y se deja incompleta la publicidad documental del título de apoderamiento que regula el artículo 1.219 del mismo Cuerpo legal, por lo que no cabe su inscripción al oponerse a lo establecido en el artículo 90 del Reglamento del Registro Mercantil.”

“Considerando que no se ve ningún inconveniente en que el apodera-

miento pueda estar comprendido en dos o más escrituras públicas, una de ellas con el contenido de la que ha sido objeto de calificación y la otra u otras en que se individualicen personalmente los apoderados, ya que en este caso aparecen cumplidas las exigencias del artículo 1.219 del Código civil y 164 y 165 del Reglamento Notarial, en cuanto que la segunda o ulteriores escrituras desarrollan o completan la primera anterior y esta forma compleja de documentar el apoderamiento es perfectamente inscribible al amparo del mencionado artículo 90 del Reglamento.”

“Considerando finalmente, en cuanto al tercer defecto, que la inscripción de las Sucursales no es estrictamente necesaria, según declaró la Resolución de 8 de enero de 1974, y por tanto, mientras no se practique la inscripción separada en el Registro Mercantil a que corresponda la sede de la Sucursal —artículo 97 del Reglamento que lo regula—, los poderes deberán inscribirse, conforme a las normas generales, en la hoja abierta a la Sociedad en su domicilio social, y sólo a medida que se vayan creando las nuevas Sucursales y se haya abierto su hoja correspondiente, procederá practicar los asientos pertinentes, sin que el hecho de que en un futuro puedan crearse nuevas Sucursales sea un obstáculo para realizar las inscripciones que procedan en las ya creadas y en las que se ha solicitado se lleven a cabo.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar los defectos primero y segundo de la nota del Registrador y revocar el tercero.”

Consideraciones críticas.—El problema jurídico que esta Resolución ofrece es producto, sin duda alguna, de esa especie de descentralización bancaria y sucesiva creación de sucursales, fenómeno que va parejo con el crecimiento periférico de las ciudades, barrios y distritos. El problema se concreta a la necesidad de que el Director, Apoderado o Interventor de cada sucursal pueda representar debidamente al Banco o Entidad Bancaria sobre la base de un poder referido al cargo, pero sin expresión de la persona, pudiendo hacerse esa concreción mediante otro documento.

En mi corta estancia por Cataluña observé —y creo que el problema se logró mitigar un poco a base de ciertos acuerdos tomados en el Centro de Estudios Hipotecarios— una viciosa práctica en la constitución de las hipotecas otorgadas por las Cajas de Ahorros y sus respectivas sucursales, ya que el apoderamiento al Director de la sucursal se hacía por medio de acuerdo certificado del Consejo de Administración. La frecuencia con que en esa región se da la garantía hipotecaria hizo que las medidas adoptadas fueran sólo a partir de una fecha de otorgamiento, pues el dar efecto retroactivo a la medida hubiese paralizado la contratación, ya que cada venta lleva consigo la hipoteca.

Tratando de averiguar las razones en que podía basarse esta viciosa práctica no he podido menos de relacionar esos casos con los de los cargos políticos, cuya personalidad en el documento público se acredita por “notoriedad” según dice el artículo 156 del Reglamento Notarial en su número 4.º: “... salvo si se tratare de funcionarios públicos que intervengan en el ejercicio de sus cargos, que bastará con la indicación de éste y el nombre y apellidos”. Es frecuentísimo que el Consejo de Administración autorice al Delegado de Gobierno, por ejemplo, y que se acom-

pañe certificación del Secretario en la que se acredite que el cargo lo ejerce la persona que sea y que está vigente. Quizá de ahí venga la asimilación de los Directores y Apoderados con los "funcionarios públicos", que en el caso de la Banca Oficial resulta evidente.

El supuesto está ya estudiado clarísimamente por Porpeta Clérigo ("Sustitución de poder", AAMN. Tomo I) quien al exponer ciertas figuras colindantes con el subapoderamiento nos habla de los poderes "al cargo", los "al portador" y los "en blanco". Los primeros son los que se conceden al Presidente de una Sociedad o Corporación, cuyos sucesivos ocupantes los utilizan en ese concepto, sin que el forzoso cambio de personas suponga desplazamiento alguno de facultades mientras el cargo (verdadero titular de aquéllas) continúe subsistiendo; los poderes "al portador" suponen el hecho de que el poderdante autorice al apoderado para delegar en un tercero sin saber quién pueda ser y los poderes "en blanco" es el caso de un poder que se le entrega a una persona en blanco y bajo la firma de un tercero y en el cual estampa el nombre de otra. Mientras en los documentos al portador lo decisivo es la transferencia manual del documento, en los en blanco lo es la firma que los autoriza.

Porpeta Clérigo advertía que ninguno de estos supuestos había tomado carta de naturaleza en la instrumentación española y que verdaderamente por ser el mandato o el poder actos eminentemente personales, donde la confianza es la razón de su existencia, resultan de difícil admisión. Puede ser este motivo el propicio para intentar ver el posible juego de la validez de las figuras. Todo ello sin desviarnos de lo que podríamos considerar como base del recurso: el apoderamiento al cargo, su posibilidad de inscripción en el Registro Mercantil y el conexo de sucursales de nueva creación y de personas que en su día ejercerán el cargo. De ahí que dividamos en dos nuestros comentarios:

A) *La persona y el cargo*

De la lectura de los diversos considerandos de la Resolución parece deducirse que se da por supuesto no solamente la validez, sino la frecuencia, de la figura del "apoderamiento al cargo", planteándose únicamente la manera o la forma en que ha de procederse para dar vida humana, para llenar de vida, la abstracción que supone un cargo. Y en esto parecen coincidir el recurrente y el funcionario calificador. Este último, solamente condiciona la posible validez de ese poder al cargo, siempre que se sienten en las escrituras las bases de la determinación "a posteriori" de la persona del apoderado.

Quizá con ello se ha llevado hasta los últimos extremos esa serie de diferencias que la doctrina puso de relieve para diferenciar mandato y poder. El mandado supone una obligación, hay gestión y es acto bilateral. En el poder hay relación externa, facultad, representación y es unilateral. El apoderamiento siempre genera una legitimación externa basada en el acto del poderdante, de ahí que no quepa la renuncia. Digo que se han llevado hasta los últimos extremos estas diferencias, pues en todas ellas, late la existencia de dos personas. poderdante y apoderado. Aquí,

en la construcción que se ofrece, despersonaliza el acto. Solamente la figura del poderdante es la que cuenta, quien otorga lo que Carnelutti llamaba el poder de representación, susceptible de apoyarse en relaciones causales de diverso contenido que pueden incluso faltar. De esta forma parece lograrse la realización práctica de la "continuidad" de poder que, despersonalizado, sólo puede cesar por revocación.

Quizá no deba o no pueda alegarse en contra la idea de la confianza y el "titutu personae", pues aunque esa relación lo es en efecto de confianza, es evidente que la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo y que ha de asumir la calidad de apoderado debe también serlo del poderdante, sobre todo si de Bancos se trata. De ahí que la labor del intérprete no creo deba discurrir por la margen de la discusión sobre validez o nulidad de la figura, ya que a ello no parece oponerse obstáculo aparente dentro de la legislación, y si intentar una construcción que pueda sostener jurídicamente la figura.

¿Qué es el apoderamiento al cargo? Y aquí la imaginación del jurista puede llegar a límites insospechados pasando desde esa construcción que lindaba —según Porpetta— con el subapoderamiento, hasta la atrevida tesis de precontrato o promesa unilateral, pasando por la reserva de opción, hasta llegar a la figura del contrato con persona a designar tan estudiada por Stolfi, Enrietti y, entre nuestros juristas, por De Castro y Vallet de Goytisolo. A mi entender, aunque tendría que demostrarlo, no existe un verdadero apoderamiento, pues éste exige en el otro lado de la voluntad del poderdante una persona natural o jurídica, pero no una abstracción. Estamos ante un negocio jurídico imperfecto, condicionado, un apoderamiento de futuro, un proyecto de negocio, etc. Todo ello sin negar la eficacia práctica que pueda tener la figura y la necesidad que ella lleva a cubrir. La fórmula del apoderamiento al cargo es muy semejante a la de la designación del apoderado mediante el modo indirecto de referirlo a la titularidad que pueda ostentarse sobre un bien mueble o inmueble o un animal, lo cual es decir bien poco, sobre todo hasta que se demuestre esa titularidad. De ahí que a las notas que la doctrina señalaba como decisivas para configurar el apoderamiento, se me antoja que debería añadirse esta otra: la necesaria determinación de la persona del apoderado. Digo esto, porque admitiendo el apoderamiento al cargo se oscurece el juego de la "renuncia" que Hupka afirmaba no poder existir dada la esencia unilateral del apoderamiento. La renuncia al "cargo" del Director de Banco (admitiendo que la gente renuncie a esos puestos) lleva consigo la renuncia al poder y la despersonalización del mismo. Estamos en el mismo caso del poder a favor de quien sea propietario de una finca: la transmisión de titularidad hace recaer toda la fuerza del apoderamiento en la voluntad del apoderado. Quizá todo esto no sea muy convincente, pues creo que en el negocio unilateral del apoderamiento habría que también tener muy en cuenta la relación causal que lo motiva.

B) Forma de concretar la persona del Apoderado

De lo que se trataba y discutía es de si el "poder al cargo" era o no inscribible en el Registro Mercantil en la forma otorgada o precisaba de un complemento. Y lo portentoso del caso —lo paradójico del caso— es que dando por resuelto el problema de la validez del apoderamiento "al cargo" o, por lo menos sin afrontarlo, se decide que el documento tal y como se ofrece no puede ser objeto de inscripción.

Con ello se aceptan las dos primeras razones o defectos que el Registrador puso al documento. Sobre todo la primera, que luego queda un tanto mermada al ser desarrollada. El Registrador precisaba que al no existir un apoderado concretamente señalado le faltaba algo tan esencial como la persona del apoderado y quedaba fuera del artículo 1.280 del Código civil. Luego estropea la nota al decir que hubiera bastado que el documento señalase las bases de la determinación, lo cual viene a negar la afirmación anterior. O es básico o no es básico el problema de la determinación. Menos mal que la Dirección sólo acepta la tesis de la nota y no la aclaración, entendiendo que el apoderamiento puede estar comprendido "en dos o más escrituras públicas", una en la que se haga el apoderamiento "al cargo" y otra en la que se "individualicen personalmente los apoderados". Con ello se da cumplimiento a lo que disponen los artículos 164 y 165 del Reglamento Notarial y 1.219 del Código civil, los primeros referidos a la "intervención notarial" y el segundo a la eficacia del documento público posterior frente al anterior.

Es decir, la Dirección General entiende que la exigencia del artículo 1.280 del Código civil respecto de la escritura pública sólo puede ser cumplida en un solo acto o en otro posterior mediante otro otorgamiento, pero nunca mediante un documento que no sea escritura pública, como podía ser una certificación bancaria del nombramiento y vigencia de determinada persona para el cargo que fuese. Y ante ello es preciso concluir que el "apoderamiento al cargo" es un negocio incompleto que precisa siempre de una segunda etapa a cumplir, pues de reputarse válido como parece desprenderse del arranque del recurso, es evidente que podía ser complementado con cualquier otro documento: certificación bancaria, por ejemplo, con firmas legitimadas. Choca, pues, la argumentación, incluso la del Registrador, pues se insiste en el mismo argumento por caminos distintos: la Dirección, a través del artículo 1.280 del Código civil y el Registrador sobre la base del artículo 257 del Reglamento Notarial que prohíbe la legitimación de firmas de documentos no comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil.

La otra razón que el Registrador exponía en su nota era la de la publicidad registral. Si se admite la inscripción del documento de apoderamiento "al cargo" en el Registro Mercantil y posteriormente se permite su "concreción" en base de una certificación bancaria, parecen superponerse dos publicidades, la registral y la emanada de la certificación, otorgando a esta última los mismos efectos que a la primera. Lo que no se resuelve en forma expresa, aunque parece deducirse del recurso, es si

podría inscribirse la escritura de apoderamiento al "cargo", juntamente con la certificación bancaria con firmas legitimadas, aplicando analógicamente algún artículo del Reglamento del Registro Mercantil, como podía ser el 108 para el nombramiento de administradores. En esto la Dirección es inflexible: el artículo 90 del Reglamento es lo suficientemente claro a este respecto: los poderes deben constar en escritura pública para que tengan acceso al Registro.

Sobre la Dirección General no pesa el argumento utilizado por el recurrente de la "*celeridad propia del tráfico bancario*" (cosa que, sin embargo, es utilizada como argumento en otra Resolución posterior y que comentamos con anterioridad a ésta en estas mismas notas: Resolución de 25 de agosto de 1976) y sí creo que es decisivo el contenido de la Resolución de 8 de enero de 1974, en la que se resolvía una consulta formulada por el Banco de España en orden a una "certificación bancaria" que se estimó insuficiente para completar unos poderes genéricos a favor de determinados "cargos". A pesar de ello, en el arranque de los considerandos parecía que ese criterio de la "celeridad comercial", la descentralización, etc., podían decidir o haber decidido la cuestión.

En los considerandos cuatro, cinco y seis se toca el tema de la publicidad, la apariencia jurídica e incluso de la publicidad de los elementos de hecho, pero entiendo que con ser generalizaciones, más o menos discutibles, bien perfiladas, no sirven en este caso de apoyo a la tesis que se sustenta en el recurso. Había que haber intentado el camino de la construcción del "apoderamiento al cargo" con toda su indudable dificultad.

C) *Inscripción de sucursales*

Se ocupa del problema el último considerando de la Resolución, que a mi entender —y en esto me alegra coincidir con Tirso Carretero (Comentario a esta Resolución en "Rev. Cr. Dr. Inmobiliario", Noviembre-diciembre 1976, pág. 1475)— está en abierta contradicción con todo lo sostenido anteriormente. Aparentemente es claro lo que parece querer decir: *que los poderes a Directores de Sucursales no inscritas y aún no creadas se inscriban en el folio abierto a la central.*

Pero si se detiene uno a pensar en eso vemos que la Dirección ha dicho en considerandos anteriores que los "apoderamientos al cargo" no son inscribibles si a ellos no se acompaña una escritura pública en la cual se concrete o individualice la persona que ejerce el cargo y a la cual le corresponde la representación. ¿Cómo es posible que los "apoderamientos al cargo" de sucursales que aún no han sido creadas puedan inscribirse en el folio de la Oficina central si en ellas no caben los de las sucursales "ya creadas"? Tenía razón el Registrador al hablar en su nota de "apoderamientos de sucursales bancarias inexistentes en favor de inexistentes empleados".

Parece un contrasentido todo ello, máxime si uno se fija en que precisamente en este caso que es donde el Registrador tenía toda la razón es donde se la quitan, revocando su nota. Quizá sin esa revocación de

nota podría admitirse, con leves retoques, lo que dice el considerando en el fondo: que hasta que no se creen las sucursales y se inscriban las mismas es muy difícil, por no decir imposible, inscribir esos apoderamientos a favor de personas inexistentes.

Tirso Carretero, en el comentario que cito, completa el estudio de este considerando haciendo un recorrido por la legislación para descubrir la forma y manera de la inscripción de sucursales en el Registro Mercantil. De ahí que yo remita al lector a dicha publicación, la cual, por ser muy completa, es muy difícil de superar y lo suficientemente clara para que todo aquel que tenga curiosidad de conocerla.

SOCIEDAD ANÓNIMA. LEGALIZACIÓN DE FIRMAS.—ES INSCRIBIBLE UN ACTA SOBRE LEGITIMIDAD DE FIRMAS EN QUE EL NOTARIO AUTORIZANTE ASEVERA QUE LAS IMPRESAS EN EL LLAMADO TÍTULO-ACCIÓN QUE SE INCORPORA AL PROTOCOLO SON IDÉNTICAS A LAS FIRMAS AUTÓGRAFAS ESTAMPADAS ANTE EL FEDATARIO, CON DECLARACIÓN POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES DE LA SOCIEDAD DE AQUEL TÍTULO-ACCIÓN ES EXACTAMENTE IGUAL A TODOS LOS EMITIDOS. Resolución de 14 de octubre de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de noviembre de 1976.)

Hechos.—Resultando que la Sociedad “Valores de Internacional de Comercio, S. A. —INCOVASA—, en escritura autorizada por el Notario de Madrid don Antonio Rodríguez Agrados, en 1 de julio de 1974, aumentó su capital social en doscientos millones de pesetas, por lo que su total capital actual es de cuatrocientos millones, representado por ochocientas mil acciones al portador de quinientas pesetas nominales cada una, todas ellas suscritas y totalmente desembolsadas, y que para dar cumplimiento a lo ordenado en el Decreto de 21 de febrero de 1958 se imprimieron los ochocientos mil títulos con las firmas también impresas de su Presidente y del Consejero-Delegado, los cuales comparecieron ante el Notario, al que entregaron un título sin numeración e idéntico a todos los demás a fin de que el Notario levantase Acta a la que incorporaría dicho título, y en la que acreditaría la identidad de las firmas impresas en el título presentado con las que estamparían a continuación en su presencia al autorizarse el Acta.

Resultando que autorizada en la forma indicada el Acta con fecha 19 de noviembre de 1976 y presentada a continuación en el Registro Mercantil primera copia de la misma, fue calificada con la siguiente nota: “DENEGADA la inscripción del precedente documento —previo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 385, c), del Reglamento Hipotecario— por acreditarse mediante la diligencia que contiene solamente la identidad de las firmas que aparecen en un impreso llamado “título de acción”, carente de valor jurídico, con otras estampañas a presencia del señor Notario autorizante, identificación que no está comprendida entre las que pueden tener acceso al Registro. Es defecto insubsanable, que impediría la anotación preventiva, si fuera solicitada”.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso re-

curso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el fondo del problema se reduce a determinar si el Notario tiene que comprobar la identificación de firmas de todos los títulos de cuya identificación se trata, o si es suficiente el procedimiento utilizado en el Acta calificada que la interpretación literal que hace el funcionario calificador del Decreto de 21 de febrero de 1958 no es tan segura como para fundar la denegación impugnada, dado que el plural "firmas impresas" puede referirse no a la pluralidad de títulos a examinar, sino a la pluralidad de firmas, en el supuesto, normal en la práctica, de que sean dos los administradores que deban firmar los títulos, y a esta opinión nos conduce el tipo de documento notarial exigido, una sola Acta notarial y no una diligencia por título, ya que de nada serviría a los accionistas ni a los futuros adquirentes de los títulos que el Notario hubiese examinado éstos uno por uno, comprobando las firmas, si esta comprobación notarial no constase en el mismo título, ya que nadie podría estar seguro de si determinado título había sido objeto de comprobación notarial o no; que el Decreto citado no exige una actuación notarial sobre cada título, sino un Acta notarial genérica comprensiva de todos, careciendo de sentido la comprobación individualizada; que el mencionado Decreto de 21 de febrero de 1958 ha de ser interpretado a la luz de su precedente el artículo 2.354-2.º del Código civil italiano, que establece que las acciones deben ser suscritas por uno de los administradores y que es válida la suscripción mediante la reproducción mecánica de la firma con tal de que el original sea depositado en la oficina del Registro de Empresas en que está inscrita la Sociedad, ya que no se trata de legitimar las firmas de cada título, sino de crear un original del título de acción con firmas legitimadas depositado en una oficina pública que permite el cotejo cuando sea necesario; que el Decreto de 1958 ha preferido, por el contrario, la conservación en el protocolo notarial, y no en el Registro Mercantil, pero completando el sistema con la inscripción en el Registro Mercantil para que se haga público en qué protocolo notarial se encuentra el original; que la nota de calificación es una novedad, ya que el Acta cuya inscripción se deniega es el sistema utilizado normalmente y a través del cual se ha hecho constar en el Registro Mercantil de Madrid y en otros muchos la identificación de multitud de títulos de acción; que con este sistema se trata de crear y conservar, uniéndolo al protocolo, el original del título, que necesariamente ha de ser un impreso sin valor; que el Decreto de 7 de julio de 1965 que declara válida para las obligaciones la fórmula establecida en el Decreto de 1958 para la identificación de firmas de las acciones, dice textualmente: "fórmula para acreditar la identidad de las firmas impresas en el título-acción", interpretando de forma auténtica que el Notario sólo acredita la identidad de las firmas impresas en un solo título, el original o matriz que se une al protocolo; que análogo criterio es el seguido por la Junta de Decanos de Colegios Notariales al resolver una consulta sobre la forma de aplicación del número 7 de los aranceles notariales en el caso de las actas a que se refiere el Decreto de 1958; que el Decreto de 1958 cuyo fin es arbitrar una fórmula que facilite, dentro de

la seguridad necesaria, la emisión y circulación de los títulos representativos de las acciones no puede ser interpretado en el sentido de entorpecer la vida mercantil, llegando a hacer imposible la puesta en circulación de tales títulos; que con la interpretación pretendida por la nota calificadora, en esta Sociedad con ochocientas mil acciones, la labor del Notario autorizante sería ingente y abrumadora, pues aun despachando mil títulos diarios, comprobando cada día dos mil firmas, se necesitarían ochocientos días, o sea, todos los días hábiles de tres años; y piénsese en su total imposibilidad en los casos de las grandes compañías eléctricas o bancarias; que tal interpretación conduciría a que el Decreto de 1958 fuera letra muerta, y según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse; que no es lógico un refuerzo de exigencias en este momento en que el concepto de acción como título está en plena crisis que llevará sin duda a su desaparición, habiéndose dado el primer paso en este sentido por el Decreto de 25 de abril de 1974 referente al sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa; y que el concepto de falta insubsanable de la nota no es aplicable a supuestos como el presente, en que el documento a inscribir es un Acta notarial, que al no precisar unidad de acto ni de contexto puede continuarse con cuantas diligencias fueran precisas.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo de conformidad con los cotitulares de la Oficina, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que si bien el Decreto de 21 de febrero de 1958 autoriza que los títulos de las acciones no sean firmados de su puño y letra por los administradores —permitiendo la sustitución del requisito de la firma autógrafa por la impresión o reproducción en los títulos de las firmas que se han estampado anteriormente por los administradores en un documento distinto, que puede consistir en un trozo de papel, una plancha metálica o cualquier otro objeto para ello—, exige para esa sustitución el cumplimiento de un requisito que garantice la fidelidad de la reproducción, consistente en un Acta notarial que acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las firmas autógrafas estampadas a presencia del Notario; que el Acta cuya inscripción se pretende sea sólo acreditativa de las manifestaciones de los requirentes y del hecho de que las firmas impresas en un título nulo son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, lo cual no cumple las prescripciones del Decreto, pues no basta la remisión que se hace en el Acta controvertida en cuanto a la existencia de los títulos y de las firmas en ellos impresas a las manifestaciones de los representantes de la Sociedad emisora; que efectivamente, como indica el recurrente, el Decreto no exige la identificación individualizada de cada una de las firmas, como así se deduce de su único artículo y sobre todo del preámbulo; que aparte de la observación directa por el Notario de cada una de las firmas impresas comparándolas con las autógrafas, existen otros medios utilizables para la identificación basados en técnicas extrajurídicas, cuya existencia está presupuesta por las normas legales, técnicas que pueden ser utilizadas para acreditar lo que el Decreto exige, con lo que se obviarían las di-

facultades que para la vida mercantil y el normal desarrollo de la función notarial supondría el sistema de cotejar individualizadamente las firmas impresas con las autógrafas; que tratándose de la identificación de firmas impresas corresponde a la técnica de imprimir la determinación y ejecución de los procedimientos a seguir; pudiendo el Notario utilizarlas en la medida que lo estime suficiente para acreditar lo que el Decreto exige; que el Decreto habla de un Acta notarial, por lo que nada impide que para llevar a cabo la identificación de las firmas impresas en los títulos se practiquen varias diligencias; que con la finalidad de esclarecer el punto controvertido y que no se pueda llegar a la reducción al absurdo que apunta el recurrente, y teniendo en cuenta que las técnicas de imprenta se basan en la existencia del "original", que ha de ser reproducido mecánicamente, puede sugerirse que lo lógico sería que las firmas autógrafas se estampasen ante el Notario en dicho original, el cual habrá de ser el del título completo y por tanto comprendiendo la matriz, ya que según el artículo 35 de la Ley de Sociedades Anónimas las acciones se extenderán en libros talonarios; que el Notario, mediante las correspondientes diligencias, puede comprobar la identidad del elemento colocado en la platina de imprimir para su reproducción con el original aludido, precintando el numerador de la propia platina después de instalar el papel que ha de ser impreso, y levantar el precinto una vez terminada la tirada; que si el Notario lo estimara preciso, en la misma diligencia o en otra a continuación podrá hacerse constar el pase de la serie impresa a la máquina contadora para comprobar la exactitud del número de ejemplares de la edición, lo cual, por otra parte, puede hacerse de modo que el numerador comience con uno o varios ceros en sucesiva progresión el número cero, el cero cero, el cero cero cero, etc. antes de la unidad para poder incorporar a la copia o copias uno de ellos; y que las alegaciones del recurrente respecto a la práctica seguida anteriormente en casos iguales al actual carecen de valor, pues tal práctica no vincula al Registrador.

Doctrina.—"Considerando que al estar de acuerdo Notario y Registrador acerca de que el Decreto de 21 de febrero de 1958 no puede entenderse en un sentido literal por conducir a una interpretación que habría de rechazarse por llevar al absurdo, y que por tanto tal Decreto no exige la identificación individualizada por el fedatario de las firmas estampadas en cada título, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si responde a la finalidad pretendida, y cumple por tanto los requisitos exigidos en este Decreto —y que también para la emisión de obligaciones los reitera el de 7 de julio de 1965— el acta notarial calificada en la que se da fe por el funcionario de que las firmas impresas en el llamado título-acción, que se incorpora al protocolo, son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, con aseveración por parte de los representantes de la Sociedad emisora de que aquel título-acción es exactamente igual a todos los emitidos."

"Considerando que es indudable que la forma permisiva, y no imperativa en que aparece redactado el mencionado Decreto, autoriza a entender —tal como se deduce del propio preámbulo de dicha disposición

legal— que no se exige ninguna comprobación notarial sobre cada título, máxime si se tiene en cuenta que carecía de sentido la misma al no quedar plasmada en el propio título emitido, sino que, por el contrario, el repetido Decreto establece la posibilidad que pueda cumplirse el requisito exigido por el artículo 43, número 7, de la Ley de Sociedades Anónimas mediante un acta notarial genérica comprensiva de todos los títulos, en la que se acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las que estampen, a presencia del Notario autorizante, el administrador o administradores designados por el Consejo de Administración para la firma del título-acción, y todo ello no obsta a la posibilidad de que en los casos de Sociedades con pequeño número de acciones, si el requirente lo desea, pueda limitarse, dado que entonces no surgiría el obstáculo material que impide “de facto” tal justificación por este procedimiento.”

“Considerando que el procedimiento seguido por la generalidad de la práctica notarial, por cierto inspirado en la solución adoptada por algún Derecho extranjero —artículo 2.354-2.º del Código civil italiano—, tiene su fundamento, como pone de relieve en su informe el Notario recurrente, en que al ser materialmente imposible las firmas de cada título —lo que el propio Decreto tiene en cuenta— se crea un *original* del título-acción, con las firmas de los administradores legitimadas, que se conserva en el protocolo notarial, y que a través de la inscripción del acta que lo recoge en el Registro Mercantil confiere publicidad suficiente para que, de surgir cuestión, puedan cotejarse las firmas impresas en los títulos con el original que contiene las firmas legitimadas.”

“Considerando que podría igualmente ser acogido el procedimiento que sugiere el funcionario calificador (Resultando 4.º), así como cualquier otro que ofreciese las garantías necesarias —dentro del principio de buena fe que rige en las relaciones mercantiles— para la observancia de la finalidad pretendida por el Decreto que regula esta materia, pero al no poderse realizar —como ya se ha indicado anteriormente— la legitimación individualizada de cada título emitido, que supondría la garantía máxima y total, en cualquiera de los posibles sistemas empleados, siempre será necesario el cotejo de las firmas que aparecen en el título o títulos discutidos con las que figuren en aquel en que se haya dado fe de las mismas por el Notario que autorizó el acta.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo del Registrador.”

Consideraciones críticas.—El caso que se plantea en esta Resolución es un supuesto de interpretación de una norma “aclaratoria” de otra. De ahí que aunque el supuesto en sí no sea un motivo para elaborar una doctrina, sí resulta aleccionador para el legislador en su producción masiva de disposiciones que la mayor parte de las veces en vez de aclarar, oscurecen. No quiere creer el comentarista que aquel Decreto aclaratorio del artículo 43, núm. 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, fuese dictado con el debido confusiónismo para que pudiese dar lugar a las diversas interpretaciones que ahora afloran en este recurso, pero la lectura pacífica del mismo de verdad que permite muchas sugerencias.

Centrado el tema diremos que el artículo 43,7 de la Ley de Socieda-

des Anónimas exigía que el título de la acción deberá contener expresamente: "7.º La firma de uno o varios administradores". Conforme al Decreto de 21 de febrero de 1958 y a fin de que esa norma no fuese "un grave obstáculo a las realidades de la vida comercial actual" se dispone que, además del medio de la firma autógrafa del Administrador o Administradores, se ofrece una fórmula que facilita con iguales seguridades la emisión y circulación de los títulos representativos de las acciones: "El requisito exigido por el párrafo 7.º del artículo 43 de la vigente Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de sociedades anónimas, podrá cumplirse mediante acta notarial por la que se acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las que estampen a presencia del Notario autorizante el Administrador o Administradores designados por el Consejo de Administración para la firma del título-acción. Formalizada el acta e inscrita en el Registro Mercantil, podrá la sociedad emisora poner en circulación los títulos representativos de las acciones."

El espíritu de la Ley venía, con el Decreto, a ser "alterado", pues basta recoger lo que podríamos llamar la interpretación más autorizada sobre ello para percibirlo: "La firma de uno o varios administradores se ofrece como garantía de la certeza de los datos suministrados por la acción. En el Anteproyecto del I.E.P. se decía que esa firma podía ser estampada por cualquier procedimiento mecánico, pero en el texto definitivo de la Ley se ha suprimido esa declaración que tendía a facilitar la emisión de los títulos en las sociedades de grandes capitales. La supresión parece dar a entender que el legislador español quiere que los títulos-acciones vayan autorizados con la firma autógrafa de uno o varios administradores. Ahora bien, como la ley no exige que sea el mismo o los mismos administradores los que firmen todas las acciones, no habrá inconveniente en que los administradores se repartan entre sí la firma de los títulos" (Joaquín Garrigues y Rodrigo Uriá, "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo I, 1952, pág. 451). El segundo de los citados autores en la edición de su "Derecho Mercantil" (año 1960), ni siquiera menciona el Decreto comentado. Sin embargo, Jesús Rubio ("Curso de derecho de Sociedades Anónimas", 1964) se refiere al "poco afortunado" Decreto de 1958 y entiende debe ser mantenido el criterio de la firma autógrafa "porque no se trata tanto de un problema de veracidad (toda firma, tanto auténtica como estampillada, es falsificable) como de señalar mejor hacia la declaración de voluntad del órgano social. Separa claramente el proyecto mecánico del título y el negocio de emisión del mismo" y añade: si falta el requisito del número 7, la acción no es tal: es un formulario, un modelo, un impreso en su caso.

Aunque la Resolución que comentamos en uno de sus considerandos —y creo que también el informe del Notario— diga que la inspiración del Decreto tiene su raíz en el artículo 2.354, 2.º del Código civil italiano, no es así, pues ese artículo admite el procedimiento mecánico de reproducción de la firma, debiendo depositarse el original en el Registro de Empresas donde se inscribe la Sociedad. El Decreto citado se aparta de ese antecedente y hace intervenir a dos instituciones: la notarial y la registral. Por la primera el Notario da fe de que las firmas impresas

en el título-acción, que se incorpora al protocolo son idénticas a las estampadas ante el Notario y, por la segunda, el Registrador, mediante su previa calificación, inscribe el acta notarial en que así conste todo ello. El procedimiento es completamente distinto y es de suponer que al dictarlo así el legislador quiso reforzar la garantía que ofrecía el Código italiano, pero con ello provocó un campo abierto a la discusión y de paso, como hemos visto, alteró el espíritu de la Ley.

Si el espíritu y la letra de la Ley eran los expuestos y si el Decreto de 1958 no hizo más que alterar lo dispuesto en ella, sin tener en cuenta el riguroso orden jerárquico de la derogación de disposiciones legales, era evidente que dicho Decreto era nulo y que quizá hubiese sido más fácil argumentar esa nulidad que formular una nota poco hábil frente al acta notarial. Claro que exponerse a defender el espíritu y la letra de la Ley frente a un Decreto y a una realidad es desembocar en esas dificultades materiales que suponen emisiones considerables de títulos que posiblemente tendrían inmovilizados a los Administradores durante largos períodos de tiempo echando esas firmas autógrafas que exigía la Ley. La verdad sea dicha que en mi desconocimiento de los quehaceres de Administradores sociales no sé si existen los huecos precisos para firmar y, sobre todo, para cronometrar lo que puede tardarse en la firma, con relevos, de los títulos-acciones. El Notario hace un cálculo de lo que él podía tardar en cotejar o identificar firmas de los títulos, pero quizá la firma, si no es muy historiada, rebuscada y barroca (lo cual puede evitarse con Administradores nombrados previa comprobación de firma fácil y rápida) puede cubrir esas etapas en menos tiempo.

Lo cierto es que el Registrador ante la manera que el Notario estima cumplir el Decreto, entiende que no es correcta, superando, por supuesto, ese pretendido y minucioso examen de cada uno de los títulos, que al ser impresos a nada conduciría. Su posición es que el acta que se pretende inscribir es sólo acreditativa de las manifestaciones de los requerentes y del hecho de que las firmas impresas en un título nulo son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, pues ello desplaza la dación de fe de la "identidad" de firmas a la "manifestación" de los interesados de que ello es verdad en los títulos que se emiten y no en el que se protocoliza. Propone, por supuesto, otros medios y entre ellos el de que las firmas se estampen en un título "original" con su correspondiente matriz (artículo 35 de la Ley) y que el Notario pueda comprobar la identidad del elemento colocado en la platina de imprimir para su reproducción.

El informe del Notario es, por supuesto, contrario a estas apreciaciones y habla de la innecesidad de que se de fe de cada acción, de los precedentes del Código italiano, de la frecuencia en la práctica del sistema que él utiliza y de otra serie de consideraciones, en especial del procedimiento de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa actualizado por Decreto de 25 de abril de 1974.

La Dirección General revoca la nota del Registrador y da la razón al Notario, sin perjuicio de reconocer que aparte la manera que en este caso concreto se ha utilizado para dar cumplimiento al Decreto de 1958,

hay la que señala el Registrador, así como cualquier otro que ofrezca las garantías necesarias para la finalidad pretendida. Esto es, se reputa como bueno el procedimiento de crear "un original del título-acción". con las firmas de los Administradores legitimadas que se conserva en el protocolo notarial, y que a través de la inscripción del acto que lo recoge en el Registro Mercantil, confiere la publicidad suficiente para que de surgir cuestión puedan cotejarse las firmas impresas en los títulos con el original que contiene las firmas legitimadas.

Habría que pensar serenamente en las razones que avalaban el complicado Decreto de 1958 para sacar unas conclusiones decisivas sobre este punto. Si lo que de verdad se perseguía con dicho Decreto era la simplificación de esas firmas de los Administradores evitando "el grave obstáculo a las realidades de la vida comercial actual", es evidente que sirve la fórmula notarial y cualquier otra, pero si de lo que se trata es de asegurar la "identidad" de firmas autógrafas con las reproducidas mecánicamente habría que pensar en procedimientos más serios y en una actuación notarial más directa, pues en eso estoy de acuerdo con el Registrador, al afirmar que las firmas estampadas a presencia del Notario en un título que se protocoliza no cubre más que la fe notarial que del hecho de la afirmación ofrece el Notario, a reserva de que posteriormente por la publicidad registral se demuestre lo contrario. Y la demostración es difícil, pues lo que el Registro publica es una "copia" del acta en la que ya no constan las firmas originales, ni la reproducción de ellas, sino la referencia a la protocolización del acta original. Es decir, que habría que "regresar" al protocolo notarial para averiguar la identificación por el cotejo.

Pienso que habría que completar la fórmula notarial con algo más. Pensar en un acta en el que se exhiban al Notario un título-acción firmado de manera autógrafa por los Administradores, otro ya impreso que acredite la coincidencia y aparte de protocolizarlos, exigir que a la copia del acta se acompañen duplicados de uno y otro, no con el ánimo de que el Registrador los compruebe, pues eso sería negar la fe notarial, sino de que los archive para que la publicidad registral se apoye no en el protocolo notarial y sí en el archivo registral complementario de la inscripción del acta. Quizá eso no evite la posible falsificación, pero puede ser una fórmula intermedia entre esa dación de fe de una manifestación de "coincidencia" de firmas y esa exigencia de "pie de imprenta" que parece patrocinar el informe registral.

Marginados en este comentario han quedado otros problemas a los que parece aludir Alejandro Bérnago ("Sociedades Anónimas. Las acciones) que, a su vez, recoge el artículo que sobre el comentario del Decreto de 1958 hace Pérez Escolar ("La firma de la acción por los administradores", Rev. Dr. Privado, 1958). Uno y otro pueden consultarse por el lector de estas notas en ampliación de las mismas. Cabría añadir, por último, que el criterio establecido por el discutido Decreto de 21 de febrero de 1958 fue extendido a los títulos de obligaciones emitidas, en virtud de otro Decreto de 7 de julio de 1965. Los problemas, por ello, son similares.