

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10454 *Resolución de 27 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles IX de Madrid a inscribir una escritura de poder.*

En el recurso interpuesto por don Pedro Muñoz García-Borbolla, notario de Las Rozas de Madrid, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid, don José Antonio Calvo González de Lara, a inscribir una escritura de poder.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Las Rozas de Madrid, don Pedro Muñoz García-Borbolla, el día 9 de abril de 2015, número 1.327 de protocolo, el administrador solidario de la sociedad «Procinco, S.L.», confiere poder general a determinada persona para ejercitar, entre otras muchas facultades, la siguiente: «Eleva a público acuerdos o decisiones sociales, sean acuerdos de órganos colegiados, como la junta general o el consejo de administración, sean decisiones del socio único, administrador único o solidario, administradores mancomunados, consejeros delegados o comisiones ejecutivas».

II

El día 10 de abril de 2015 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa: «José Antonio Calvo González de Lara, registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: (...) Fundamentos de Derecho (defectos) 1.-1.-Suspendida la inscripción del precedente documento, por el siguiente motivo: En el apartado octavo de las facultades: No es posible la concesión de un poder para elevar a público decisiones del administrador único, solidarios, mancomunados, ni consejeros delegados, de conformidad con lo señalado en el artículo 108.3 RRM, que señala: «...3. La elevación a instrumento público por cualquier otra persona requerirá el otorgamiento de la oportuna escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos en cuyo caso deberá inscribirse en el Registro Mercantil.» De acuerdo con dicho precepto, es posible el apoderamiento para elevar a público acuerdos de los órganos colegiados, pero no para las decisiones adoptados por órganos que no lo son. De esta forma, es necesario señalar que: 1) La administración de una sociedad puede ser confiada a un órgano colegiado, como es el consejo de administración, o a uno que no lo sea, como es el administrador único y los administradores solidarios o mancomunados estando sometida la organización y el funcionamiento del órgano colegiado a lo dispuesto en los estatutos sociales y en la Ley de Sociedades de Capital. 2) Los acuerdos de los órganos colegiados, una vez adoptados, tienen vida propia con independencia de la modificación de los mismos, lo que prueba que un acuerdo de junta o consejo, puede ser elevado a público por un órgano de administración que haya sido designado con posterioridad. 3) El artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere a elevación a público de acuerdos de las juntas o asambleas generales y de los órganos colegiados de administración, no haciendo referencia a los otros sistemas de

administración. Por su parte, el artículo 108 R.R.M., señala en su apartado primero que la elevación a público de los, acuerdos sociales corresponde a la persona que tenga la facultad de certificar, en el, segundo a los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito, cuando hubieran sido expresamente facultados para ello en la reunión en la que se han adoptado los acuerdos y, en el tercero, a cualquier otra persona con el otorgamiento de la oportuna escritura de poder. Del estudio conjunto de los dos artículos, resulta con claridad que un apoderado únicamente está facultado para elevar a público acuerdo de la junta general y de órganos de administración colegiados.

4) En consecuencia, hablar de elevar a público acuerdos o decisiones sociales, igualándolas a decisiones adoptadas por órganos de administración no colegiados, es incongruente, ilegal y antirreglamentario; a pesar de que tanto acuerdos como decisiones son determinaciones cuya diferencia es difícil precisar, aunque no así cuando se aplican al asunto que tratamos.

5) Los administradores mancomunados, consejeros delegados, administrador único o administradores solidarios, no adoptan acuerdos, sino que directamente su decisión es ejecutiva e inmediata su puesta en práctica, que se produce, en unidad de acto siendo este hecho muy frecuente en el Registro Mercantil de Madrid. El ejemplo más evidente de ello es el siguiente supuesto, «administrador único, actuando en la forma y representación que legalmente le corresponde, confiere un poder en certificación que es elevado a público por persona facultada para ello». Este supuesto rompe los esquemas del órgano de administración por las siguientes razones: Se trataría de otorgar poder en documento privado, lo que infringe el artículo 1280 del Código Civil y toda la doctrina de la Dirección General en esta materia, que puede resumirse en lo siguiente: «Uno de los principios generales del sistema registral es el de la necesidad de titulación pública para la práctica de cualquier asiento en el Registro, salvo los casos expresamente exceptuados (cfr. artículos 18.1 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil), dada la especial trascendencia de los asientos registrales, que tienen alcance -erga omnes-, gozan de la presunción de exactitud y validez, y se hallan bajo la salvaguarda jurisdiccional (artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil). En aplicación concreta de tal principio, los artículos 94.1.5.º y 95.1 de dicho Reglamento exigen expresamente que la revocación de los poderes otorgados por la sociedad conste en escritura pública para su inscripción en el Registro. Y, como ha reiterado esta Dirección General en varias ocasiones, al corresponder por Ley la gestión y representación de la sociedad al órgano al que compete otorgar las correspondientes escrituras de poder, o de revocación» (cfr. Resoluciones de 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991 y 1 de marzo de 1993). En caso de que el sistema de administración elegido por la sociedad no sea colegiado, implica la atribución de una función al administrador único, administradores solidarios o administradores mancomunados, y es a estos a quienes les corresponde, en los dos primeros casos a cualquier administrador y en el segundo a los administradores mancomunados en la forma de actuación conjunta establecida en los propios estatutos, en cuanto al poder de representación, de donde resulte acreditada su actuación y que no se pueden aplicar normas de órganos colegiados como el consejo de administración. En consecuencia, ha de comparecer ante el notario el administrador único, cualquiera de los administradores solidarios, o los administradores mancomunados en la forma de actuación conjunta establecida en los propios estatutos, para otorgar una escritura en las que tomen decisiones como la de conferir poderes, revocarlos o trasladar el domicilio social dentro del mismo término municipal, de manera que el fedatario público pueda enjuiciar no sólo la capacidad jurídica, sino también la natural de las personas que comparecen a otorgar la citada escritura y la libre expresión del consentimiento. Puede ocurrir el supuesto de que el administrador que ha otorgado un poder en documento privado, el día en que se formalice la escritura pública, ya no pertenezca al órgano de administración o, incluso, haya fallecido, lo que no puede ocurrir cuando el órgano de administración es colegiado, que subsiste aun habiendo modificaciones personales en su composición y sus acuerdos constan en acta. El mismo Reglamento, en su artículo 108, autoriza para elevar a público a cualquier administrador siempre que se le faculte expresamente en la reunión, lo que da

a entender que en su más amplia interpretación, sólo puede referirse al supuesto de la junta general y de los órganos colegiados, únicos que se reúnen para adoptar acuerdos, los cuales se llevan al preceptivo libro de actas (arts. 15.2, 202 y 250 de la Ley de Sociedades de Capital, y art. 26 del Código de Comercio). Es necesario en este caso resaltar que tampoco, siguiendo esta línea de argumentación, es posible la elevación a público por parte de un solo administrador mancomunado, aún confiriéndole autorización para ello el propio órgano de administración (lo dicho sería porque un órgano colegiado o una junta, adoptan acuerdos que se llevan a un libro de actas -art 26 CC, 250 LSC para el caso del consejo de administración-, cuya elevación a público puede encomendarse a cualquiera de los miembros del órgano en el propio acuerdo -108.2 RRM-). En este supuesto ni el poder de gestión, mancomunado para todos, ni el de representación, mancomunado al menos por dos de ellos, permitiría una posible elevación por uno de ellos. 6) Por último, los artículos del Reglamento del Registro Mercantil 106 -que regula la existencia de los libros de actas-, 112 y 113, -referentes a los órganos sociales colegiados y el contenido de los elementos de los acuerdos que han de constar en la inscripción-, en su interpretación conjunta, han de entenderse como que hay que distinguir entre los órganos que son colegiados y que adoptan acuerdos y los que no lo son y toman decisiones, aún cuando estos últimos sean pluripersonales (por ejemplo varios administradores solidarios). En congruencia con todo ello y viendo que el artículo 109.3 es un supuesto único que admite la norma, de la existencia de un libro de actas, para decisiones del socio único, igualándolo normativamente al libro de actas de las juntas de socios. A mayor abundamiento el servicio de legalización de libros de los Registros Mercantiles no conoce la legalización de libros de actas de órganos no colegiados (administradores únicos, solidarios, mancomunados o consejeros delegados). Cabría la inscripción parcial del documento, en cuanto a no inscribir el apartado 8 de las facultades, si bien no se practica porque no se solicita en el título presentado. Art 63 RRM. Es defecto subsanable. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, a 27 de abril de 2015. El Registrador».

III

El 26 de mayo de 2015, mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 28 de mayo de 2015, el notario autorizante de la escritura calificada, interpuso recurso contra la calificación en el que alega lo siguiente: «Como se dice en Derecho notarial, en sentido técnico se habla de elevación a público de documento privado cuando la escritura no tiene valor constitutivo, cuando se limita al reconocimiento de un negocio o de un consentimiento anterior; y de esa manera, la elevación a público de un documento privado consiste en el otorgamiento de una escritura en que se recoge el negocio o la voluntad tal como aparecen estructurados en un documento privado y se ratifica ante el notario el consentimiento prestado privadamente. Trasladada esa idea al ámbito societario, la elevación a público de un acuerdo social es el otorgamiento de una escritura en la que se recoge una voluntad social y se ratifica ante el notario; es la repetición en forma pública de lo que ya se hizo privadamente. Eso, en todo el Derecho privado, puede hacerse por medio de apoderado, a excepción de actos personalísimos que no existen en la vida social. Y no hay razón para que en actos societarios pueda hacerse con acuerdos de órganos colegiados pero no con decisiones de órganos no colegiados; la voluntad social es idéntica cuando la expresa la junta general o el consejo de administración que cuando la expresa el socio único o al administrador solidario. Y en nada empecen a esta conclusión las resoluciones que se citan en la nota, que hacen referencia a la competencia de los distintos órganos sociales y no a la forma de los actos: R. 31.10.1989 (no es admisible el acuerdo de que la junta asuma la administración), R. 08.02.1975, R. 26.02.1991 y R. 01.03.1993 (la junta no puede otorgar poderes). Señala la nota de calificación que la decisión del administrador único de conferir un poder sería un poder en documento privado que infringiría el art. 1280 C.c.; y efectivamente es así, como también lo infringe la compraventa otorgada en documento privado. Pero ambas

infracciones, al no tratarse de una forma exigida como sustancial, se subsanan con la elevación a público. La elevación a público no hace sino cumplir con todos los preceptos que se citan en la nota como exigencia de una titulación pública para el acceso al Registro Mercantil (arts. 18.1 y 20 C. de c., y arts. 7, 94.1.5 y 95.1 RRM). La objeción de que el administrador único o solidario o los mancomunados han de comparecer personalmente para que «el fedatario público pueda enjuiciar no solo la capacidad jurídica, sino también la natural de las personas que comparecen a otorgar la escritura y la libre expresión del consentimiento», o el recelo de que ya no pertenezcan al órgano de administración o incluso hayan fallecido, no se compadece con la existencia de una voluntad social distinta de la voluntad individual de las personas que integran los órganos sociales: los peligros de incapacidad natural del administrador único, de su falta de libertad en la expresión del consentimiento o de su posible fallecimiento no son distintos, por ejemplo, en tres administradores mancomunados que hayan de actuar conjuntamente que en los tres integrantes de un consejo de administración, como no son distintos en la junta de dos socios y en la decisión del socio único; o en el administrador mancomunado que actúa como tal y como apoderado del otro; o en el apoderamiento electrónico del art. 41 L. 14/27.09.2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Tampoco es significativa la invocación del art. 108 RRM cuando autoriza a la elevación a público al miembro del órgano de administración expresamente facultado en la reunión; se trata sencillamente de que en las decisiones de órganos no colegiados no hay reunión en la que se pueda facultar a nadie; y por eso continúa diciendo el mismo artículo que la elevación a instrumento público por cualquier otra persona requerirá el otorgamiento de la oportuna escritura de poder, como es el caso objeto de este recurso. La nota termina con una interpretación conjunta de los arts. 106, 112 y 113 RRM. Pero nada avala la necesidad de esa interpretación conjunta: Según el art. 106 RRM, «La sociedad podrá llevar un libro de actas para cada órgano», o sea, para la junta general y para el órgano de administración; nada impide que al primero se lleven las actas de las juntas o las decisiones del socio único, como nada impide, aunque no sea usual, que en el último se reflejen tanto acuerdos del consejo como decisiones de órganos de administración no colegiados (es más: el reflejo de esas decisiones en un libro de actas daría mayor transparencia a la gestión social; porque no deja de ser paradójico que la decisión del consejo de administración de, por ejemplo, comprar un inmueble pueda impugnarse según el art. 251 LSC, y la de un administrador único no sea ni siquiera conocida hasta que ya está ejecutada). Precisamente por no ser usual, el art. 107 RRM (con cuya invocación comienza la nota de calificación), contempla la elevación a instrumento público de los acuerdos de órganos colegiados de administración, que, llevados necesariamente al libro de actas, pueden serlo «tomando como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos»; es decir, en este último caso, con certificación directa de los acuerdos, antes de ser pasados al libro de actas. Pero eso no quiere decir que no pueda hacerse lo mismo con decisiones de órganos no colegiados, con la misma base o, caso de no constar en el libro de actas, solo con certificación de los acuerdos o decisiones».

IV

Mediante escrito, de fecha 3 de junio de 2015, registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 20 y 26 del Código de Comercio; 1280 del Código Civil; 15, 23.e), 28, 202, 217, 218, 251, 285.1 y 313 de la Ley de Sociedades de Capital; 5, 7, 94, 95, 97, 106, 107, 108, 109, 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de septiembre de 1980, 15 de mayo de 1990, 18 de enero de 1991, 28 de octubre de 1998, 1 de junio de 2005 y 7 de abril de 2011.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso el administrador solidario de una sociedad de responsabilidad limitada confiere poder general a determinada persona para ejercitar, entre otras muchas facultades, la siguiente: «Elevar a público acuerdos o decisiones sociales, sean acuerdos de órganos colegiados, como la junta general o el consejo de administración, sean decisiones del socio único, administrador único o solidario, administradores mancomunados, consejeros delegados o comisiones ejecutivas».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, conforme al artículo 108.3 del Reglamento del Registro Mercantil, es posible el apoderamiento para elevar a público acuerdos de los órganos colegiados, pero no para las decisiones adoptados por órganos que no lo son («administrador único, solidarios, mancomunados, ni consejeros delegados»).

2. El defecto no puede ser confirmado, toda vez que, según la doctrina reiterada de este Centro Directivo, la elevación a instrumento público de acuerdos de una sociedad, en tanto en cuanto comporta una manifestación de voluntad relativa a un negocio o acto preexistente que se enmarca en el ámbito de actuación externa de aquélla, compete «prima facie» al órgano de representación social, que podrá actuar directamente o mediante apoderado con poder suficiente (cfr. las Resoluciones de 3 de septiembre de 1980 -relativa a un supuesto de administradores mancomunados-, 15 de mayo de 1990, 18 de enero de 1991, 28 de octubre de 1998 y 7 de abril de 2011). Así lo confirma el artículo 108.3 del Reglamento del Registro Mercantil, que no distingue según el sistema o la estructura del órgano de administración. Por ello, ningún obstáculo puede oponerse a la posibilidad de que el acuerdo o la decisión de órganos de administración no colegiados que consten por escrito alcancen forma pública mediante escritura otorgada por apoderado en los términos permitidas por el citado precepto reglamentario. El criterio contrario conduciría a formalismo que no añadiría garantía sustancial alguna a tales decisiones o acuerdos y a su reflejo tabular (algo en suma beneficioso para la seguridad del tráfico mercantil, pues no lesionan ningún interés legítimo).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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

Madrid, 27 de julio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.