

No basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante será la *efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor*. Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las sentencias impugnadas en amparo como «riesgo relevante», lo que permite descartar que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél.

RESUMEN

DERECHO DE VISITA. TRANSEXUALIDAD

No vulneración del derecho de un padre transexual a no ser discriminado por razón de la orientación sexual por la restricción del régimen de visitas a su hijo. La disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Ésta se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre.

ABSTRACT

VISITING RIGHTS. TRANSSEXUALITY

A transsexual father's right to freedom from discrimination by reason of sexual orientation was not violated by a restriction of the father's right to visit his/her child, established in the course of a procedure to amend definitive measures. The parent's gender dysphoria was not the true reason for the court's decision to restrict visiting rights. In view of the prevailing interest of the child and on the basis of the psychologist's evidence, the decision was justified by the considerable risk that the situation of emotional instability the father was going through might well have a negative repercussion on the child's personal development.

1.3. Derechos reales

EL ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A LOS PODERES DE REPRESENTACIÓN: UN RESUMEN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

La interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su coordinación con el artículo 18 LH, ha generado una discusión en torno al ámbito de la califi-

cación registral, en cuanto a los poderes de representación. En estas líneas se hace un breve repaso a la jurisprudencia existente sobre el tema, recogiendo las sentencias más actuales de las Audiencias Provinciales resolviendo en recursos contra las Resoluciones de la DGRN, para tratar de exponer y resumir las posturas de sobra conocidas en torno a este asunto, y cuál es nuestro criterio sobre el mismo.

I. PLANTEAMIENTO

La calificación registral, como establece el artículo 18 LH, se extiende a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas que se presentan en el Registro.

De este modo, el Registrador, tradicionalmente, ha «revisado» que se cumplan dichos requisitos, pues es condición para que el derecho que se inscribe y publica sea válido; como cumplimiento del principio de legalidad en aras de facilitar la presunción de exactitud registral derivada del principio de legitimación (art. 38 LH), y conseguir, de este modo la fe pública registral (art. 34 LH).

Cuando el otorgante de una escritura pública actúa a través de representante, el Registrador debe comprobar que el poder extendido a su favor es válido y está todavía en vigor, pues si no dicha representación no será correcta.

Todo esto que tradicionalmente no ha admitido discusión, sufre un enorme revuelo, como de todos es conocido, por la publicación, primero, y posterior modificación del párrafo segundo del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

El artículo, analizado ha quedado con la siguiente redacción:

«Artículo 98. Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario.

1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita».

A partir de este momento se inició, permítanme que así lo denomine, una «guerra» entre los Registradores y la DRGN por la interpretación de este segun-

do párrafo del artículo 98 y su coordinación con el artículo 18 LH, pues el mismo puede suponer recortar o mermar, en algunos aspectos, la función calificadora del Registrador. En definitiva, se discute sobre el ámbito de la calificación registral.

Desde aquí sólo se pretende hacer un breve repaso a la jurisprudencia existente sobre el tema, recogiendo las sentencias más actuales de las Audiencias Provinciales resolviendo en recursos contra las Resoluciones de la DGRN, para tratar de exponer y resumir las posturas de sobra conocidas en torno a este asunto, y cuál es nuestro criterio sobre el mismo.

Si la discusión se centra en cuál es el ámbito de la calificación del Registrador, empezaremos por ahí.

El artículo 18 LH señala el ámbito de calificación del registrador que se extiende: a la formalidad de las legalidades extrínsecas de los documentos de toda clase, así como a la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras que se presentan a inscripción. Queda claro, por tanto, que el Registrador debe examinar si los otorgantes de una escritura pública tienen capacidad suficiente. Si el otorgante actúa a través de representante, el registrador, en principio, conforme al artículo 18 LH debería examinar el poder que le faculta para ello. En la calificación de los poderes encontramos, precisamente, el centro de la discusión.

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. ANTES DE LA LEY 24/2001

Antes de la entrada en vigor del polémico artículo 98, y como bien recoge ÁVILA NAVARRO, en la calificación registral de los poderes tanto los generales como los inscritos en el Registro Mercantil, se entendía que el Registrador debía examinar respecto de los mismos tanto la capacidad, como la forma, suficiencia y subsistencia de aquellos. E incluso, como recogía la RDGRN de 29 de septiembre de 1978 nada obstaba a que el Registrador pudiera solicitar «aquellos documentos complementarios —máxime si aparecen relacionados en el título principal que puedan serle necesarios para un mayor acierto—», y si estaban meramente reseñados, la copia autorizada debía acompañarse siempre. Si los poderes estaban inscritos en el Registro Mercantil, se aplicaba la reiterada doctrina de la DGRN, en virtud de la cual el Registrador de la Propiedad no puede volver a realizar una nueva calificación sobre los documentos inscritos en el Registro Mercantil, pero, siguiendo a ÁVILA NAVARRO (1), el Registrador sí podría calificar sobre cuestiones de capacidad del apoderado, suficiencia del poder y subsistencia del mismo, pues estas cuestiones no han sido calificadas en el Registro Mercantil. La RDGRN de 21 de enero de 1951 afirmó que «los Registradores de la Propiedad están facultados para apreciar la existencia de las sociedades, la capacidad de las personas que las representan y la extensión de sus atribuciones al decidir sobre la válida realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles o derechos reales, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 18 y 20 LH».

(1) ÁVILA NAVARRO, P., *La representación con poder (Estudio de Derecho Notarial y Registral)*, CER, Madrid, 1993, págs. 162-166, recogido en *La calificación registral*, Ed. Thomson-Civitas, tomo II, segunda edición, Madrid, 2008, págs. 1003-1005.

En el mismo sentido, el trabajo de MARTÍNEZ ROJO (2), en el que hace un recorrido histórico sobre la calificación de las escrituras públicas, concluye, que, antes de la Ley 24/2001, nunca se cuestionó que el Notario, en las escrituras públicas en las que intervenía un poder de representación, debiera expresar en el documento no sólo el título de legitimación, sino también las facultades concretas referidas, y si éstas faltaban se calificaban como incompletas, deficientes o defectuosas.

La polémica sobre la calificación de los poderes de representación, como afirma este autor, sólo alcanzaba a la extensión que debía darse a la relación de facultades, bien la inserción literal o la incorporación del poder, o testimonio literal parcial con fórmula añadida de que en lo omitido no existía nada que alterase la parte transcrita. Pero quedaba claro que el Registrador podía entrar a examinar la suficiencia y subsistencia de esos poderes (de las facultades), y si consideraba que eran deficientes rechazar la inscripción de la escritura.

En 1997 se produce un cambio en esta línea, y la RDGRN de 1997 afirma que aunque es obligatoria la inscripción del cargo de administrador único de una SA en el Registro Mercantil, el hecho de que no conste inscrito tal cargo, no debe impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto transmisivo otorgado por aquél, y el Registrador de la Propiedad no tiene por qué acudir y confiar únicamente en el Registro Mercantil para comprobar la vigencia del poder del representante que otorgaba la escritura, aunque, eso sí, tendrá que acreditarse la vigencia y validez del nombramiento de Administrador por otros medios. En concreto, la dicción literal de esta resolución es la siguiente:

«En el nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha quedado suprimida la norma contenida en el artículo 95 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, por la cual se ordenaba la inadmisión en oficina pública de documentos comprensivos de actos sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, sin que se acreditara tal inscripción. Por otra parte, es incuestionable la validez de las actuaciones jurídicas que en nombre de la sociedad anónima realice el administrador desde el mismo momento de la aceptación del cargo válidamente conferido (art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ciertamente la inscripción de tal cargo es obligatoria (arts. 22 del Código de Comercio, 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 4 y 94.4.º del Reglamento del Registro Mercantil), pero como el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad, tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al Registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por aquel Administrador.

Ahora bien, si la interpretación conjunta de los preceptos legales citados no permite mantener el defecto impugnado, ello no debe llevar a desconocer las enormes dificultades prácticas que surgirán para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el Administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil, por cuanto en tal hipótesis habrá de acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento de Administrador en términos que destruyan la presencia de

(2) MARTÍNEZ ROJO, J. M., «Apuntes para una historia del modo de expresar la representación en las escrituras públicas», en *La calificación registral*, Ed. Thomson-Civitas, tomo II, segunda edición, Madrid, 2008, págs. 1006-1049.

exactitud registral establecido en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil, siendo así que tales extremos dependen de múltiples elementos y circunstancias».

Con esta Resolución, la DGRN da un paso más allá hacia la nueva interpretación del Centro Directivo, pues la falta de inscripción de los nombramientos de cargos de representación en un Registro con fe pública registral —como es el Mercantil— es irrelevante para que el Registrador de la Propiedad pueda rechazar la inscripción de un acto transmisivo hecho por dicho representante; es decir, no debe entrar a calificar esa falta de inscripción del cargo de administrador, pues el incumplimiento de la obligación de inscribir tal nombramiento no afecta a la validez de dicho acto, y queda fuera de la calificación del Registrador. Aunque, sí que es cierto que en esta resolución, parece que —aunque sólo sea por dificultades prácticas— aconseja al Registrador que acredite —todavía— la vigencia y validez de dicho nombramiento.

2. TRAS LA PUBLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001

La publicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, con su artículo 98, continúa en esta línea, restringiendo el ámbito de la calificación del Registrador, ya que a partir de entonces, el Registrador deberá limitarse, para apreciar la suficiencia y subsistencia de las facultades de representación, a comprobar que existe reseña que se incorpora en la escritura pública, en la que a juicio del Notario se asevera que tales facultades son suficientes y la congruencia de este juicio con el título presentado. No podrá pedir ningún documento complementario para calificar dichos extremos, basta la reseña notarial, pues es el Notario el encargado de apreciar la suficiencia de poderes. Es de señalar que el propio artículo 98 utiliza la expresión «se limitará», luego, a mi juicio, da a entender que el ámbito de la calificación registral de los poderes de representación se ha visto efectivamente disminuido, que ese no era el ámbito normal, sino que se producía una reducción del mismo.

A raíz de esta modificación legal, la DGRN establece una reiteradísima doctrina —como a ella misma le gusta señalar—, en una pluralidad de resoluciones, que pasamos a analizar a continuación.

La RDGRN, de 1 de agosto de 2005, recoge la doctrina de la RDGRN de 1997, que es asimismo repetida en otras anteriores, como pueden ser las de 3 y 23 de febrero de 2003, y la expresa del siguiente modo, concretando los medios y ámbito de la calificación registral: «Como ya ha señalado este Centro Directivo en numerosas ocasiones, es obligación del Registrador “calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación” (que deberá comprender, al menos, el nombre o denominación social de la sociedad representada, el nombre o denominación social del representante, el nombre del Notario autorizante, la fecha del documento, el número de protocolo) y, de otro, “la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado o las facultades ejercitadas y la congruencia de la calificación que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título”.

“El Registrador no podrá, en ningún caso, solicitar que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas; o que se le

transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que nacen las facultades representativas; igualmente, no podrá acudir a ningún medio extrínseco de calificación”. El Registrador “tiene tasados los medios de calificación siendo los mismos dos: el título presentado a inscripción y los asientos del Registro del que es titular”. La prohibición de acudir a otros medios de calificación que se establece al Registrador, entre ellos la de acudir a otro instrumento de publicidad como es el Registro Mercantil, nos parece excesiva, pues el Registrador también queda “afectado” por el contenido de los libros mercantiles”.

En la RDGRN, de 30 noviembre de 2005, se abordó el caso en el que una sociedad había dado poderes para la transmisión de unos terrenos a su apoderado, a través de una comisión nombrada judicialmente en el marco de aprobación de un convenio de suspensión de pagos. El apoderado así lo afirma ante el Notario autorizante de la escritura de venta, y exhibe sus poderes. El Notario los juzga suficientes, y así lo refleja en la escritura. El Registrador rechaza la escritura de venta porque, según consta en otros asientos registrales, dicha comisión había quedado disuelta tras haber modificado el apoderamiento en cuestión, y constaba la renuncia del apoderado a su cargo; luego no era admisible el juicio notarial de la suficiencia de poderes. La DGRN estima el recurso presentado y revoca la calificación del Registrador, señalando que «por una razón elemental de seguridad jurídica, el Registrador, en orden a la inscripción, debe limitarse a calificar la escritura “por lo que resulte de ella y de los asientos del Registro” (como ordena el art. 18 de la Ley Hipotecaria), sin que entre los medios de calificación tenga nunca cabida, por tanto, el conocimiento personal o directo ni por notoriedad del Registrador». Y continúa señalando que el objeto de calificación del Notario y del Registrador no son coincidentes, pues al Registrador no le compete calificar «el hecho objeto de la escritura, sino la escritura objeto de la inscripción», y por eso el artículo 18 LH limita el objeto de la calificación registral a los actos «contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos de los registros». Aunque, continúa diciendo, que los asientos que debe tener en cuenta el Registrador a la hora de calificar está claro «que se refiere exclusivamente al Registro que está a cargo del propio funcionario calificador, no a otros Registros ajenos a su competencia y a su responsabilidad, a los que no se extiende, por consiguiente, tampoco su calificación. La publicidad del Registro Mercantil no condiciona la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, como ha declarado en reiteradas ocasiones esta Dirección General (cfr., por todas, las Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 de febrero de 2001»; pero, además el Centro Directivo añade que dentro del Registro de la Propiedad sólo debe tener en cuenta los asientos del mismo folio de la finca objeto del derecho que se pretende inscribir, y que estén vigentes. Concluye la DGRN diciendo que: «No existiendo, por tanto, en el folio abierto a la finca objeto de la escritura calificada, en el momento de su presentación en el Registro, ningún otro asiento anterior que impida su inscripción, la calificación de la escritura presentada habrá de atenerse, pues, a lo que resulte de ella, a la hora de enjuiciar si la representación de la parte vendedora ha quedado o no debidamente acreditada. Esa representación se acredita, en el caso de la escritura calificada, de modo suficiente, a juicio del notario autorizante, mediante la exhibición por el representante de varios documentos auténticos, quedando constancia de todo ello en la propia escritura» y que «si hubo, no obstante, una previa pérdida de eficacia de la representación, ello

no necesariamente debe trascender en perjuicio de los terceros que con ese representante, aunque sólo fuera aparente, hubiesen contratado de buena fe» (art. 1.738 del Código Civil).

Está claro que en esta resolución se están limitando los medios de calificación registral, limitándolos a los asientos del folio de la finca, y por supuesto el ámbito, pues el Registrador debe constatar sólo la existencia y congruencia de la reseña notarial, sin que pueda rechazar la inscripción solicitada a pesar de conocer a través de la publicidad registral que otorgan otros asientos registrales, y por tanto vehículos de fe pública, que no se acredita la suficiencia o vigencia de dichos poderes alegados. No deja de ser paradójico que el Registrador deba «desconocer» los otros asientos registrales, que no le afecte —ni a él ni al Notario, claro está— la publicidad —oponibilidad— del propio Registro, ni tampoco al tercer adquirente de «buena fe», pues la oponibilidad derivada de la publicidad registral, nada tiene que ver con la buena o mala fe del adquirente.

En otras Resoluciones posteriores —y también anteriores— (3) la DGRN mantiene esta misma línea que va repitiendo y reforzando con el siguiente tenor literal, tal y como recoge, la RDGRN de 13 de noviembre de 2007:

«La cuestión debatida debe resolverse según la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo que sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3248 y RCL 2002, 1348, 1680), resulta de las Resoluciones citadas en los “Vistos” de la presente.

Para que en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados pueda entenderse válidamente cumplido el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio, una calificación si se prefiere, acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

Según la misma doctrina citada, las obligaciones para el Registrador son también palmarias, puesto que deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado o las facultades ejercitadas y la congruencia de la calificación que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

(3) Véase, entre otras muchas, 10 de enero, 21, 22, 23 de febrero, 12, 14, 15, 16, y 28 de marzo, 1 y 28 de abril, 4 (1.^a y 2.^a), 5 (1.^a), 18 (2.^a), 20 (3.^a y 4.^a) 21 (1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a), 23 de mayo, 17 de junio, 1 de agosto, 12, 13, 22, 23, 24, 26, 27, 28, y 29 de septiembre, 4 y 15 de octubre de 2005; 20 de enero, 19 de abril, 30 y 31 de mayo y 9 de junio, 12, 13, 19, 20, y 27 de septiembre, 3, 4 y 25 de octubre, 17 de noviembre, 13, 16, 20 y 21 de diciembre de 2006, 14, 20 y 28 de febrero, 3, 19 y 30 de marzo, 2 de abril, 12, 30 y 31 de mayo, 1, 2 y 5 de junio, 19 de julio, 29, 30 y 31 de octubre, 2, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15 y 16 de noviembre y 27 diciembre de 2007, 25 de enero de 2008, 13 de febrero y 12 de marzo de 2009.

Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste y de la calificación que hace el Notario congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones que, así como el Registrador no puede revisar el juicio del Notario sobre la capacidad natural del otorgante, tampoco podrá revisar la valoración que, en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001 (RCL 2001, 3248 y RCL 2002, 1348, 1680), el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno que hayan sido acreditadas. Y es que el apartado 2 de dicho artículo, al referirse en el mismo plano a la narración de un hecho, cual es la constatación —“reseña”— de los datos de identificación del documento auténtico aportado, y a un juicio —“valoración”— sobre la suficiencia de la representación, revela la especial eficacia que se atribuye a esa aseveración notarial sobre la representación —“harán fe suficiente, por sí solas de la representación acreditada”—, de modo que además de quedar dicha reseña bajo la fe pública notarial, se deriva de ese juicio de valor sobre la suficiencia de las facultades representativas una fuerte presunción *iuris tantum* de validez que será plenamente eficaz mientras no sea revisada judicialmente.

Este criterio quedó confirmado y reforzado mediante la modificación de dicho precepto legal por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre (RCL 2005, 2255), de reformas para el impulso a la productividad, al detallarse que: “El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”.

De este modo se equiparan el valor del juicio sobre la capacidad natural del otorgante con el del juicio de capacidad jurídica para intervenir en nombre ajeno, expresado en la forma prevenida en dicha norma legal, juicio este último que comprende la existencia y suficiencia del poder, así como el ámbito de la representación legal u orgánica y, en su caso, la personalidad jurídica de la entidad representada.

Estos efectos del juicio notarial de suficiencia de la representación, expresado en la forma establecida en el mencionado artículo 98.1, tienen su fundamento en las presunciones de veracidad, integridad y de legalidad de que goza el documento público notarial. Así resulta no sólo del artículo 1.218 del Código Civil (LEG 1889, 27), sino de la Ley del Notariado en sus artículos 1, 17 bis y 24, este último recientemente reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (RCL 2006, 2130 y RCL 2007, 467), de medidas de prevención de fraude fiscal (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo citadas en los “Vistos” de la presente; y especialmente las de 14 [RJ 2007, 3399], 20 [RJ 2007, 3400] y 28 de febrero de 2007 [RJ 2007, 5273]).

La RDGRN, de 13 de febrero de 2008, da un paso más allá considerando que si el Registrador califica la suficiencia de los poderes de representación (en este caso a través de una consulta telemática al Registro Mercantil), «está arrogándose una competencia que sólo al Notario corresponde y desvirtuando o negando, sin apoyo legal alguno, los efectos que el ordenamiento atribuye a la fe pública notarial». Es decir, el Registrador no puede, en caso alguno, tratar de acreditar la suficiencia o subsistencia de las facultades de representación, pues es una competencia exclusivamente notarial.

Sin poner en duda que efectivamente sea competencia notarial, nos planteamos, a la vista de esta reiterada doctrina, cómo casa esto con la exigencia del artículo 18 LH, en la que se determina como ámbito de la calificación de las escrituras, no sólo la capacidad de los otorgantes —que parece que es competencia sólo notarial—, sino también con la validez de los actos dispositivos, pues una falta de capacidad de los otorgantes puede implicar la invalidez de dichos actos, ¿debe también el Registrador obviar dichos defectos de validez?

Sin embargo, el recurso judicial contra estas resoluciones, planteado por algunos registradores, está empezando a dar lugar a sentencias contrarias a la doctrina de la DGRN, apreciando los recursos planteados, y justificando que los registradores sí pueden entrar a valorar la suficiencia y subsistencia de dichos poderes, reclamando, cuando así fuera necesario, documentos complementarios, o información al propio Registro Mercantil, o a otras fuentes, pues sólo así podrán ejercer verdaderamente su función calificadora, que, de otro modo, se ve mermada.

3. RECURSOS JUDICIALES CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

La primera de estas sentencias es la SAP de Valencia, de 25 de octubre de 2006, revocando la RDGRN de 1 de agosto de 2005. En esta sentencia, el Tribunal considera que, con base en el artículo 98 de la Ley 24 /2001, queda claro que corresponde al Notario juzgar y evaluar las capacidades de representación, pero que, asimismo, «se permite al Registrador, posteriormente, calificar el juicio notarial de suficiencia, y por lo tanto disentir de la previa opinión del Notario, y hacerla valer con sus funciones calificadoras». Continúa afirmando que no puede considerarse en ningún caso que se atribuya al Notario con exclusividad la facultad de valoración de la capacidad de los otorgantes, pues esto obviaría las competencias de los registradores y dejaría sin eficacia la función calificadora, necesaria para mantener el principio de legalidad y seguridad jurídica. Por eso, los registradores no sólo pueden sino que deben apreciar la capacidad de los otorgantes de la escritura, y si estos son personas jurídicas, debe constarse la validez de las facultades de sus representantes. Terminan diciendo que si, como era el caso, el cargo de administrador no está inscrito en el Registro Mercantil, «no podía ampararse la calificación en la exactitud registral, siendo necesaria entonces la comprobación de la realidad, vigencia, y validez del nombramiento por otros medios»; y que «la decisión del Registrador de la Propiedad de exigir la inscripción registral del cargo de administrador es importante y decisiva, pues se está amparando en las propias facultades de los registradores mercantiles, en orden a la vigilancia de la legalidad mercantil en este punto. Lo contrario sería atribuir al Notario unas facultades, saltándose las previamente atribuidas al registrador mercantil». Concluye afirmando que los Notarios pueden valorar si los otorgantes tienen o no la capacidad necesaria, pero no pueden obviar las facultades de los Registradores Mercantiles, previas a su actuación, ni predeterminar las posteriores, de los Registradores de la Propiedad.

Con posterioridad merece la pena destacar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Segovia, de 25 de julio de 2007, que, en la misma línea que la anterior, revoca la RDGRN de 13 de noviembre de 2007, y considera oportuno y totalmente correcto que la Registradora consulte en el Registro Mercantil, y suspenda la inscripción pretendida cuando constata que

en el Registro Mercantil existe inscrito un administrador único de la SL compradora, con cargo vigente, distinto del que se presenta como representante de dicha SL en la compraventa. Admite también esta sentencia que la Registradora puede consultar los medios electrónicos, en particular el FLEI para completar su calificación. Y sobre todo es importante, pues refuerza la calificación registral, entendiendo que este cotejo de las facultades de representación es parte, o ámbito de la función calificadora, pues debe alcanzar a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos, que quedará comprometida si no se comprueba y acredita la suficiencia y vigencia de las facultades de representación. El problema no debe centrarse tanto en el artículo 98, sino en la calificación de la validez de los actos dispositivos que debe realizar la Registradora. Igualmente ensalza la publicidad y legitimidad de lo que publica el Registro Mercantil y su oponibilidad a terceros.

Por último, la SAP de Murcia, de 3 de noviembre de 2008, que revoca la RDGRN de 21 de septiembre de 2005, confirma la misma tesis defendida en las dos sentencias anteriores, poniendo de nuevo el énfasis en que el ámbito de la calificación registral se extiende a la validez de los actos dispositivos de la escritura, y que «comprende todo lo que determine la validez del negocio a calificar», y que esto no entra en contradicción con el artículo 98 de la Ley 24/2001, pues cuando éste afirma que el notario valorará la suficiencia de las facultades, dicho juicio notarial de suficiencia, «útil para obviar la transcripción de facultades, no lo es para acreditar la validez del nombramiento ni para marginar o excluir la calificación de su legalidad», y continúa diciendo: «el ámbito de calificación registral se decide por la Ley (art. 18 LH) y comprende todo lo que determine la validez del negocio a calificar». En este sentido, no se calificará «lo que resulte del documento», sino «por lo que resulte del documento», y por eso atribuye al Registrador la facultad para indagar lo que sea necesario en aras a comprobar la validez de dichos actos, tal y como recoge cuando afirma que «al Registro de la Propiedad sólo pueden acceder actos válidos, completos y perfectos (art. 18 LH y concordantes), y los actos realizados en nombre del tercero sin poder para ello son nulos (art. 1.259 CC), por lo que el Registrador no puede abdicar de sus deberes y funciones de control en materia de vigencia de poderes, a lo que parece referirse el artículo 98 de la Ley 24/2001. La competencia de calificación plena que le atribuye el meritado artículo 18 LH no puede ser cercenada o desconocida sin violentar el sistema de fuentes y el principio de jerarquía normativa de alcurnia constitucional (art. 9.1 CE)»:

Estamos plenamente de acuerdo con el contenido de estas sentencias, sobre todo de esta última, que reconduce el problema al ámbito de la calificación, pues como hemos dicho al principio, se trata de un debate sobre ese ámbito de calificación, que afecta no sólo a la capacidad sino también a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras, pues si son otorgados por quien no tiene poder suficiente son susceptibles de anulación, y por tanto no son válidos y no deberían entrar al Registro (art. 33 LH). Sólo de este modo se favorece la fe pública registral, que necesita del principio de legalidad —como de otros muchos— para alcanzar su protección eficaz. Además, de impedirse, por ejemplo, al Registrador «hacer caso» de lo que otro Registro —el mercantil— publica con fe pública, se estaría cuando menos impidiendo la eficacia *erga omnes* de lo allí publicado, en definitiva, deteriorando la fe pública e impidiendo la seguridad jurídica.

Es una lástima que, a pesar de estas sentencias, la DGRN siga en «sus trece», y mantenga su tesis una y otra vez, como acaba de ocurrir en la reciente Resolución de 12 de marzo de 2009.

Es de esperar que nuevas sentencias sigan confirmando la tesis iniciada por los Tribunales, y aquí defendida, poniendo paz en esta peculiar guerra entablada entre los registradores y la DGRN; pues la calificación registral creo que tiene un ámbito claro e indubitado que en nada se opone a la dicción del artículo 98, en cuanto el Registrador puede seguir revisando la congruencia del juicio notarial. En ningún caso, el Registrador puede dejar de calificar la validez de los actos dispositivos, determinada muchas veces, como ya hemos dicho, por la capacidad de los otorgantes. Y esto tampoco supone conflicto de competencias con los Notarios, pues como bien explican estas sentencias, nada obsta o impide que los Notarios sigan desempeñando su eficaz e importante función.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL. PODERES REPRESENTACIÓN

La interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su coordinación con el artículo 18 LH, ha generado una discusión en torno al ámbito de la calificación registral, en cuanto a los poderes de representación. En estas líneas se hace un breve repaso a la jurisprudencia existente sobre el tema, recogiendo las sentencias más actuales de las Audiencias Provinciales resolviendo en recursos contra las Resoluciones de la DGRN, para tratar de exponer y resumir las posturas de sobra conocidas en torno a este asunto, y cuál es nuestro criterio sobre el mismo.

ABSTRACT

REGISTRAR'S SCRUTINY FOR DUE FORM. REPRESENTATIVE'S POWERS

Interpretation of section 98 of Act 24/2001 of 27 December on fiscal and administrative measures and measures of a social nature and its coordination with section 18 of the Mortgage Act has aroused discussion about the scope of a registrar's scrutiny of a representative's powers for due form. The existing case law on the subject is briefly reviewed, focusing on the most up-to-date rulings of provincial appellate courts on appeals against decisions by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, to try and explore and summarise the very well-known postures toward this affair and our own views on the matter.