

El negocio de subapoderamiento como negocio accesorio de otro principal de apoderamiento (crítica a la Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995)

I. LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION DGRN DE 10 DE FEBRERO DE 1995

La Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995 entiende que si el apoderado sustituyó su poder a favor de otra persona, por no haberlo prohibido el poderdante, el acto realizado por ese subapoderado es inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque no se acredite la subsistencia del poder por exhibición de la copia auténtica de la escritura de apoderamiento, sino sólo la exhibición de la de sustitución o subapoderamiento, en que se transcribe la parte necesaria de aquélla.

La doctrina de esta Resolución está en la misma línea que las que vienen publicándose últimamente, con la pretensión de vaciar de contenido de legalidad el Registro de la Propiedad, de tal manera que de cualquier acto inscrito pueda dudarse o discutirse ulteriormente su legalidad, dando así al traste con la institución cautelar o preventiva que representa el Registro de la Propiedad.

II. LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD JURIDICA PREVENTIVA

La cuestión es muy grave, pues de nada vale el empeño de nuestros legisladores en haber creado un Registro de Seguridad Jurídica, propio de sistemas evolucionados de corte germánico, con plenos efectos de legalidad

y de legitimación y de fe pública registral, si luego en el día a día de las resoluciones, en temas que será ya difícil que se reproduzcan, se sientan interpretaciones de este calibre, que dan al traste con el principio de legalidad, y a la larga con la finalidad cautelar o preventiva del Registro de la Propiedad y con sus principios de legitimación y de fe pública registral.

Pero el problema es igualmente grave para el Derecho Notarial. De nada le valdrá al Notario concreto del caso, haber ganado el recurso, si padece con esta Resolución toda la Institución notarial, como Institución también de Seguridad Jurídica Preventiva, ya que si resultase en el presente caso, o en ulteriores en que se tratase de aplicar la misma doctrina, que el poder principal había sido revocado por retirada del mismo por el poderdante, quedarían en entredicho las Instituciones que todos los ciudadanos consideran, con razón, que son preventivas y defensoras de la legalidad. Es más, se daría un supuesto de responsabilidad frente al poderdante de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, por los daños causados al mismo. Y si se trata de un supuesto ulterior no resuelto por recurso gubernativo, habría responsabilidad del Notario y del Registrador, si pretenden ampararse en esta Resolución, pues sólo quedan liberados de responsabilidad los citados funcionarios profesionales en que se haya planteado un recurso gubernativo.

Sólo cabe interpretar el empeño de la Dirección General por que se inscriba el contrato objeto de debate por un hecho igualmente grave, y respecto al cual este comentarista desconoce de quién ha sido la culpa, al faltar las fechas de los sucesivos trámites del recurso. Me refiero a que la nota calificadora tiene fecha de 14 de noviembre de 1991, según el apartado II de los «Hechos», y la Resolución DGRN es de fecha 10 de febrero de 1995. Después de casi cuatro años de duración del recurso, es evidente que sólo cabía resolverlo decretando la inscribibilidad de la escritura, pues si después de cuatro años se les dice a los interesados que han de aportar la copia auténtica de la escritura de poder, cuando quizá esté ya extinguido el poder, o que han de aportar una escritura de ratificación, cuando quizá haya fallecido o cambiado de residencia o de titularidad dominical el poderdante, no sería de recibo.

Pero esto no justificaría la doctrina de la Dirección General, pues sabido es el respeto, por lo menos hasta hace poco tiempo, que tenían las resoluciones de la DGRN, por lo que habrían de haberse hecho las salvedades correspondientes, para evitar que en el futuro se aplique esta doctrina a los casos normales, relativamente frecuentes en el tráfico, de subapoderamientos.

III. LAS RESOLUCIONES DGRN DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1971 Y DE 15 DE FEBRERO DE 1982

Ante todo, como la misma Resolución reconoce, la doctrina de esta Resolución es contraria a las de 26 de noviembre de 1971 y de 15 de febrero de 1982, por lo que, en futuros casos, el Registrador que quiera restablecer la legalidad ante una situación similar, le ha de bastar alegar lo que señalan dichas resoluciones para fundar su criterio contrario al de la presente, ya que, ni estamos ante una fuente del Derecho, ni ante normas jurídicas, ni ante el principio de que lo posterior deroga a lo anterior, sino ante doctrinas varias, que el Registrador del caso concreto, conforme al principio de legalidad, y bajo su responsabilidad, ha de aplicar. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es la de una Resolución concreta como la presente, sino la que resulta del conjunto de sus resoluciones producidas a lo largo de su impresionante historial centenario.

Las citadas resoluciones no se refieren a supuestos de subapoderamiento, pero su doctrina es perfectamente aplicable al caso, tal como reconoce la propia Resolución que se comenta, al citarlas en el Fundamento 2, como una de las posibles posturas a adoptar en el caso planteado.

Según la Resolución de 26 de noviembre de 1971, hay que tratar de evitar en asuntos de poderes, «anomalías tan graves como las que podrían derivarse, por ejemplo, de la utilización de testimonios de poderes revocados, o de documentos de cualquier clase que han quedado desvirtuados por otros posteriores y, en general, de testimonios de documentos notariales, librados a solicitud de personas que no gozan del derecho a obtener copia de éstos».

Si trasladamos la doctrina de esta Resolución al presente caso, podría resultar una «anomalía tan grave» como la de la «utilización de un poder que ha quedado desvirtuado por otro posterior», como podría ser la revocación del poder principal en que se apoya el accesorio.

Por lo que se refiere a la Resolución DGRN de 15 de febrero de 1982 es todavía más terminante, pues en ella se lee nada menos que lo siguiente:

«Considerando que la norma precautoria establecida en este artículo 227 del Reglamento tiene su fundamento en la garantía que ofrece al poderdante en caso de revocación real del poder, el confiar en que por haber retirado u obtenido la devolución del título que legitima la actuación del apoderado, éste no podrá actuar con posterioridad en su nombre al carecer de la facultad de obtener una nueva copia del documento, y todo ello con independencia de las demás precauciones que el propio Reglamento establece en materia de revocación de poderes».

Y termina la Resolución con una importantísima referencia a «la seguridad y efectos del Registro de la Propiedad», que brilla por su ausencia en todas las resoluciones últimamente producidas:

«Mas lo que sucede es que del propio documento calificado aparece que por las circunstancias expuestas se ignora ante la falta de exhibición de poder por el apoderado si éste se encontraba o no revocado, y la seguridad y fuertes efectos que la inscripción supone frente a su titular y los terceros impide que pueda practicarse hasta que esta incógnita quede despejada».

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA DGRN DE 10 DE FEBRERO DE 1995 DE QUE EXISTE OTRA SOLUCION ALTERNATIVA A LA SUYA

La propia Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995 reconoce que existe esta doctrina, y no la desvirtúa en general, sino que se debate en enormes dudas, pues dice que «para resolver el caso planteado pueden adoptarse, de partida, dos posturas». Una de ellas es la de no exigir en todo su rigor que se acredite la subsistencia del poder, que ya es decir, y es la que va a seguir al final la propia Resolución, sin citar ningún antecedente en tal sentido. Y la otra postura que la misma Resolución reconoce puede adoptarse es la siguiente:

«b) Por otro lado, también puede sostenerse que no se puede prescindir de la necesidad de justificar la subsistencia, ya que en este contexto (art. 1.733 del Código Civil) es donde ha cristalizado doctrinal y normativamente (cfr. art. 227 del Reglamento Notarial) el criterio de la necesidad de exhibición por el apoderado de la primera copia autorizada de poder (o de copia posterior expedida a instancias de personas que tengan derecho a obtenerla) como una garantía razonable de la subsistencia (cfr. Resoluciones de 26 de noviembre de 1971 y 15 de febrero de 1982)».

Luego es la propia Resolución que se comenta la que está ofreciendo argumentos de Derecho Positivo y doctrina de resoluciones de la DGRN, respecto a la posición contraria a la que la Resolución mantiene.

Y encima añade nuevos argumentos decisivos: «Esta doctrina de la exigencia de exhibición de la copia autorizada del poder al tiempo del otorgamiento del negocio representativo quebraría (desde el punto de vista de la segunda de las posturas) en los supuestos de sustitución del poder principal si se estimare suficiente para acreditar la legitimación del otorgan-

te de la exhibición de la escritura de constitución y la sola afirmación por este último de la vigencia del poder sustituido. A ello puede añadirse: *a)* La inequívoca subordinación jurídica y la absoluta dependencia que, respecto del poder original, guarda la legitimación del sustituto; *b)* las peculiaridades de la relación subyacente entre el poderdante y el sustituto (es posible que el primero ignore la existencia de la sustitución en el poder y el segundo que desconozca los eventuales cambios en las circunstancias personales que afecten a la vigencia del poder)».

Pero, ¿cómo es posible, después de esta cita de preceptos, de doctrina de resoluciones anteriores, de argumentos definitivos, se incline después por la posición contraria con unos argumentos rudimentarios y meramente «prácticos», sin fundamento alguno?

Parece además, que el redactor, redactora, redactores o redactoras de la Resolución hayan sido varios, cada uno de los cuales haya puesto un párrafo, y al final se haya decidido por insaculación o algo parecido la solución final, que, desde mi punto de vista, es la más nefasta e inadecuada para la legalidad del tráfico jurídico inmobiliario y la menos científica.

V. PRETENDIDOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCION DGRN DE 10 DE FEBRERO DE 1995

En cuanto a los argumentos que señala la Resolución en esa pendiente final que la lleva al precipicio, vamos a ir comentándolos por separado.

a) Dice la Resolución que «la técnica del subapoderamiento tiene por objeto ensanchar el ámbito de actuación del poderdante, no se persigue limitar las facultades del apoderado, ni suplir su legitimación».

No veo aquí ningún argumento en favor de la solución de la Dirección. Es perfectamente compatible el ensanchamiento del ámbito de actuación del poderdante a través del nombramiento de un sustituto, con la necesidad de que se exhiba junto a la copia de subapoderamiento, la del apoderamiento principal.

b) Un pretendido segundo argumento de la Resolución es la similitud entre los negocios de apoderamiento y de sustitución de poder. Ante todo, ya es sintomático que la Resolución vuelva a dar un argumento en favor de la tesis contraria al decir previamente: «Si bien es cierto que existe una relación de dependencia entre el apoderamiento y el subapoderamiento, de manera que las vicisitudes acaecidas en el primero repercuten en el segundo, y, en sentido inverso, los actos realizados por el sustituto producen efectos en la esfera jurídica del poderdante (cfr. art. 1.722 del Código Civil), no lo es menos que, además de esa dependencia entre apoderamiento y sustitución de poder, existe también cierta similitud por lo que, en cuanto

que fuere posible, ha de aplicarse a esta relación las connotaciones de aquélla».

En vista de esto, lo lógico hubiera sido compatibilizar esos dos aspectos, es decir, la dependencia del subapoderamiento respecto al poder principal, que exigiría la exhibición de la copia auténtica de este último, y la similitud entre ambas figuras, que de ningún modo puede llevar a que no se exhiba la copia auténtica del poder principal. Seguidamente, la Resolución quiere ver similitudes donde no las hay. Y apunta que de la misma forma que en el apoderamiento principal el apoderado no necesita demostrar la capacidad de obrar del poderdante en el momento de realizar cada uno de los actos en cuestión, al sustituto tampoco debe exigírsele que acredite más allá de su propia legitimación.

Pero frente a esto hay que decir, en primer lugar, que es sabido que existe una diferencia fundamental en Derecho Civil entre la capacidad y la legitimación. La capacidad es una cualidad meramente subjetiva de la persona que depende de sus aptitudes psíquicas y que regula el ordenamiento atendiendo a esos parámetros. En cambio, la legitimación es una cualidad objetivo-subjetiva que resulta de una especial relación jurídica, y que en el caso de los apoderamientos deriva de la credencial o legitimación por la posesión o tenencia documental que resulta del título legitimador de apoderamiento. Y esta legitimación no existe si sólo se contempla el título accesorio o dependiente de legitimación, pues como la propia Resolución reconoce tiene una «inequívoca subordinación jurídica y absoluta dependencia» con el título legitimador principal.

Se trata del consabido argumento que yo estimo demagógico, consistente en señalar la supuesta analogía con otras figuras, en donde el control de legalidad documental no es posible, para así hacer descender el listón de control de legalidad exigible en el ámbito documental.

Pero el problema de la capacidad de obrar del poderdante es diferente. Y ello por lo siguiente:

Si el poderdante ha incurrido en causa de incapacidad, los representantes legales del mismo, que han de velar por su protección, solicitarán la constancia de la incapacidad en el Registro conforme al artículo 2-4.º de la Ley Hipotecaria, y ello será suficiente para proteger los intereses del incapaz, pues el Registro de la Propiedad publicará la causa de extinción del poder y del subapoderamiento.

En cambio, en tema de legitimación, el poderdante puede encontrarse en completa indefensión, pues quizá haya perdido la confianza en el apoderado y le retire la copia del poder, pero no sepa que se ha otorgado el subapoderamiento, y no se puede descartar —sobre todo en instituciones que se crearon para evitar posibles fraudes y mala fe— que el apoderado no diga

nada al poderdante sobre la situación, prestándose el asunto a fraudes y estafas y a actos nulos que han quedado sin el control de legalidad, en contra de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, es decir, con infracción de la ley vigente.

Por otra parte, respecto al caso de incapacidad del poderdante, el Código Civil protege a los terceros que han confiado en la apariencia de la legitimación por la tenencia de los documentos de poder, pues si son de buena fe, el acto es válido para ellos (cfr. art. 1.738 del Código Civil).

En cambio, si lo que falla es la legitimación, no puede decirse que se hayan basado en una apariencia determinante de buena fe, sino que la apariencia sería incompleta, pues sólo se habían basado en el documento de subapoderamiento, y no en el de apoderamiento, que por ser el documento principal es la base de aquél, y sin el que de nada vale el subapoderamiento.

Por eso tampoco es de recibo considerar que «la sola presentación de la copia (del poder principal) tampoco garantiza por sí sola la subsistencia», pues a efectos de terceros es la garantía fundamental que proporciona «apariencia», y que ha dado en denominarse precisamente «legitimación por la apariencia».

Más pintoresco es considerar que la presentación de esa copia del poder principal, que es nada menos que el título de legitimación principal, sea considerada como «absurda y poco práctica, ya que se priva al apoderado del único instrumento con el que se puede hacer valer su representación, con lo que lejos de ensanchar la capacidad de obrar del poderdante, se estaría yendo contra la finalidad perseguida por el subapoderamiento».

Hay que suponer que el apoderado que nombró sustituto no estará usando de su propio poder de legitimación todos los días del año y a todas las horas. Y es de suponer que se admitirá que las Instituciones colaboradoras de la legalidad tienen no sólo la facultad, sino también la obligación, de exigir que se presenten los títulos de legitimación, al solo efecto de calificar la validez del acto para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Este tipo de argumentos, de carácter meramente práctico, y no científicos, sólo servirían a lo sumo, para justificar la no aportación de los dos títulos de legitimación ante el Notario que autoriza la escritura de compraventa, el cual advertirá a los otorgantes de la necesidad de acompañarlos a efectos de inscripción en el Registro. Pero no justifica que en el momento posterior de la inscripción, para el que hay nada menos que sesenta días hábiles desde la presentación, más otros sesenta días hábiles en su caso, de anotación preventiva, no pueda presentarse directamente o a través de un mensajero, el título de legitimación, para su ulterior devolución al interesado.

Todo esto me recuerda a ciertas instituciones de crédito, que cuando se les pide un poder que falta, dicen que no lo pueden aportar porque lo tiene determinado apoderado y es muy difícil conseguirlo. Con estos argumentos,

no se controlaría nunca la legalidad, y prevalecería la ley de la selva en el tráfico, frente a la seguridad jurídica.

VI. LA TRACA FINAL DE LA RESOLUCION. «EL OTRO TIPO DE CAUTELAS»

Y viene la traca final de supuestos argumentos de la Resolución, en el último párrafo de la misma, que como todos los últimos párrafos de las resoluciones de la nueva época, suelen ser memorables.

Así, reconociendo que con la solución que ofrece se producen «riesgos» para el poderdante, y concretamente, que el apoderado puede fácilmente eludir, mediante una previa multiplicación de subapoderamientos, las consecuencias de la retirada de su poder, pretende sustituir el control de legalidad de las Instituciones de Seguridad Jurídica Preventiva respecto al título de legitimación, por un mero sistema civil de obligaciones del apoderado, cuando lo que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria exige es que «se califique la validez del acto dispositivo», para lo cual la única salida es el control de legalidad del título de legitimación, pues si ésta falla el acto es nulo y accedería al Registro un acto que no reuniría las condiciones de validez, control de legalidad básico para luego establecer las presunciones registrales de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Con este tipo de argumentos volvemos a los tiempos de los pueblos primitivos en que no existían Instituciones Preventivas de Seguridad del Tráfico. Así, frente a Egipto, en el que existía un sistema muy perfeccionado de publicidad y de control registral, otros pueblos utilizaron el deficiente sistema de las sanciones y del Código Penal, que se mostraron luego insuficientes, para un mundo de transacciones inmobiliarias en masa y de enorme valor económico.

Al control de legalidad del título de legitimación de la representación lo denomina esta Resolución «otro tipo de cautelas a la hora de lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad». Verdaderamente asombroso.

También resulta asombroso que se diga en ese párrafo final que el poderdante puede evitar la existencia de subapoderamientos, prohibiéndolos expresamente en la escritura de poder. Pero esto es totalmente inadecuado, pues puede no tener inconveniente en que existan subapoderamientos, pero en cambio, desee que, conforme a la Ley Hipotecaria, se realice el control de legalidad correspondiente del título de legitimación de la representación. No es pedir ningún milagro, sino sólo que se cumpla la legalidad y se controle la validez del acto dispositivo. Hasta tal punto, que si no se ha controlado dicha validez, y luego resultara que él había retirado la copia del poder principal, podría exigir responsabilidades al funcionario que hubiera

incumplido su deber de control de legalidad, conforme al citado artículo 18 LH, e incluso al Estado, si el organismo causante de ello es la Dirección General de los Registros y del Notariado en un recurso concreto y específico, y no por la doctrina de la Resolución que se comenta, que sólo vincula en el caso resuelto.

VIL SOLUCION QUE SE PROPONE ANTE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION: ENSAYO DE NOTA CALIFICADORA

Por todo lo expuesto, me permito sugerir a los juristas en su práctica diaria que, para evitar problemas, responsabilidades y nulidades, se exhiba en el momento del otorgamiento del negocio representativo las copias auténticas del poder principal y del subapoderamiento, y si esto no es posible en ese momento, que se aporten posteriormente para poder obtener la inscripción de dicho negocio en el Registro de la Propiedad. Es más, creo que los Registradores de la Propiedad deberán seguir suspendiendo la inscripción mientras no se cumplan tales requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En mi opinión, la nota de calificación podría ser, más o menos, del siguiente tenor:

«De conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que exige calificar la validez del acto dispositivo, se suspende la inscripción del precedente documento por no haberse exhibido al Notario autorizante ni haberse acompañado con posterioridad la copia auténtica de la escritura de poder que, junto con la escritura de subapoderamiento constituye el título de legitimación básico determinante de la validez del acto dispositivo, evitándose así las "anomalías tan graves que podrían derivarse de la utilización de poderes revocados o de documentos que hubieren quedado desvirtuados por actos posteriores" (Resolución DGRN de 26 de noviembre de 1971), y porque "se ignora ante la falta de exhibición del poder principal por el subapoderado si éste se encontraba o no revocado, dada la seguridad y fuertes efectos que la inscripción supone frente a su titular y los terceros que impide que pueda practicarse hasta que esta incógnita quede despejada" (Resolución DGRN de 15 de febrero de 1982). Y ello a pesar de la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1995, porque como la misma indica "también puede sostenerse que no se puede prescindir de la necesidad de justificar la subsistencia el poder, ya que en este contexto (art. 1.733 del Código Civil) es donde ha cristalizado doctrinal y normativamente (cfr. art. 227 del Reglamento Notarial) el criterio de la necesidad de exhibición por el apoderado de la primera copia autorizada de

poder (o de copia posterior expedida a instancias de persona que tenga derecho a obtenerla) como una garantía razonable de la subsistencia (cfr. Resoluciones de 26 de noviembre de 1971 y 15 de febrero de 1982)". Y además, dada "la inequívoca subordinación jurídica y la absoluta dependencia que, respecto del poder original, guarda la legitimación del sustituto y las peculiaridades de la relación subyacente entre el poderdante y el sustituto (es posible que el primero ignore la existencia de la sustitución en el poder y el segundo que desconozca los eventuales cambios en las circunstancias personales que afecten a la vigencia del poder)" (Resolución citada de 10 de febrero de 1995). Y sin que la cautela del control de legalidad del acto dispositivo prevista en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, de carácter imperativo, pueda sustituirse por otras cautelas consistentes en obligaciones del apoderado, que no determinan una protección completa del poderdante ni una seguridad de validez del acto dispositivo.

Defecto subsanable. Para la práctica de anotación de suspensión ha de solicitarse.

Contra la presente nota cabe recurso gubernativo ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario...»

A modo de conclusión, señalaré que esta nota se basa en elementales principios de Derecho Civil e Hipotecario, como son los siguientes:

1.º) Los negocios jurídicos se dividen en principales y accesorios. Estos últimos dependen en cuanto a su existencia, subsistencia y eficacia del negocio principal. Entre los ejemplos de negocios accesorios, todos los manuales incluyen el negocio de subapoderamiento, que depende del negocio principal de apoderamiento.

2.º) Las relaciones jurídicas también se dividen en principales y accesorias. Estas últimas sólo pueden existir y subsistir si se mantiene vigente la relación principal. La relación jurídica de subapoderamiento entre apoderado y subapoderado depende de la relación principal de apoderamiento entre poderdante y apoderado.

3.º) La legitimación es una institución diferente de la capacidad de obrar. El título de legitimación en la representación se basa en la legitimación por la posesión de la credencial o documento de poder, que en el caso del subapoderamiento se trata de un título de legitimación doble constituido por el documento de poder y por el documento de sustitución de poder. La legitimación resultante de ambos documentos es la que produce apariencia a efectos de la validez del acto respecto a terceros.

4.º) El Registro de la Propiedad se basa en el control de legalidad y de validez del acto dispositivo que pretende acceder al mismo, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria vigente, razón por la cual se aplican las

presunciones de legitimación y de fe pública registral de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, no puede acceder al Registro un acto que no ofrece seguridad de su validez por no estar completo el título de legitimación del apoderado.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona