

II. Resoluciones de la Dirección General

POR EMILIANO CANO FERNÁNDEZ,
ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES y
EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN DE 18 DE MAYO DE 1989 («BOE» DE 27 DE JUNIO DE 1989).

Al menos de curiosa hemos de calificar la resolución comentada, ya que verdaderamente no resuelve lo que se tiene que resolver en un recurso gubernativo, o sea la cuestión de fondo del mismo, sino una cuestión completamente diferente, como es la de si debe tenerse por correctamente interpuesto el recurso cuando el escrito de interposición no se basa en la nota extendida al pie del documento sino en la de manifestación hecha por el Registrador a los interesados, cuando ésta aparece firmada por el Registrador calificador.

Los problemas que plantea el supuesto examinado son tantos y tan graves que nos parece conveniente realizar un breve estudio de la referida Resolución, por el peligro que conlleva el considerar como modificación de la calificación cualquier alteración que, respecto a la comunicación informativa hecha por escrito, suponga la nota extendida al pie del documento con la consiguiente corrección disciplinaria a que hace referencia el artículo 127 del Reglamento Hipotecario.

Pero vayamos a lo importante. La primera cuestión que se nos plantea, y que aborda la Resolución, es la de si cabe la interposición del recurso contra la nota informativa de defectos o si, por el contrario, es precisa la extensión de la nota al pie del título.

Nosotros, «a priori», sostenemos la segunda posición a pesar del contenido de la Resolución comentada. Es evidente que los Registradores cuando califican el documento, y observan en el mismo defectos, han de comunicarlo a los interesados sin extender al pie del mismo la nota de denegación o suspensión. Ello es una simple consecuencia de lo que ya llamaba ROCA SASTE «actuación patriarcal de los Registradores», ya que la finalidad de la presentación es conseguir la inscripción, a cuyo efecto, si existen defectos, se comunican a los interesados para proceder a su subsanación y no para que entablen recurso, lo cual sólo sucederá, como veremos, cuando se extienda la nota al pie del título.

Que ello es así lo demuestra la propia legislación en la materia y coincide con esta afirmación el artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil cuando nos

dice que: «Cuando el Registrador observase algún defecto que impida la inscripción lo manifestará al presentante o a los interesados para que opten por retirar el título o subsanarlo durante la vigencia del asiento de presentación». Es claro que la *manifestación* de los defectos no es la nota de denegación o suspensión y, frente a tal manifestación, el presentante ha de ejercitar la opción prevenida en el referido precepto: retirar el título o subsanar los defectos. Esa opción la ejercita antes de que se extienda la nota de denegación o suspensión, ya que así lo reconoce el artículo 427 del Reglamento Hipotecario, aplicable igualmente a los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores Mercantiles por virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la propia Dirección General de 21 de enero de 1986, cuando en su penúltimo Considerando nos dice que «este tipo de recurso recae sobre materias de Derecho Privado y por eso las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, serán las del Reglamento Hipotecario».

Efectivamente el artículo 427 citado nos dice que «Extendido el asiento de presentación el presentante o el interesado podrán retirar el documento *sin otra nota que* la expresiva de haber sido presentado. También podrá retirar el documento para satisfacer los impuestos o para subsanar defectos».

He aquí el primordial derecho de los interesados: el de retirar el documento sin más nota que la de la presentación.

Lo corroboran además los artículos 429 del mismo Reglamento y el artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil, y así el inciso segundo del párrafo primero de este último precepto dispone «En otro caso devolverá el documento con nota de calificación para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes»... Resulta evidente que ese *otro caso* ha de ser distinto de los dos a que hace referencia al primer párrafo y que antes hemos examinado, o sea, el de retirar el título o subsanar los defectos manifestados. Así si el interesado no quiere retirar el documento ni opta por subsanar los defectos, el Registrador extenderá la nota de denegación o suspensión para que puedan entablarse los recursos correspondientes. Resulta evidente que la extensión de la nota al pie del título siempre queda condicionada a una manifestación de que así se haga o de que no se retire ni se subsanan los defectos, y sólo cuando se extiende al pie del título caben los recursos correspondientes. No sólo lo expresa así el comentado precepto sino que lo corrobora el artículo 48 del propio Reglamento cuando expresa «Si el documento presentado fuera calificado como defectuoso y se hubiere extendido *al pie del mismo la nota de calificación conforme al artículo 45*»..., por lo que nuevamente se remite al 45 que únicamente permite la extensión de la nota para que se puedan entablar los recursos correspondientes una vez ejercitada la opción que a los interesados compete conforme al precepto comentado.

No es distinta la postura adoptada por el Reglamento Hipotecario y así el artículo 434 del texto anterior a la reforma de 12 de noviembre de 1982 ya disponía que «lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio del derecho del interesado a que se le devuelva el documento, sin otra nota que la expresiva de haberse practicado el asiento de presentación... por ser defectuosos los documentos presentados», norma que recoge actualmente el artículo 427 antes citado con ligeras variantes y que corrobora, como antes decíamos, el artículo 429 al expresar que «si la calificación fuere desfavorable al despacho del documento presentado se notificará al presentante o al interesado, verbalmente o por escrito, haciéndose constar dicha notificación por nota al margen del asiento de presentación».

Esta notificación en ningún caso puede considerarse como la nota de califi-

cación denegatoria o de suspensión de la inscripción ya que, como vemos, puede ser oral o escrita y ambas surten los mismos efectos, ya que la norma no distingue, o sea, el de tener conocimiento de los defectos a los efectos de la opción que el propio precepto contiene en su párrafo segundo. Y no creemos que nadie pueda sostener que quepa el recurso contra la notificación oral de los defectos, por lo que igual resultado hay que aplicar a la escrita.

Pero es que además la nota a extender al margen del asiento de presentación es distinta en uno y en otro caso. La de notificación sólo expresará el hecho de haber sido notificados los defectos y la devolución del documento, pudiendo el Registrador exigir la firma del interesado o presentante conforme al último párrafo del artículo 427 del Reglamento Hipotecario y último párrafo del artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil, mientras que la nota al margen del asiento de presentación cuando se extiende la nota de denegación o suspensión tiene idéntico contenido que la extendida al pie del título tal y como lo disponen los artículos 435 y 48 de los respectivos Reglamentos citados. El primero expresa que «al margen del asiento de presentación se extenderá, el mismo día una nota análoga a la extendida al pie del documento» y el segundo, ya transcrito parcialmente antes, que «se extenderá al margen del asiento de presentación una nota igual a aquélla».

Como decíamos la notificación de defectos no tiene otra finalidad que la de que el interesado conozca los mismos para que ejercite las opciones que la Ley le concede, recogidas en el párrafo segundo del artículo 429 del Reglamento Hipotecario y artículo 434 del mismo texto legal en su párrafo tercero. Así, el primero de los preceptos citados ya nos dice en primer lugar que el Registrador no puede extender la nota de denegación o suspensión antes de que transcurran treinta días desde la presentación, plazo incompatible con el de la notificación a que se refiere el párrafo primero de dicho precepto por cuanto la calificación ha de verificarse dentro de los quince días siguientes a la presentación y es en este plazo cuando ha de notificarse; sin embargo, la nota de denegación, como hemos visto, no puede extenderse hasta que han transcurrido treinta días, y es precisamente por consecuencia de la notificación por la que surgen las opciones de los interesados que recoge el precepto y así el presentante o interesado puede verbalmente o por escrito optar por retirar el documento, subsanar el defecto, pedir anotación preventiva por defecto subsanable en su caso, o *solicitar la extensión de la nota de suspensión o denegación, con expresión de los motivos*.

En resumen, que la notificación oral o escrita no tiene más finalidad y valor que la de que los interesados conozcan los defectos y no tiene especiales requisitos de forma; que, como consecuencia de ella, el interesado tiene derecho a ejercitar unas opciones que, a más de las enumeradas en el párrafo anterior, comprende la recogida en el párrafo tercero del artículo 434, o sea, la de que se le devuelva el documento sin otra nota que la prevenida en el artículo 427, o sea, la de haber extendido el asiento de presentación; y que entre las opciones a que se refiere el artículo 429 está la de que se extienda la nota de denegación o suspensión.

Únicamente cuando transcurridos treinta días desde la presentación el presentante o interesado no haya ejercitado las opciones previstas tendrá el Registrador que extender la nota de denegación o suspensión por sí, sin necesidad de petición de aquéllos; luego, si la nota ha de extenderse al pie del documento y no puede extenderse más que a petición de parte después de la notificación, o de oficio después de transcurridos treinta días de la presentación, resulta evidente que la notificación, que no se hace a petición de parte ni puede hacerse después

de transcurridos treinta días, no puede ser la nota de calificación susceptible de ser objeto de recurso.

Frente a esta argumentación estrictamente jurídica vamos a examinar la postura de la Dirección General. Sólo encontramos una cita genérica a los artículos 44 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil hecha en los *vistos*, mas es lo cierto que ningún precepto concreto es objeto de estudio en los *fundamentos de derecho*, lo cual ya resulta en cierto modo sorprendente, y sólo aparecen en ellos dos consideraciones exclusivamente de carácter práctico: una, la de que la notificación es suficientemente expresiva del defecto impugnado y que queda garantizada su correspondencia con el título calificado, y la otra, la del principio de economía procesal.

Sin embargo, no compartimos el que tales razones constituyan fundamentos de derecho para dictar la Resolución en los términos que se hace, pues, refiriéndonos a la primera de ellas, el hecho de que se pueda deducir el defecto y que éste corresponda a un título determinado, no lo juzgamos suficiente por cuanto la nota no sólo debe señalar el defecto sino que, para ser completa y no producir indefensión, debe señalar el fundamento jurídico que sirve de soporte a la calificación con los preceptos o doctrina jurisprudencial que se juzguen infringidos, debiendo además determinar el alcance de la calificación. Es claro que cuando el Registrador extendió la notificación, convencido de que aquello no era la nota de denegación o suspensión ya que aún no podía denegar o suspender nada, no se limitaba a señalar los defectos con la correspondiente argumentación jurídica, sino que expresaba qué es lo que había que hacer para que el documento pudiese inscribirse, y así, en ambas notas, expresa que «para la inscripción se estiman precisas las siguientes subsanaciones». Los consejos u opiniones del Registrador no son materia propia de las notas de denegación o suspensión con lo que para que el recurso fuese jurídicamente correcto habría de versar no sobre defectos concretos que se señalan sino sobre las opiniones del Registrador, lo cual parece poco adecuado. Pero es que el Registrador además tuvo buena precaución de señalar que tales opiniones se manifestaban a los efectos del artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil, o sea, como ya hemos visto, a los efectos de que los interesados retiren el título o subsanen el defecto como dice el primer párrafo o, si no hacen ninguna de ambas cosas, para poder extender la nota de denegación o suspensión.

El Registrador queda un tanto sorprendido en su buena fe, pues frente a una notificación constructiva, ya que no sólo señala el posible defecto sino el procedimiento para subsanarlo a la espera de la opción de los interesados, se encuentra con la interposición de un recurso basado en el texto de la notificación mucho más impreciso que las notas de calificación y que en cierto modo le van a producir una cierta indefensión.

Ciertamente que el recurrente, al menos de lo que se deduce del Hecho III, no ataca el texto de la notificación (aunque como no tenemos el contenido del escrito de interposición ignoramos en qué términos se produce aquél), sino que se limita a una argumentación jurídica contra la opinión del Registrador, pero éste, como decimos, se encuentra en una difícil postura, ya que por virtud de la Resolución ha de considerar como nota lo que no lo es, y se ve obligado ahora a extenderla en el título, pues como dice el fallo «se le devuelve el expediente para que, tras expresar en el título *la nota* de calificación que proceda, entre a conocer del fondo del asunto».

Ante este fallo el Registrador sólo tiene dos opciones: bien reproducir el texto de la notificación en el título y entrar en el fondo del asunto, o bien extender una

nota de denegación o suspensión en forma más correcta, incluso con posibles señalamientos de otros defectos, con lo que podría ser corregido disciplinariamente de conformidad con el artículo 127 del Reglamento Hipotecario y 58 del Reglamento del Registro Mercantil. Si opta por lo primero es claro que la nota puede ser atacada por no cumplir lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario; si opta por lo segundo, la sanción disciplinaria se cierne sobre su cabeza.

Todo este planteamiento estaba lejos de la imaginación del Registrador cuando hizo la notificación, y buena prueba de ello es que la primera notificación no fue excesivamente precisa, pues independientemente de que debe existir una errata en la transcripción del *BOE*, ya que en vez de decir «al tener un poder» debe seguramente decir «ni tener un poder» ya que de otro modo carece de sentido, expresa que «al no ser el señor Guillén Albacete *Consejero* de la sociedad *ni tener un poder* con facultad de llevar la firma social, debe ser ratificada su actuación por el *Consejo de Administración*, en lo que se refiere al otorgamiento de la que se inscribe». Resalta, como vemos, la contradicción entre que un *Consejero* hubiese podido ejecutar el acuerdo y que en cambio para subsanar la falta de actuación de un *Consejero* se precise un acuerdo de *Consejo* cuando lo lógico sería que bastase la intervención de un *Consejero*. (Volveremos después sobre este punto, ya que es de suma importancia en orden al ejercicio de la facultad representativa de los órganos colegiados de administración). Y también resalta la imprecisión que acusa el inciso final cuando expresa «en lo que se refiere al otorgamiento de la que se inscribe» ya que no se inscribe sino que se pretende inscribir.

Todo ello es lógico desde el punto de vista de la interpretación del Registrador. Se trataba de una simple notificación, se explicaba en que consistía el defecto y se indicaba el procedimiento para subsanarlo. Con ello el interesado tenía más datos de los necesarios para realizar la opción que le concede el artículo 45 y no era necesario afinar demasiado en la redacción porque eso ya se haría cuando hubiere de extender la nota al pie del título si el interesado optaba por esta solución, mas he aquí que contra lo previsto se encuentra con la difícil situación antes apuntada.

La otra consideración a que hace referencia la Resolución, «las exigencias del principio de economía procesal», tampoco la encontramos suficientemente documentada. Bien que ello fuese así si el Registrador, al tiempo de argumentar la inadmisibilidad del recurso, hubiese entrado en el fondo de la cuestión como sucedió en la Resolución de 26 de febrero de 1987, en que el Registrador alegó la interposición fuera de plazo aunque dictó también acuerdo respecto al fondo, aunque la Dirección al estimar lo primero no entró en el problema planteado; mas en este caso en que el Registrador se limita a resolver sobre la improcedencia del recurso por falta de la nota de calificación no vemos que exista economía procesal alguna, antes al contrario, los problemas que se plantean son de gran entidad. Así baste pensar que dado que el Registrador estimó que tal escrito no es de recurso, ya que falta el presupuesto básico necesario para el mismo que es la nota, pudo perfectamente dar entrada del escrito en el Libro de entrada de documentos y no al margen del Diario de presentación, pues las notas al margen del Diario a que se refieren los artículos 51 del Reglamento del Registro Mercantil y 107 del Reglamento Hipotecario sólo son posibles si precedentemente aparece la nota de denegación, ya que tienen por objeto hacer constar la interposición de recurso contra la nota de calificación precedente y producen el efecto de dejar subsistente o prorrogar el asiento hasta la Resolución del recurso. Dificilmente

podrá extenderse una nota marginal de prórroga si no existe la de calificación que se recurre. Consecuencia de ello sería que cuando el documento, remitido ahora por la Dirección General, vuelva al Registro el asiento de presentación estará caducado y entrará en juego el artículo 108 del Reglamento Hipotecario, o sea, que los títulos «han de someterse a nueva calificación» bien por el mismo Registrador o por otro diferente, y aquí la economía procesal se va por los suelos, nueva calificación, nuevo escrito de recurso, etc.

Mas aunque el Registrador, a nuestro juicio equivocadamente, hubiese extendido la nota marginal en el Diario, la verdad es que la economía procesal es muy pequeña, por cuanto si el Registrador en uso de la facultad que le concede el fallo «de expresar en el título la nota de calificación que proceda» introduce alteraciones respecto a la notificación, provocaría la indefensión del recurrente que no tendría términos hábiles para hacer alegaciones contra la nueva calificación, o bien habría que concederle a éste un nuevo plazo para impugnar la misma, con lo que estaríamos otra vez en la necesidad de realizar íntegramente el proceso del recurso.

Sobre la diferencia que, en la práctica, supone realizar la notificación del defecto y extender una nota de denegación o suspensión, tenemos gran experiencia los Registradores, y baste para ello recordar uno de los documentos más frecuentes en nuestras oficinas: las escrituras de constitución de hipoteca. Sabido es que tales escrituras contienen una serie de cláusulas no inscribibles según reiterada doctrina de la Dirección General (prohibición de enajenar o hipotecar la finca hipotecada, extensión de la hipoteca a nuevas construcciones hechas por terceros adquirentes, garantía para intereses moratorios sin hipoteca de seguridad, vencimiento por incumplimiento de cualquier obligación, o por suspensión de pagos, quiebra o embargo, obtención de segundas copias con carácter ejecutivo, etc.), pero a las que las entidades financieras no renuncian a pesar de, como decimos, conocer su imposibilidad de inscripción, lo que normalmente consienten por la vía del artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Pues bien, cuando en una escritura de tal naturaleza se desliza un nuevo defecto, bien por introducción de cláusula nueva, bien por contradicción entre dos cláusulas (es frecuente en la designación de domicilio y en la fijación del tipo de interés), normalmente en la notificación de defectos sólo se contienen los defectos nuevos; no se procede a la enumeración detallada de todos los ya reiteradamente manifestados. Con esta técnica de equiparar la notificación y la nota nos veríamos obligados a inscribir, en caso de recurso, todas aquellas cláusulas no contenidas en la notificación, ya que sobre ellas no podría versar el recurso a pesar de que tanto interesados como Registrador conocerían su carácter de defectuosas. Ni en la teoría ni en la práctica se pueden equiparar ambas cosas porque la notificación va dirigida a los interesados para conseguir la subsanación y el despacho del documento, razón por la que no es nada formalista y de ahí que incluso pueda ser oral; la nota se extiende cuando al no haber acuerdo en orden a la subsanación hay que abrir la vía del recurso para el que, según nuestra opinión, es requisito imprescindible, y está sujeta a unos requisitos formales rigurosos para no provocar indefensión del recurrente. Por otra parte, tampoco se comprende muy bien que si el Reglamento permite dos formas para la notificación de defectos, la oral y la escrita, éstas produzcan efectos diferentes pues la norma ni regula los efectos de la notificación ni mucho menos que tales efectos sean distintos.

Otro de los problemas que plantea la Resolución comentada es el de que al admitirse el recurso sin haberse extendido la nota de denegación o de suspensión, en su caso, no hay forma de saber si el Registrador considera los defectos

apuntados en la notificación como subsanables o insubsanables y, en consecuencia, si cabría o no la anotación preventiva de suspensión. Pero en cualquier caso lo que está claro es que aun cuando se trate de defectos subsanables, no podrá nunca extenderse anotación preventiva de suspensión, dado que la misma implica, aparte de la solicitud por parte del interesado, la previa extensión de la nota de suspensión, como se desprende del propio artículo 65 de la Ley Hipotecaria, cuando dispone: «Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando lo solicite el que presentó el título». Lo mismo señala el artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil al decir: «En otro caso devolverá el documento con nota de calificación, para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, sin perjuicio de extender la oportuna anotación preventiva cuando estuviere prevenido así por alguna disposición legal o reglamentaria o lo solicitare el interesado».

En consecuencia, la doctrina de la Dirección en cuanto a la admisión del recurso no favorece en nada a la parte recurrente, dado que la preferencia que le podría dar la toma de la anotación preventiva de suspensión frente a otros títulos que ingresen después en el Registro se pierde, dado que en caso de inexistencia de nota de suspensión tampoco procederá practicar la anotación preventiva.

Otro problema no menos importante es el de cómputo del plazo para recurrir, pues como dicen los artículos 55 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 113 del Reglamento Hipotecario, éste se cuenta desde la fecha de la nota contra la que se recurra, y si la nota no existe difícilmente puede computarse tal plazo, y que la nota no existe lo confirma la propia Resolución comentada cuando dispone que «se devuelva el expediente para que exprese en el título la nota de calificación que proceda».

Y no digamos nada de los posibles problemas que podrían plantearse si no extendida la nota de prórroga del asiento accediesen documentos contradictorios que adquirirían preferencia sobre los anteriores; y si bien este peligro es menor en los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad por cuanto el Presidente de la Audiencia, en cumplimiento del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, ordenará la práctica de tal nota si se admite el recurso, es sin embargo muy grave en las calificaciones de los Registradores Mercantiles, por cuanto en el recurso gubernativo del Reglamento del Registro Mercantil no existe este trámite.

La única conclusión práctica que puede deducirse de la comentada Resolución, cuya doctrina no compartimos, es que los Registradores deben optar siempre por la notificación oral de los defectos, o bien la escrita, pero sin firma ni fecha, pues la expresión de la Resolución de que queda garantizada la correspondencia del defecto con el título porque la notificación está fechada y firmada por el Registrador ya que ambos documentos hacen referencia al asiento de presentación, nada resuelve por cuanto la circunstancia de ser por escrito es opcional del Registrador, y si se hace por escrito tampoco existe norma alguna que imponga lleve fecha y firma del Registrador. Si esto se hace en la práctica lo es por cortesía hacia el interesado o Notario autorizante, y bajo ese prisma, de trato benevolente, actuó el Registrador brindando sus soluciones al problema planteado para encontrarse con la sorpresa de un recurso extemporáneo.

Con lo expuesto podríamos dar por terminado este breve comentario de una Resolución cuyo contenido seguramente no se reproducirá, pues los Registradores optarán, como decimos, por la notificación oral o escrita informal, mas como ya apuntábamos ante el tema de fondo es de gran importancia por cuanto atañe

al problema de la ejecución de los acuerdos sociales, lo cual ya ha motivado otro trabajo del que suscribe pendiente de publicación en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ya que en esta materia es frecuente el error, y la propia notificación, considerada como nota por la Dirección, lo pone de manifiesto.

Como ya vimos, la notificación no admite la actuación del señor Guillén Albacete para ejecutar el acuerdo de ampliación de capital por no reunir la condición de Consejero de la Sociedad ni tener poder con facultad de llevar la firma social, por lo que debe ser ratificada su actuación por el Consejo de Administración, y el acuerdo del Consejo a que se refiere la segunda notificación ha de ser ejecutado por un miembro del mismo o apoderado con facultad de llevar la firma social y no por el citado señor Guillén que no reúne tal condición.

Es uno de los supuestos que más frecuentemente se dan en la práctica. La Junta General adopta un acuerdo y designa a una persona para que ejecute el acuerdo, y la mayoría de las veces sin tener en cuenta las características de las personas designadas, por lo que, para que éstas puedan actuar, precisan tener conferida la facultad representativa. La cuestión aún se complica más si el órgano de representación de la sociedad es colegiado, o sea, Consejo de Administración.

Por tal razón ya señalábamos antes el contrasentido que suponía la presunta nota cuando exigía la condición de Consejero para ejecutar el acuerdo y señalaba como medio de subsanación del defecto el acuerdo del Consejo de Administración. Estamos de acuerdo con el procedimiento de subsanación, pero no con la premisa de que se deriva, pues aun cuando el señor Guillén hubiese reunido la condición de Consejero igualmente carecería de facultad representativa. La segunda notificación, que es objeto del recurso, ya que la primera fue en principio subsanada mediante el correspondiente acuerdo del Consejo ejercitando la opción prevenida en el artículo 45, si bien después en la ejecución de tal acuerdo se cometió el mismo error que en la ejecución del acuerdo de la Junta anterior, o sea, el de facultar a persona que carecía de facultad representativa, fue a nuestro juicio correctísima, lo que demuestra bien a las claras que la postura del Registrador era firme y única desde el principio, si bien la relajación que supone el que no se trataba de nota para recurso sino de simple manifestación de defectos le pudo hacer incurrir en las imprecisiones apuntadas que en modo alguno trascienden a la cuestión debatida por cuanto, como decimos, la que es objeto de recurso es la segunda y ésta aparece perfecta en su formulación.

El recurrente en el Hecho III se extiende en orden a esta cuestión en unas consideraciones respecto a la representación de las personas jurídicas tanto en su faceta orgánica como en la voluntaria que están dentro de la más ortodoxa doctrina jurídica, y así, efectivamente, las sociedades han de actuar necesariamente a través de otras personas físicas, lo que realizan a través de sus órganos de representación, ya sean éstos los propios administradores en la forma prevista para actuar cada una de aquéllos (colegiadamente si es Consejo, conjuntamente si son mancomunados o individualmente si son solidarios) con lo que se trataría de la representación orgánica, o bien a través de apoderados generales o singulares, con lo que entraríamos en el campo de la representación voluntaria, limitada ésta en cuanto a su actuación por la amplitud de las facultades conferidas.

Sin embargo, donde ya no coincidimos con el recurrente es en la aplicación que hace de la propia doctrina jurídica que recoge previamente, y así manifiesta que «no existe ningún impedimento legal para que el órgano de administración delegue en un tercero, para un acto concreto, la ejecución de cualquiera de los acuerdos que dicho órgano haya adoptado». No entramos en el error de hablar

de *delegación* en un terreno que es imposible, ya que la delegación es una institución que sólo puede darse cuando existe Consejo de Administración y se realiza a favor de un Consejero conforme a los artículos 77 y 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que cuando se trata de terceros que no reúnen la condición de Consejeros sólo se puede hablar de apoderamiento. La cuestión está resuelta hasta la saciedad por la doctrina jurídica, que señala con absoluta precisión las diferencias entre una y otra figura jurídica como igualmente lo hizo la Dirección General en Resoluciones de 31 de marzo de 1979, 3 de septiembre de 1980, 26 de octubre de 1982 y 16 de julio de 1984, si bien esta última, tras manifestar que «el artículo 77 de la Ley distingue entre delegación —que sólo cabe dentro del Consejo de Administración y tiene lugar a favor de miembros del propio órgano administrativo— y el apoderamiento que se puede conferir a cualquier persona», tolera sin embargo la utilización incorrecta del término delegación en aras del principio de buena fe recogido en el artículo 57 del Código de Comercio «pese a la incorrección técnica cometida». Pues bien, independientemente de tal error, la aplicación que hace el recurrente de la propia doctrina que recoge no se ajusta a las normas legales, como veremos a continuación.

Cierto que nuestra legislación no exige que la elevación a instrumento público de los acuerdos adoptados por la Junta General haya de ser llevada a cabo por un Consejero o Apoderado general, y que puede ser realizada por un Apoderado singular siempre que tal facultad le venga atribuida por el órgano adecuado para concederla. Ciertamente, lógicamente, que no es preciso *como norma general* que los apoderamientos singulares figuren previamente inscritos en el Registro Mercantil por su propia naturaleza y por disponerlos así el artículo 86.6 del Reglamento del Registro Mercantil. Ciertamente, del mismo modo, que se trata de un apoderamiento singular amparado por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, y cierto, por último, que tal apoderamiento no recae sobre facultades indelegables del Consejo, que ha sido acordado (el segundo, que es objeto del recurso) por el órgano que ostenta la representación social en uso de la facultad que toda persona física o jurídica tiene de conferir su representación voluntaria a terceros. Mas lo que no es cierto es que haya sido documentado en escritura pública de conformidad con el artículo 1.280, 5, del Código Civil, ni que no precise de inscripción en el Registro Mercantil.

Aquí, a nuestro modesto juicio, el recurrente incide en un grave error bastante generalizado, el de entender que la elevación a público del acuerdo del Consejo implica al mismo tiempo la elevación a público del poder conferido. Nada más lejos de la realidad. El poder ha de otorgarse al comparecer ante el Notario en la escritura pública quien ostenta la facultad representativa y es claro que el apoderado designado aún no la ostenta, sería algo así como admitir que el apoderado designado por una persona física mediante una carta pudiese comparecer ante el Notario con la referida carta para otorgarse el poder. El acuerdo del Consejo, en el caso que nos ocupa, es tan documento privado como la susodicha carta y nos encontraríamos con el absurdo de que existiría un poder que se confiere a sí mismo el propio apoderado como Juan Palomo. La cuestión ya fue resuelta por Resoluciones de la Dirección General de 13 de mayo de 1976 y 26 de octubre de 1982, no bastando que las facultades del apoderado consten en escritura pública y la persona resulte designada por una simple certificación, sino que es preciso que ambas circunstancias consten en escritura pública.

Nadie discute que un apoderado pueda ostentar únicamente la facultad de ejecutar acuerdos sociales adoptados por la Junta o por el Consejo, pero este poder ha de ser previo a la actuación del apoderado que únicamente puede

actuar cuando el órgano de representación le haya conferido el poder y una vez obtenido éste ya puede elevar a públicos los acuerdos adoptados. Esto es lo que el Registrador reclama en su calificación, pues dado que el señor Guillén no ostenta la facultad representativa orgánica ni voluntaria habría de ser un Consejero quien ejecutase tal acuerdo. Claro que alguien podría preguntarse ¿Por qué sí puede un Consejero, que tampoco tiene facultad representativa por sí solo, dada la naturaleza de órgano colegiado del Consejo y no en el tercero designado? La contestación es sencilla. La decisión la realiza el Consejo en el correspondiente acuerdo y la ejecución la lleva a efecto el Consejero designado porque la Ley únicamente exige requisitos especiales de forma y quórum para la delegación de facultades cuando esta delegación es de carácter permanente (véase art. 78 de la LSA), mas la delegación para acto concreto no precisa más requisitos que el acuerdo del Consejo designando al Consejero que ha de ejecutarlo. Lo contrario supondría que para la ejecución de cualquier acuerdo del Consejo habrían de comparecer ante el Notario todos los Consejeros. Mas esta doctrina no es aplicable a los Apoderados que no pueden actuar sin estar provistos del oportuno poder, que cuando ha de ser para actos sujetos a inscripción o ha de perjudicar a terceros ha de constar en escritura pública por aplicación del artículo 1.280, 5, del Código Civil, como ya declaró en su último Considerando la Resolución de 3 de septiembre de 1980.

Y Aquí surge el otro tema que antes apuntábamos cuando se trataba de la ejecución del acuerdo de la Junta que fue objeto de la primera nota y afirmábamos que era correcta en el sentido de requerir acuerdo de Consejo y que no bastaba la ejecución por un Consejero, y ello precisamente motivado por la naturaleza colegiada del órgano de representación. La voluntad de un órgano colegiado se forma en la reunión convocada al efecto ya que se trata de una suma de voluntades individuales, unas veces concordantes y otras no, por lo que el régimen que se adopta para concretarlas es el de mayoría, pero ello requiere la citación previa a todos los integrantes de tal órgano y reunidos con el quórum suficiente prevenido por la Ley y adoptada la decisión también con el quórum legal, la ejecución compete a quien ostente la representación social. Así cuando el acuerdo es de la Junta, habida cuenta de que este órgano carece de la facultad representativa que está atribuida por la Ley al Consejo de Administración (art. 76, LSA), no puede ésta atribuir una facultad de la que ella misma carece y es el Consejo de Administración quien ha de ejecutar tales acuerdos, bien a través de Consejeros Delegados previamente designados a quienes se confirió la facultad representativa, bien a través de cualquier Consejero a quien una reunión previa o simultánea del Consejo haya atribuido tal función. La determinación de la Junta de que determinada persona ejecute el acuerdo adoptado sólo es posible cuando la persona designada ostente un poder previo que le faculte para la ejecución de acuerdos sociales. Si tal poder no existe hay que otorgarlo, pues el acuerdo de la Junta recogido en la correspondiente certificación, al igual que sucede con los del Consejo, no son más que documentos privados.

La cuestión ya fue resuelta claramente por la Resolución de 3 de septiembre de 1980, que en su último Considerando nos dice: «Considerando por último y tal y como se ha indicado anteriormente que al no realizar la sociedad por sí misma y a través de su órgano de gestión correspondiente la ejecución del acuerdo adoptado, la persona que actúa en su nombre —sea un extraño o incluso *uno de sus propios representantes* que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los Estatutos en vigor— habrá de justificar la representación a través del documento adecuado —art. 1.280, 5, del Código Civil—, lo que no ha

tenido lugar». Clara doctrina que excluye tajantemente que uno de los componentes del órgano de gestión que no ostente facultad representativa por sí solo pueda ejecutar los acuerdos de la Junta si no se le concede el oportuno poder en escritura pública. Doctrina lógica, por otra parte, pues admitir que cada uno de los Consejeros o Administradores mancomunados pudiera actuar por sí solo supondría transformar la administración colegiada o mancomunada en solidaria contra las propias normas estatutarias que establecieron tal régimen de gestión.

En resumen, que cuando se trata de acuerdos de Junta la ejecución compete al Consejo bien mediante la actuación de un Consejero Delegado si éste existe previamente designado, bien mediante el Consejero que el propio Consejo designe para tal caso, o bien mediante Apoderado, a quien previamente se le haya conferido tal facultad en escritura pública, y cuando se trata de acuerdos de Consejo puede ejecutarlos cualquier Consejero designado al efecto o bien un apoderado a quien se le haya conferido tal facultad en forma legal.

Modalidad especial, que no excepción a esta doctrina, se da cuando en la propia Junta se encuentra reunido el Consejo de Administración, bien porque han asistido todos los Consejeros, bien porque siendo la Junta Universal los Estatutos establecen como requisito para ser consejero reunir la condición de accionista, pues en tal caso resulta evidente que el Consejo está presente cuando se adopta el acuerdo facultando para su ejecución a un Consejero. Este es el supuesto que se dio en la Resolución de 9 de junio de 1980 y que, por desconocimiento del supuesto de hecho, es interpretada a veces erróneamente basándose en la literalidad del último Considerando que parece admitir la actuación de un Consejero para la ejecución de acuerdos de la Junta como supuesto de representación orgánica, mas basta leer el Resultando III de tal Resolución para comprobar, según resulta del inciso final «que en la Junta en que se adoptó el acuerdo unánime de nombrar al señor Malapeira como ejecutor de los acuerdos, estaban presentes y participaron *todos los miembros del Consejo*, por lo que no puede entenderse que este órgano ha sido excluido de su función representativa por una decisión de la Junta...», aparte de que en el caso de tal Resolución el artículo 15 de los Estatutos establecía la posibilidad de ejecución de acuerdos de la Junta por el Presidente del Consejo de Administración o la persona al efecto designada por la Junta.

Son pues, concordantes, frente a lo que pudiere deducirse de un examen somero, las dos Resoluciones comentadas y el caso de la de 9 de junio de 1980 no es más que una modalidad de actuación del Consejo, por su presencia en la propia Junta de todos los Consejeros, con acuerdo unánime y designación de uno de sus componentes para la ejecución del acuerdo. Por ello nos llama la atención que en el excelente trabajo de recopilación de las Resoluciones de la Dirección General dictadas en los recursos contra calificaciones de los Registradores Mercantiles llevado a cabo por los Registradores Mercantiles de Madrid y publicado en *Civitas, S. A.*, en 1989 no aparezca en los epígrafes relativos a representación ni en el de apoderamientos la referencia a la Resolución de 3 de septiembre de 1980, a pesar de su indudable trascendencia y sí la de 9 de junio de 1980. Es un olvido que debería corregirse en ediciones futuras.

Sólo nos resta examinar la otra cuestión, con la que no coincidíamos, recogida en el Hecho III de la Resolución que comentamos, o sea la no necesidad de inscripción en el Registro Mercantil de los poderes concedidos para actos singulares, y aquí el recurrente, cuando cita el artículo 86.6 del Reglamento, olvida que tal apartado contiene una norma de excepción a la de no inscribibilidad de los poderes conferidos para actos concretos y determinados, y es cuando éstos

se confieren para actos sujetos a inscripción. Resulta evidente que la ampliación de capital acordada en el supuesto que motivó la Resolución es un acto sujeto a inscripción, y además a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que no le es aplicable la excepción a tal norma que supuso la Resolución de 25 de agosto de 1976, con lo que llegamos a la conclusión de la necesidad de la inscripción del poder en el Registro Mercantil, inscripción que lógicamente no podría practicarse sin la previa formalización del mismo en la correspondiente escritura pública, circunstancia que como vemos no se ha producido, lo que evidencia la acertada calificación del Registrador.

No nos extendemos más sobre este punto relativo a la representación por cuanto como ya dijimos anteriormente ha sido objeto de otro trabajo bajo el título: «Aspecto formal de la representación de sociedades. La ejecución de los acuerdos sociales», que próximamente será objeto de publicación y al que nos remitimos, ya que en él se recogen mucho más ampliamente las ideas aquí vertidas en esta materia dada la importancia del tema.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

Registrador de Barcelona, 14

***ES INSCRIBIBLE LA VENTA HECHA POR UN APODERADO, ALEGANDO UN PODER REVOCADO, SI EL «DOMINUS» LO HA RATIFICADO «A POSTERIO-
Rb» (RESOLUCIÓN DE 5 DE DICIEMBRE DE 1988, «BOE» DE 24 DE DICIEMBRE).***

HECHOS

1. *El 11 de junio de 1980* don Juan, don Antonio y don Jesús Bori Folguera otorgaron, ante el Notario de Sariñena don José Manuel Senante Romero, un poder en favor de su padre, don Juan Bori Bosch, del cual sólo se expidió una copia común para los tres poderdantes.

2. *El 15 de abril de 1987* don Juan Bori Folguera compareció ante el Notario de Sariñena don José Manuel Martínez Sánchez para revocar el poder anteriormente citado.

3. *El 4 de mayo* fue requerido don José Lorenzo Iribarne Pérez, Notario de Lérida, para notificar tal revocación al Apoderado.

4. *El 15 de mayo, a las diez horas y quince minutos* el citado Notario de Lérida efectuó la notificación de la revocación al Apoderado don Juan Bori Bosch, requiriendo la devolución del documento.

5. *El 29 de mayo de 1987* don Juan Bori Bosch compareció ante el Notario de Barcelona don Carlos Cabades O'Callaghan y en nombre de don Juan Bori Folguera, y alegando el poder revocado, vendió una cuota indivisa de una finca propiedad de su hijo.

6. *El 4 de junio* la citada escritura de venta se presentó en el Libro Diario de Operaciones del Registro de Sariñena, asiento número 259 del Diario 26.

7. *El 12 de junio* se presentó en el mismo Diario 26 de este Registro la escritura de revocación de poder anteriormente citada, asiento número 283. Y el mismo día se hizo constar tal revocación, en los libros del Registro, por nota al margen de la inscripción quinta de la finca número 5.942, que es vendida en la escritura objeto del presente recurso.

8. *El 7 de agosto de 1987*, ante el Notario de Sariñena don José Manuel Martínez Sánchez, compareció don Juan Bori Folguera ratificando la venta efectuada por su padre en su nombre, alegando el poder revocado.