

7. EN LAS SOCIEDADES DEBE DISTINGUIRSE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA DEL CONSEJERO-DELEGADO Y LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DEL GERENTE, NO SIENDO PRECISA LA RENOVACIÓN DEL CARGO DE ESTE ÚLTIMO, AL ACTUAR A TRAVÉS DE LA CONCESIÓN DE UN PODER. EN EL ÁMBITO MERCANTIL NO ES NECESARIO QUE EL PODER CONFERIDO AL GERENTE SEA EXPRESO PARA HIPOTECAR, YA QUE COMPRENDE TODO TIPO DE CONTRATOS SOBRE OBJETOS DEL GIRO Y TRÁFICO DEL ESTABLECIMIENTO.

EN EL RECURSO GUBERNATIVO NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA DOCUMENTOS POSTERIORES NO EXAMINADOS POR EL REGISTRADOR.

Resolución de 31 de marzo de 1979.

Antecedentes.—Por escritura autorizada en Valencia por el Notario don Emilio Garnelo Codoñer el 8 de marzo de 1977, don Juan García Blat, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente García Pascual, S. A.», como Director Gerente de la misma, y don Juan Luis Rubert Civera, en representación de «Vicente Trullols, S. A.», formalizaron acuerdo de reconocimiento de deudas y constitución de hipoteca por la primera a favor de la segunda. Son datos esenciales a tener en cuenta que el Notario pone de manifiesto que la Sociedad hipotecante fue constituida en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, destacando los siguientes artículos de sus Estatutos: «Artículo 8: La Sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados»; «Artículo 24: La representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración, quien tendrá la gestión de los negocios sociales, para lo cual estará investido de los poderes más amplios, pudiendo celebrar toda clase de actos de administración y de dominio a nombre de la Sociedad, así como en interés de la misma realizar toda clase de operaciones de crédito y giro, disposición de fondos y cualquiera otras que estime oportuno, realizando su formalización en las condiciones que proceda a fin de que puedan surtir sus efectos en derecho, es decir, que sus facultades son ilimitadas en cuanto a la representación de la Sociedad se refiere, incluso para transigir cuestiones y someter aquéllas a la resolución de árbitros, pudiendo otorgar poderes de todas clases en las formas y con las facultades que considere oportunas, incluso a Procuradores y Letrados»; «Artículo 25: El Consejo podrá delegar en uno o

varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la Ley. Para desempeñar el cargo de Director-Gerente de la Sociedad o de Consejero-Delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad». A continuación el Notario autorizante de la referida escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca manifiesta que le consta por notoriedad que el señor García Blat se halla en el ejercicio del cargo para el que fue designado en la propia escritura fundacional, en la que le fueron delegadas la totalidad de las facultades contenidas en el referido artículo 24.

Presentada primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Torrente fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: 1) no acreditarse la renovación del nombramiento de don Juan García Blat como Director-Gerente, que fue designado tal en la escritura de constitución de 31 de marzo de 1969 (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 2) supuesta tal renovación, no haberse acreditado que tenga el Director-Gerente, facultades para hipotecar bienes de la Sociedad, al no constar en qué términos le fue hecha la delegación que permite el artículo 25 de los Estatutos de la Sociedad, y aunque hubiera sido delegación total de las facultades del artículo 24 de los mismos Estatutos, están las mismas limitadas a la gestión de los negocios sociales y es indudable que dentro de esta gestión no puede incluirse la facultad de hipotecar inmuebles. Tomada, a petición del interesado, anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días hábiles durante los cuales podrán ser subsanados los expresados defectos. Esta nota se extiende con la conformidad de los otros dos titulares».

Don Juan Luis Rubert Civera, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente Trullols, S: A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en el que en síntesis mantiene que el cargo de Director-Gerente no precisa de renovación alguna por no ser aplicable a estos cargos el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se refiere en exclusiva a los Administradores, y que en contra de la afirmación del Registrador, constan en la escritura calificada los términos en que le fue hecha al señor García Blat la delegación de facultades regulada por el artículo 25 de los Estatutos sociales al decirse «mediante su designación como Director-Gerente», delegándole todas las facultades del artículo 24.

El Registrador mantuvo su calificación en el informe, apoyándose en que el artículo 8 de los Estatutos consideraba al Director-Gerente como verdadero órgano de la sociedad con facultad para administrarla, por lo que según la doctrina de los mercantilistas, al estar previsto su nombramiento en los Estatutos y efectuado en el acto constitutivo de la Sociedad, ha de ser considerado como órgano de administración sujeto al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y en cuanto al ámbito del poder, el que sea para hipotecar ha de ser expreso, conforme al artículo 1.713 del Código Civil, debiendo ser ratificada la escritura de hipoteca por la Junta general de socios.

El Notario autorizante de la escritura de hipoteca emitió informe entendiendo que el otorgante es Director-Gerente y no Consejero-Delegado, por lo que no es aplicable el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto, no es precisa la renovación del cargo; y en cuanto a las facultades, estima que son bastante amplias.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia solicitó del recurrente la presentación de copia autorizada de los Estatutos de la Sociedad «Vicente Pascual», así como el acta en la que el Consejo de Administración delega las atribuciones a favor de don Juan García Blat, y al no ser posible al recurrente presentar los mencionados documentos, dado el secreto del protocolo notarial, por no haber sido otorgante de dichas escrituras, en su lugar, aportó una copia simple de las mismas, que obraba en su poder, así como una certificación literal de los asientos e inscripciones en el Registro Mercantil de la Sociedad mencionada, así como otra del Registro de la Propiedad en la que consta la adquisición de un piso por la mencionada Sociedad, efectuada por su Director-Gerente, don Juan García Blat, apareciendo de la primera de las certificaciones que el nombramiento realizado tiene lugar no en el acto constitutivo de la Sociedad, sino en la primera Junta general.

El Presidente de la Audiencia de Valencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y teniendo en cuenta el contenido de los documentos que había solicitado.

Doctrina de la resolución.—Interpuesta apelación por el Registrador, la Dirección confirma el auto apelado en el sentido de revocar la nota del Registrador, por lo siguiente (1):

«Considerando que este recurso ha de resolverse tal como quedó planteado, sin que puedan tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el funcionario calificador—artículo 117 del Reglamento Hipotecario—, y todo ello a pesar de la importancia que para la calificación de la cuestión debatida pudieran presentar las nuevas aportaciones realizadas»;

«Considerando que el primer defecto de la nota hace referencia a si por no haber sido renovado el nombramiento del denominado en la escritura Director-Gerente no podía éste ejercitar su función, dado lo establecido en el artículo 18 de los Estatutos sociales, que limitan el tiempo de duración del cargo de Administrador designado en la primera Junta general a sólo cinco años o si por el contrario no le es aplicable esta norma al no ostentar el nombrado el carácter de Administrador, puesto que se trata de un simple apoderado no sujeto a plazo alguno, según sostiene el recurrente»;

«Considerando que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la Sociedad—supuesto en que ésta actúa por sí—y el caso en que este tipo de entes actúan—como cualesquiera otros—a través de personas ajenas a sus órganos y que permite el artículo 77 de la Ley, y que es evidente, en el plano teórico y conceptual, no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones

(1) Vistos los artículos 1.712 y 1.713 del Código Civil; 72, 73, 76 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1956, 16 de abril de 1964 y 3 de febrero de 1965, y las Resoluciones de 30 de octubre de 1913 y 6 de noviembre de 1962.

introducidas por la práctica se entremezcla una u otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo, que hay que tratar de evitar, para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan confluír ambos tipos de representación, ya que a una Sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea Administrador—incluso Consejero-Delegado, si se estima oportuno por el Consejo—con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el período de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán—de esta forma—afectadas por las incidencias de su cargo administrativo en la Sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder»;

«Considerando que en el presente expediente, y de la lectura de los documentos tenidos a la vista por el Registrador, aparecen justificadas las reservas de este funcionario, que tiene su fundamento en el confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos, que no distinguen con la precisión técnica debida los supuestos de delegación de funciones dentro del mismo Consejo y de apoderamientos voluntarios por parte de este último, como puede apreciarse al examinar el artículo 8 de los Estatutos, que parece equiparar Consejero-Delegado a Director-Gerente, o cuando se indica en el artículo 25 que se podrán 'delegar' la totalidad o parte de las facultades del Consejo en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes, lo que hace en principio presuponer que se está ante un verdadero Consejero al que se han delegado las correspondientes facultades»;

«Considerando, no obstante, y pese a que hubiera sido preferible haber aclarado en la escritura calificada que el compareciente en la anterior escritura de constitución de la Sociedad había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado—y no limitarse a indicar el fedatario la constancia por 'notoriedad' de hallarse el apoderado en el ejercicio del 'cargo' con la totalidad de las facultades delegadas—, con lo que de paso habría observado la recomendación hecha en el artículo 146 del Reglamento Notarial y disipado las dudas existentes sobre el particular, es indudable que del propio contexto del artículo 25 de los Estatutos transcrito en la escritura e inscrito en el Registro Mercantil, y que se refiere al desempeño del cargo de Consejero-Delegado o Director-Gerente, sin que se requiera la cualidad de miembro del Consejo de Administración, se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de los apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley, y que, en consecuencia, no procede aplicar el plazo de caducidad que para la duración del cargo se fija por la Ley exclusivamente a los Administradores»;

«Considerando, en cuanto al segundo defecto, que al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una tercera persona de las facultades que le ha conferido el órgano social en virtud del poder correspondiente, procederá, por tanto, examinar si la persona que actuó en la escritura discutida tenía poder suficiente para hipotecar el inmueble de la Sociedad»;

«Considerando que para determinar las facultades que ostente el apoderado, habrá que estar a los términos del mandato conferido, con

aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712—que distingue entre mandato general y especial—y 1.713, que a su vez lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o por el contrario es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada, lo que se traduce, siguiendo una reiterada jurisprudencia, a que el contenido propio del mandato expreso o especial es el de los actos de riguroso dominio indicados *nominatim* en el correspondiente instrumento, mientras que los poderes generales comprenden todos los negocios del mandante y están limitados a los actos de administración, salvo que se trate de mandato mercantil, en donde, de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio, el Gerente o Factor de una Sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento»;

«Considerando que en el presente caso se ha procedido por las Sociedades interesadas—con similar objeto social—a realizar como consecuencia de las relaciones mercantiles entre ellas una liquidación de las cuentas pendientes, y se ha señalado el saldo resultante, así como la forma y tiempo en que debe ser abonado, con establecimiento de una garantía real sobre inmueble de la Sociedad deudora para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, todo lo cual entra dentro de la gestión social para la que es competente por su propia esencia—y con independencia de la simple enumeración del artículo 24 de los Estatutos—el Consejo de Administración, y en consecuencia también lo será el Director-Gerente que con el carácter de factor actúa, al ostentar todas las facultades que al propio Consejo competen, y que éste le ha conferido con arreglo al artículo 25 de los Estatutos sociales».

COMENTARIO.—La valoración crítica de esta resolución arroja un saldo desfavorable. Hay algunas declaraciones interesantes, como la distinción entre representación voluntaria y representación orgánica, que es efectivamente clave para la distinción entre Gerente y Consejero-Delegado, así como también la idea de que ambos tipos de representación pueden confluir en la misma persona sin que por ello se confundan. Pero en la solución de los dos problemas planteados en el recurso, la resolución no ofrece fórmulas convincentes, pues queda sin suficiente argumentación la configuración del otorgante como Gerente y no como Consejero-Delegado y, además, se producen algunas confusiones conceptuales a propósito del problema del ámbito del poder, como son la confusión inadmisibles entre mandato general y mandato en términos generales, o la aplicación de un precepto pensado para el «factor notorio» al «factor con poder inscrito». Se desconoce, en fin, la existencia del artículo 139 de la Ley Hipotecaria, que exige poder expreso para hipotecar y se da culto desmedido a las expresiones «giro y tráfico del establecimiento», olvidando que son vagas, imprecisas e insuficientes para montar sobre ellas una teoría sobre el apoderamiento y su ámbito.

Se examinan a continuación las distintas cuestiones que se plantean en esta resolución agrupándolas en torno a los dos problemas fundamen-

tales debatidos: el de la diferenciación entre las figuras de Consejero-Delegado y Gerente con vistas a la caducidad del cargo en el primer caso y no en el segundo, y el del ámbito de la representación voluntaria del poder concedido al Gerente, y concretamente, si ha de entenderse comprendida la facultad de hipotecar, no mencionada expresamente.

A) LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LAS FIGURAS DEL CONSEJERO-DELEGADO Y DEL GERENTE.—Mientras el cargo de Consejero-Delegado está sujeto a caducidad y exige la justificación de su renovación, no ocurre lo mismo con el Gerente, que al basar su actuación externa en la concesión de un poder, basta que acredite la existencia de éste sin que haya sido revocado. Precisamente por esto, es esencial la distinción entre Consejero-Delegado y Gerente, así como también la determinación de si en el caso concreto estamos ante la segunda figura jurídica, como entendía el recurrente y la propia resolución, o ante la figura de Consejero-Delegado, como defendía el Registrador en su informe.

El esquema de cuestiones a examinar dentro de este primer problema será el siguiente: a) Diferenciación entre representación orgánica y voluntaria; b) Diferencias entre Consejero-Delegado y Gerente; c) Posibilidad de que el Gerente sea al mismo tiempo Administrador e incluso Consejero-Delegado, sin que las funciones se identifiquen; d) Referencia al Gerente Estatutario; e) Indicios interpretativos en el caso concreto en favor de la configuración como Consejero-Delegado y no como Gerente.

a) *Diferenciación entre representación orgánica y voluntaria.*—La resolución apunta en su tercer «Considerando» esta importante distinción, definiendo la representación orgánica como aquella en que «la sociedad actúa por sí», y la voluntaria como aquella en que «la sociedad—como cualquier ente—actúa a través de personas ajenas a sus órganos como apoderados».

Nos interesa mucho esta distinción porque sirve para caracterizar las respectivas figuras de Consejero-Delegado—órgano de la sociedad—y Gerente—apoderado de la sociedad.

La doctrina de los autores se ha ocupado de ella, existiendo dos tendencias a propósito de la caracterización de la llamada «representación orgánica».

Algunos autores son partidarios de prescindir de tal concepto entendiendo que no es un supuesto de representación, sino algo completamente diferente. Según esta posición, la representación sólo puede predicarse de aquellos supuestos en que una voluntad—la del representante—actúa por otra—la voluntad del representado—, representación que puede ser voluntaria o legal, pero no orgánica, quedando el concepto de «órgano» fuera del ámbito de la representación, como una figura distinta en que la sociedad o persona jurídica declara su propia voluntad a través del órgano, no existiendo por ello dos voluntades, sino una sola, la de la persona jurídica.

Esta posición es defendida, por ejemplo, por CARIOTTA-FERRARA en su libro *El Negocio Jurídico*, señalando entre varias figuras que deben distinguirse de la representación «la actividad de los órganos de las personas jurídicas», ya que «éstos expresan una única voluntad, la voluntad de las personas» y citando como partidario de la misma opinión a

MESSINEO (2). Suscribe íntegramente esta tendencia ALBALADEJO, al anotar aquel libro de CARIOTTA-FERRARA (3). Después, en su *Derecho Civil* ALBALADEJO insiste, diciendo: «(en los órganos) no hay un negocio (representativo) de la persona física, pero con efectos para la persona jurídica, sino que hay un negocio de ésta (y para ésta), realizado por el órgano adecuado para verificarlo, a través del que la persona jurídica desenvuelve su capacidad de obrar, que consiste en una actividad que le es directamente imputable a ésta». Por cierto que ALBALADEJO pone como ejemplo de «órgano» el gerente de una sociedad, ejemplo que no tengo más remedio que criticar, pues precisamente se está ante un caso de persona que no es órgano y que basa su actuación en la concesión de un poder que le da la caracterización de representante voluntario (página 351 del Tomo I, Volumen II, edición 1975).

Antes de dar mi opinión sobre el concepto de «representación orgánica», convendrá exponer las ideas de CASTRO, que se mueve en una línea no muy fija respecto a si estamos o no ante un caso de representación. Al hablar de las clases de representación, una vez reconocida la distinción entre representación voluntaria y legal, añade: «Todavía a veces se habla de representación necesaria y ello dándole dos sentidos. Se ha dicho que las personas jurídicas necesitan por su naturaleza de un representante para actuar; la doctrina moderna, para evitar confusiones, prefiere hablar de órganos. Se ha considerado también como representantes necesarios a los Procuradores...» En otro lugar, al tratar de los «órganos y representantes de la persona jurídica tipo asociación» dice: «En la doctrina moderna, se ha dudado entre los términos de representante y de órgano, para designar quienes actúan por y para la persona jurídica. Los partidarios de la teoría de la ficción prefieren el de representante; mientras que los seguidores de GIERKE, y en general de la concepción realista, defienden o prefieren la designación de órgano». Un poco más adelante dice: «El vocablo órgano expresa por ello mejor que se trata de quienes reciben su poder del mismo estatuto de la persona jurídica, y que están integrados en la estructura misma de la persona jurídica. Con lo que se hace bien visible, que los actos de sus órganos se consideren como de la propia persona jurídica, con todas las consecuencias favorables o desfavorables (*dolo possunt facere*) que de ello se derivan». «En una terminología rigurosa, por tanto, se podría utilizar el nombre de órgano para los representantes estatutarios...» (*Temas de Derecho Civil*, págs. 108 y 88, Madrid, 1972).

Frente a estas opiniones que niegan al «órgano» el carácter de «representante» en sentido técnico, cabe traer a colación la objeción de LACRUZ: «cabe objetar—dice este autor—que la persona jurídica existe sólo como abstracción ideal, y que, por lo demás, no es concebible que los hombres que actúan por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad, que se consideren como absorbidos por él. Y si no se llega a tal grado de absorción, es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la representación». Ciertamente que al final LACRUZ señala que «en todo caso, la cuestión carece de consecuencias prácti-

(2) Página 581 del citado libro, Madrid, 1956.

(3) Página 582.

cas» (4). A lo que a su vez cabría objetar que el grado de aceptación de la representación orgánica podría implicar una mayor aplicación analógica de ciertas normas de la representación, en caso de existir laguna.

Mi visión sobre el tema es la siguiente: no hay ningún inconveniente en admitir la existencia de una tercera clase de representación, junto a la voluntaria y la legal, con el nombre de representación «orgánica», a condición de advertir de las diferencias entre ellas, pudiendo ser aplicados como supletorios preceptos de la representación sólo en el caso de no contradecir la esencia y propia normativa de la representación «orgánica». Además, la legislación ha recogido la terminología, que puede ser aceptada con esa condición. El título de la representación orgánica no es el negocio de apoderamiento—como lo es en la representación voluntaria—ni la ley—como lo es en la representación legal—, sino los Estatutos de la propia persona jurídica, que exige por su propia esencia la actuación a través del órgano. En los Estatutos se prevé con carácter abstracto el órgano, y luego, a través del documento correspondiente constará la persona o personas que han sido nombradas para el cargo que ostenta el carácter de órgano.

En cuanto a la terminología de «representación necesaria», que patrocinó CASTRO, estimo que no debe ser aceptada por lo siguiente: 1.º Porque se presta a confusión con la representación legal y con otros supuestos totalmente diferentes del órgano, como es el caso de actuación ante los Tribunales; 2.º Porque la denominación es conveniente que incluya el elemento más característico del concepto, y ése no es otro que el «órgano»; 3.º Porque se trataría de una denominación a espaldas de una abundante terminología legal, que no hay razón para abandonar.

Entre los preceptos que recogen la idea de representación orgánica, hay que citar los siguientes: artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, en que se alude a la «representación de la sociedad», dentro del capítulo de los «órganos»; artículo 77 de la misma, donde se apunta la distinción entre «delegación del órgano» y «representación voluntaria»; artículo 11, apartado h), de la referida Ley, donde se alude al «órgano u órganos que habrán de ejercer la administración», «indicando quién ostenta la representación de la sociedad», como menciones de los Estatutos de la Sociedad Anónima; artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, incluido dentro del capítulo de los «órganos de la sociedad», y en cuyo precepto se contempla la distinción entre la representación del órgano y la representación voluntaria; apartado h) del artículo 102 del Reglamento de Registro Mercantil, que también alude al «órgano u órganos» que habrán de ejercer la administración, así como a la expresión de «quien o quienes ostenten la representación de la Sociedad», apareciendo además las figuras de representación voluntaria u orgánica en preceptos de dicho Reglamento como son el 4.2.º, 76-1.º, 86-5.º y 6.º y el 110; el artículo 20 de la Ley Hipotecaria se refiere a la representación orgánica, junto a otros supuestos de representación, en el apartado cuarto, al hablar de las «demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes»; el artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario; artículo 165 del Reglamento Notarial, en donde, a propósito

(4) *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, año 1974, pág. 190.

de la representación de una Sociedad o persona social en general, se menciona la indicación del «título del cual resulte la expresada representación».

Por tanto, es bastante abrumadora la terminología legal que se refiere a la representación orgánica, por lo que sería inútil desconocerla. Ahora bien, aceptando dicha terminología, en seguida hay que insistir una y otra vez, en que se trata de una figura totalmente diferente de la representación voluntaria, y precisamente en este comentario eso es lo que se quiere recalcar para dejar bien sentadas las diferencias entre Consejero-Delegado, órgano de la sociedad, y Gerente, apoderado de la misma. El título de representación en uno y otro caso es muy distinto: en el primer supuesto, junto a los Estatutos que determinan las facultades del Consejo de Administración, es el documento en que conste la delegación de todas o parte de esas facultades, debidamente inscrito en el Registro Mercantil; en el supuesto del Gerente, es la escritura pública de poder de la que resultarán las facultades correspondientes, siendo obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil. Eso por lo que se refiere al título base de la representación; por lo que se refiere a la extinción de esa representación: la orgánica del Consejero-Delegado se ve sometida al plazo de duración del cargo de Administrador; la voluntaria del Gerente apoderado tiene las vicisitudes del poder mismo y concretamente su posible revocación y no la caducidad del nombramiento.

Paso a continuación a referirme con más detalle a esas diferencias entre Consejero-Delegado y Gerente.

b) *Diferencias entre las figuras de Consejero-Delegado y Gerente.*— Ocupándome en primer lugar del Consejero-Delegado, éste tiene la misma naturaleza jurídica que el órgano delegante, que es el Consejo de Administración, titular de la representación orgánica de la sociedad. Es uno de los miembros del Consejo de Administración, administrador por tanto, en quien aquél delega con carácter permanente todas o parte de sus facultades. La figura viene reconocida por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas y por el párrafo 2.º del artículo 78 de la misma, habiendo sido recibida por el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil. En dichos preceptos se destacan las notas de «delegación» —no apoderamiento—, de permanencia—sin perjuicio de la caducidad del cargo de administrador—, y de ser miembro del Consejo—«dentro del seno del Consejo de Administración»—, notas que implican una diferenciación clara respecto al Director Gerente, del que ahora me ocuparé. Respecto a la inscripción en el Registro Mercantil de tal delegación, el párrafo 2.º del artículo 78 de la Ley la regula diciendo que ha de inscribirse en el mismo, pues hasta tanto no producirá efecto alguno. El artículo 110 del Reglamento establece también la inscripción de la delegación, que habrá de constar en escritura pública, lo mismo en este aspecto que el apoderamiento.

En cuanto al Gerente, como indica la presente resolución, y lo ha puesto de relieve la doctrina, existen «diferentes denominaciones introducidas por la práctica». Estudios fundamentales para acercarse a la figura del Gerente son los de FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Notas sobre el Régimen Jurídico del Director General de la Sociedad Anónima» en el *Libro de Homenaje a Garrigues*, y de JUAN IGLESIAS PRADA, *Administración y Delegación de Facultades en la Sociedad Anónima*. El primero de

estos autores opta por denominarlo «Director General», aun reconociendo que también existen las denominaciones de Director y de Gerente de la Empresa. No obstante, parece más adecuado emplear el término de «Gerente» o al menos «Director-Gerente», que es el que usa la vigente legislación mercantil. Así, el artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a los «gerentes» diciendo que podrán asistir, con voz, pero sin voto, a la Junta General, a menos que los Estatutos lo prohíban expresamente. En el Código de Comercio se empareja al gerente con los auxiliares del comerciante; así, en el artículo 21, núm. 6.º, se habla de los poderes generales dados a «gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios»; en el artículo 283 se ve claramente el concepto de Gerente como factor. El Reglamento del Registro Mercantil también se refiere a él; así en el artículo 42.º, a efectos de la previa inscripción de sus facultades como requisito para poder inscribir los actos que realicen; en el artículo 76-1.º y en el 86-6.º, en aquél de modo expreso y, en este último, implícitamente a través de la alusión a los «poderes generales», lo mismo que en su artículo 110. Obsérvese, además, la referencia al Gerente en la Ley de Uniones de Empresas de 28 de diciembre de 1963, en cuyo artículo 7, apartado d), al regular la agrupación temporal de empresas, se establece: «Existirá un Gerente único de la agrupación, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones necesarias para el logro de los fines de la unión». «Las actuaciones de la unión de empresas se verificarán precisamente, a través del Gerente nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la agrupación».

En cuanto a las notas más características del Gerente, en contraposición al Administrador o al Consejero-Delegado, son las dos siguientes:

1.ª El Gerente se encuadra dentro de los «auxiliares del empresario», sea empresa individual o social. Es un auxiliar, eso sí, de alta dirección y que ejerce una función de gestión. Tratándose de los administradores o del Consejero-Delegado no puede hablarse de «auxiliares» del empresario, pues forman parte del órgano administrativo mismo de la sociedad. Además el Gerente puede predicarse tanto respecto al empresario individual como a una sociedad, lo cual revela que estamos ante una figura diferente de los administradores de una sociedad. Desde esta perspectiva, el Gerente tiene la nota de Factor.

Los autores que se han ocupado del tema llegan precisamente a esta conclusión de ser el Gerente un «auxiliar del empresario». Así, RODRIGUEZ ARTIGAS dice: «La figura del Director General (léase entre nosotros Gerente) puede encuadrarse, en una primera aproximación al tema, dentro del tema de los auxiliares del empresario, en la medida en que se trata de una persona que colabora en la tarea de gestionar la sociedad en base al poder que en este sentido le ha sido conferido y en el que se da, en cierto modo y como más adelante se comprobará, la nota de subordinación que caracteriza a aquéllos» (5). Más adelante señala: «es función propia del Director General la dirección de la actividad de gestión, ya que, en esencia, supone que al órgano administrativo le corresponde la tarea de elaborar, o al menos ratificar, la política general de la sociedad

(5) *Ob. cit.*, pág. 119.

y los planes generales de gestión, mientras que la función del Director General consiste en dirigir la aplicación y la ejecución de esos planes fijados por el órgano administrativo» (pág. 127).

Por su parte, IGLESIAS PRADA alude a esta función específica de los Gerentes, del siguiente modo: «Así como la delegación puede comprender, incluso, las actividades inherentes a la organización de la sociedad, a los Gerentes corresponden exclusivamente las «actividades inherentes al ejercicio de la empresa social». Estos constituyen, pues, una particular figura de auxiliares asimilables a la histórica figura romana del «institor». Y en una nota apunta lo siguiente: «La distinción entre órganos sociales y Gerentes ha de plantearse, como se ha señalado autorizadamente en la doctrina italiana, sobre la diferenciación entre sociedad y empresa social» (*Ob. cit.*, pág. 386).

2.ª El fundamento de las facultades representativas del Gerente está en la concesión de un poder, a diferencia del órgano administrativo, cuya actuación representativa es orgánica, según se ha dicho más arriba. El poder del Gerente se diferencia de los poderes singulares dados a otras personas por tener una cierta amplitud, susceptible de aparecer con una serie de límites, según indicaremos al final. Además, el poder del Gerente debe diferenciarse claramente de la «delegación» que sirve de fundamento al Consejero-Delegado.

Lo normal es que la «delegación» la haga el Consejo de Administración, siendo excepcional el supuesto de delegación por los fundadores. En cuanto al apoderamiento concebido al Gerente puede proceder del órgano administrativo o de la Junta General. Precisamente el artículo 110 del Reglamento de Registro Mercantil alude a los «poderes generales» otorgados por la Junta General. No obstante, el supuesto normal es el otorgamiento del poder por el órgano administrativo, según se desprende del artículo 77, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

Conviene insistir en esta diferencia entre «delegación» y «apoderamiento», que es clave para la distinción entre Consejero-Delegado y Gerente. RODRÍGUEZ ARTIGAS, al comentar el artículo 77 dice que «en este precepto se arbitran, por consiguiente, dos procedimientos para articular el órgano administrativo: la *delegación* y el *apoderamiento*. En virtud del primero se crean las figuras del «Consejero-Delegado» y de la «Comisión ejecutiva», en tanto que con el apoderamiento es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarca desde el Director General hasta el simple apoderado singular para un negocio concreto» (pág. 118).

Por su parte, BÉRGAMO también contrapone delegación y apoderamiento. Después de señalar las notas de la primera, destaca las características contrarias del segundo, del siguiente modo: «El apoderamiento no atribuye la representación legal (léase orgánica, en terminología al uso) de la compañía. La actividad del apoderado se desenvuelve en el marco de la representación voluntaria». «El apoderado no es órgano de la voluntad social, sino un representante al que se han conferido poderes subordinados». «Titular del apoderamiento puede ser cualquier persona, pertenezca o no al Consejo». «El apoderamiento es conferible tanto si la sociedad está administrada por un Consejo como por un administrador unipersonal o por administradores solidarios» (6).

De todo ello se desprende que el Gerente no está sometido al plazo

(6) BÉRGAMO: *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, III, pág. 110, edición 1970.

de duración previsto para los administradores—y consiguientemente para el Consejero-Delegado—en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues el límite temporal de su actuación externa lo constituye la extinción del poder y especialmente a través del mecanismo de la revocación.

Por eso es esencial determinar en el caso concreto si estamos ante un Gerente o ante un Consejero-Delegado. Pero habrá que tener en cuenta que lo de menos es la terminología utilizada, sino las notas que caracterizan a una y otra figura. Reténgase este aspecto sobre el que luego volveré al hacer la crítica a la solución adoptada por la presente resolución.

c) *Posibilidad de que el Gerente sea también administrador—e incluso Consejero-Delegado—sin que por tal confluencia de funciones éstas se confundan.*—La resolución señala en su cuarto «Considerando» que no existe ningún obstáculo para que en una misma persona puedan confluír uno y otro tipo de representación, orgánica y voluntaria, sin que por ello se confundan, advirtiendo que el Gerente puede ser al mismo tiempo Administrador e incluso Consejero-Delegado.

Nada que objetar a esta afirmación que se apoya, por otro lado, en algún autor que ha estudiado la figura del Gerente, como es IGLESIAS PRADA, al que, en seguida aludiré. Pero de esta afirmación no se desprende ninguna consecuencia ni apoyo argumentativo en favor de la solución adoptada por la presente resolución, pues una cosa es que *puedan* coincidir en una misma persona las funciones distintas de Gerente y Consejero-Delegado, y otra es que en el caso concreto planteado *se haya producido* esa coincidencia de funciones. Estamos ante una petición de principio, pues de lo que se trata es de averiguar si el otorgante es un Gerente o un Consejero-Delegado o ambas cosas a la vez. Pero de la mera posibilidad de que quepa que una persona pueda ostentar ambas funciones, no se deriva que en el caso concreto las ostente. Estamos ante una duda: la de si la persona en cuestión es Consejero-Delegado o Gerente, y no hay rastro alguno de que esa persona haya sido al mismo tiempo designada Consejero-Delegado y Gerente. En cambio, se está ante una persona que es administrador de la sociedad, pero tampoco está claro si es Gerente o Consejero-Delegado.

En pocas palabras, que la afirmación de la Dirección en el cuarto «Considerando» no pasa de ser algo, que siendo acertado, no dice nada en relación con el caso planteado. Es más, cabe la posibilidad de que si el Gerente es un administrador, haya más bases o indicios para resolver, en caso de duda, que estamos ante un verdadero Consejero-Delegado que no tiene de Gerente más que el nombre, o bien, ante un Gerente Estatutario, del que me ocuparé en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, la solución del problema depende de la interpretación que en el caso concreto se dé a los Estatutos que aluden al Gerente y al documento en que consta su designación y facultades.

Volviendo al examen de esa posibilidad teórica y, perfectamente admisible, de que el Gerente sea al mismo tiempo administrador de la sociedad, e incluso Consejero-Delegado, veamos la opinión, en primer lugar, de RODRÍGUEZ ARTIGAS, que se refiere únicamente a la confluencia en una misma persona del cargo de Administrador y Gerente: «Es posible,

no obstante, que concurren en una misma persona la condición de administrador y la de Director General, en cuyo caso estaríamos en presencia de un Consejero-Delegado dotado de especiales funciones referidas a la gestión diaria, circunstancia que pone de manifiesto la dificultad de distinguir las figuras del Director General y del Consejero-Delegado, cuestión sobre la que se volverá más adelante» (7). Obsérvese que este autor admite que confluyan en una misma persona los cargos de Director General y Administrador, pero entonces atribuye a tal persona la naturaleza jurídica de Consejero-Delegado de carácter especial. Lo cual significa, al parecer, en opinión de este autor, que se desnaturaliza de algún modo la calificación de Gerente, en contra de lo que la resolución entiende.

Más en línea con lo que defiende la presente resolución, IGLESIAS PRADA dice lo siguiente: «Tratándose de un administrador en quien coincide la doble condición de Consejero y Gerente (Director General, Director Gerente, etc.), a pesar de que la coincidencia dificulta aún más la diferenciación con los delegados, ésta procede siempre en términos semejantes a los expuestos. Su doble posición frente a la sociedad no le convierte automáticamente en titular de un órgano delegado (MINERVINI, con dudas apunta tal posibilidad); como Consejero, continúa encargado del ejercicio colectivo de las funciones de administración, que no le corresponden individualmente por el hecho de ocupar, al mismo tiempo, un puesto en la gerencia; en razón de esta segunda posición que asume, ostenta personal e individualmente, la representación que se le confiere mediante apoderamiento, y está obligado a desarrollar cuantas labores y misiones se le hayan conferido por razón de su puesto en la gerencia» (8).

Una vez expuesta la opinión de estos autores, algo diferente entre sí, y que la resolución se inclina por la del segundo, tengo que insistir en que cabe tal posibilidad de confluencia de funciones, pero si en el caso concreto se produce el nombramiento como Gerente de un administrador, mientras no se pruebe que ha habido el propósito claro de que actúe con separación en uno y otro aspecto, esa confluencia puede dar base interpretativa para la configuración del supuesto como el de un Gerente que no tiene de tal más que el nombre, y que se está ante un Consejero-Delegado o ante el denominado Gerente Estatutario. De este último paso a ocuparme a continuación.

d) *Referencia al llamado Gerente Estatutario.*—El informe del Registrador daba pie para entrar en esta cuestión, a pesar de lo cual la Dirección pasa en silencio el problema, con lo que nos quedamos sin saber qué es lo que piensa la misma sobre el Gerente Estatutario, del que se ha ocupado un sector de la doctrina, equiparándolo al órgano administrativo.

El Registrador alude al que la doctrina denomina «Gerente Estatutario» en los siguientes términos (según un «Resultando» de la resolución): «si los Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados representan a la Sociedad con facultades delegadas del Consejo (delegación establecida en los Estatutos), en todo momento serán un órgano de la sociedad, con facultad para administrarla, del mismo modo que lo es el Consejo de

(7) *Ob. cit.*, pág. 123.

(8) *Ob. cit.*, pág. 388.

Administración, y por tanto, con la limitación del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas; la doctrina de los mercantilistas distingue la figura del Director-Gerente según sea su nombramiento previsto en los Estatutos y efectuado en el acto constitutivo de la Sociedad, que ha de ser considerado como órgano de administración de la misma y sujeto a las normas que la Ley de Sociedades Anónimas establece para los administradores».

Para la debida valoración de esta opinión del informe, conviene examinar en primer lugar la doctrina de los mercantilistas, para luego determinar cuáles son las notas del Gerente Estatutario y si en el presente caso estamos o no ante un Gerente de esa clase.

URÍA se ocupa del Gerente Estatutario diciendo: «En ocasiones los estatutos sociales colocan al lado del órgano colegiado de administración un órgano unipersonal que con la denominación de Director-Gerente o Director General comparte con el Consejo las funciones administrativas, delimitando al efecto las respectivas esferas de competencia de un órgano y otro. La ley no se opone a esa dualidad de órganos administrativos, puesto que en el apartado h) del artículo 11 dice que los estatutos designarán «el órgano u órganos que habrán de ejercer la administración». «El Director-Gerente estatutario es en definitiva un administrador, al que serán de aplicación las consideraciones anteriormente expuestas en orden a su aptitud, revocabilidad, responsabilidad, etc.». «Pero otras veces la designación de Director-Gerente no está prevista en los estatutos, y su nombramiento se hace por acuerdo de la Junta general y a medio de apoderamiento que le confiere el Consejo de Administración para que pueda actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en las operaciones de giro o tráfico. El gerente así nombrado no tendrá la condición de órgano social de administración, sino el concepto legal de apoderado general o factor (art. 283 del Código de Comercio)» (9).

Por su parte, RODRÍGUEZ ARTIGAS, después de citar a URÍA y a SOLÁ CAÑIZARES, dice lo siguiente: «Un amplio sector de la doctrina estima que cuando en los Estatutos sociales el cargo de Director General ha sido expresamente previsto con carácter obligatorio, al lado del Consejo de Administración, delimitándose las respectivas esferas de competencia, el Director General será considerado como un órgano de la sociedad. En este caso, el Director General es un auténtico administrador, en el sentido legal, y su estatuto es similar al del Consejero-Delegado, por lo que le serán de aplicación íntegramente las normas que sobre administradores se establecen en la Ley de Sociedades Anónimas. Se trata, en definitiva, de un administrador con una denominación especial y dotado de una esfera concreta de competencia» (*Ob. cit.*, pág. 131).

También IGLESIAS PRADA recoge esta tendencia, a propósito de las dificultades de diferenciación entre Gerente y Consejero-Delegado, diciendo: «Piénsese, por ejemplo, en la figura del Gerente estatutario, al que URÍA no ha dudado en calificar de órgano social». Pero a continuación señala una tendencia contraria de la doctrina italiana, en estos términos: «sobre el valor de una cláusula estatutaria que prevea el otorgamiento de poder de representación a la gerencia, *vid.*, sin embargo, *Iannuzzi, Rappresentanza...* cit., págs. 34 y ss., para quien semejante disposición no convierte

(9) URÍA: *Derecho Mercantil*, 4.ª ed., 1964, pág. 260.

a los altos cargos de la empresa en órganos sociales» (*Ob. cit.*, pág. 385, nota 38).

Hay que reconocer que la doctrina sobre el llamado «Gerente estatutario» no es muy precisa y puede inducir a confusiones, según se desprende de la exposición que acabamos de hacer. No se puede decir, sin más, que por el hecho de que el Gerente haya sido previsto en los Estatutos estamos ante un órgano administrativo similar al Consejero-Delegado. No existe fundamento para esta equiparación. Tiene que haber otras notas específicas del Gerente estatutario, y éstas son las que hay que recalcar.

Ante todo, no se trata de que los Estatutos señalen el nombre de una persona como Gerente. Esto no tiene que ver con el problema y, además, no es conveniente que se plantee de este modo, pues los Estatutos deben concretar cargos o funciones, no los nombres de las personas, ya que el nombramiento de éstas ha de venir aparte, precisamente para evitar que al producirse un cambio haya que modificar los Estatutos.

Además, acabo de decir que el mero hecho de preverse en los Estatutos la existencia de un Gerente, no convierte a éste en órgano administrativo con todas sus consecuencias. El artículo 11, apartado h), de la Ley de Sociedades Anónimas, que cita URÍA, sólo indica que pueden ser designados varios órganos de administración, pero no que el Gerente previsto en los Estatutos tenga que ser necesariamente un órgano administrativo similar al Consejero-Delegado. Para que esto ocurra, tiene que tratarse de un Gerente que no reúna las notas típicas del mismo, que antes se han señalado. Así, por ejemplo, que la base de su actuación no sea el apoderamiento, sino la delegación propia del Consejero-Delegado; y, además, que la persona que haya de ejercerlo sea un administrador, único supuesto en que se está ante una delegación y no ante un apoderamiento.

Si, por el contrario, en los Estatutos se establece la posibilidad de conceder apoderamientos a un Gerente, entonces se tratará del supuesto normal de Gerente, y no el que la doctrina denomina Gerente estatutario. Y si se dice que tales apoderamientos pueden hacerse a persona ajena a la sociedad, todavía queda más claro que no estamos ante un órgano administrativo, sino ante un verdadero Gerente, sin que se empañe tal calificación por el mero hecho de haber sido previsto en los Estatutos.

Pasando ahora al caso concreto que aquí se plantea, no parece que estemos ante un Gerente estatutario. Si sólo se lee el artículo 8 de los Estatutos de la sociedad en cuestión, parece que se está ante un verdadero órgano de administración de la sociedad, lo que le colocaría en esa posición de Gerente estatutario, ya que el citado precepto señala que «la Sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados». Pero el artículo 25 de tales Estatutos reconduce la cuestión a términos diferentes, y como hay que encontrar la interpretación sistemática de los Estatutos, no hay más remedio que matizar aquel artículo 8 con lo que dice el 25, cuyo texto es el siguiente: «el Consejo (de Administración) podrá delegar en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la Ley. Para desempeñar el cargo de Director-Gerente de la Sociedad o de Consejero-

Delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad».

De aquí se desprende que ni estamos ante un cargo obligatorio, nota que señala RODRÍGUEZ ARTIGAS en relación con el Gerente estatutario (aunque sin expresar el fundamento de por qué tiene que darse tal característica), ni, lo que es más decisivo, ese Gerente tiene que ser necesariamente administrador, ya que se dice que puede ser persona ajena a la Sociedad. Por tanto, si no es administrador, no cabe aplicar las normas sobre el órgano administrativo, que son las que a su vez la doctrina dice que se deben aplicar al Gerente estatutario. De lo que, en definitiva, resulta que no estamos ante un Gerente estatutario.

Lo cual no quiere decir que estemos en el caso concreto ante un verdadero Gerente, sino que del examen de los Estatutos no se desprende base suficiente para hablar sin más de un Gerente estatutario. Pero ¿cuál es la naturaleza de ese denominado Gerente? ¿No estaremos más bien ante un verdadero Consejero-Delegado? Entiendo que es así como hay que responder en este caso, con lo cual se llega por otro camino a esa conclusión de que estamos ante un órgano administrativo en este caso concreto. Pero, hay que insistir una vez más, no porque los Estatutos prevean necesariamente un órgano administrativo o un Gerente estatutario, sino porque las notas que caracterizan a la persona que actúa en este caso inclinan a la configuración de la misma como Consejero-Delegado, por lo menos, mientras no se desvirtúe tal configuración con los documentos aclaratorios y complementarios correspondientes. De ello me ocupo en el siguiente epígrafe.

e) *Indicios interpretativos en el caso concreto respecto a la calificación como Consejero-Delegado a quien es denominado Gerente.*—Las notas antes señaladas del Gerente nos permitirán ahora determinar si en el presente caso estamos o no ante dicha figura. La resolución, cuando parecía iba a dar la razón al Registrador, pues en el quinto Considerando estima «justificadas las reservas» del mismo, por el «confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos» y parecer que «se está ante un verdadero Consejero al que se han delegado las correspondientes facultades»; y en el «primer Considerando» dice que no «pueden tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el Registrador». Cuando parecía, digo, que todo iba a su favor, surge ese «no obstante» del «Considerando» sexto que nos deja perplejos, ya que, por un lado, arremete contra el Notario autorizante, exigiéndole mayor precisión, pero, por otro lado, termina decidiendo que estamos ante un apoderamiento y consiguientemente ante un Gerente.

Pero no existe ni un solo argumento que apoye esta posición de la resolución, pues esa referencia que hace el artículo 25 de los Estatutos en relación con el artículo 77 de la Ley no resulta convincente, según ahora se verá.

Ante todo hay que determinar cuáles son los datos o documentos a tener en cuenta para la calificación registral, a propósito de esta cuestión. Ellos son estos tres: los Estatutos de la sociedad, el documento del que resultan las facultades y, en tercer lugar, la escritura de hipoteca otorgada por el denominado Gerente. Los principales datos han de resul-

tar de los primeros documentos, pues en la escritura de hipoteca el Notario ha de limitarse a recoger los datos que resultan de aquellos dos, sin que esté permitido ese añadido que pretende la resolución consistente en que «había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado», pues sería una declaración unilateral del interesado o una apreciación del Notario que quizá no fuera concordante con aquellos dos documentos claves en la cuestión. Por eso, no creo que con ello hubiera «disipado las dudas eixstentes sobre el particular», aparte de que tales dudas sólo podrían disiparse aportando los documentos complementarios correspondientes (Considerando primero) o bien otorgando las escrituras de aclaración o subsanación pertinentes.

Pues bien, entrando en el primer documento a calificar, o sea, lo que resulta de los Estatutos de la sociedad, hay que tener en cuenta que el artículo 25 antes transcrito propende, dentro de su confusionismo, más bien a la equiparación entre Consejero-Delegado y Director-Gerente, al menos cuando la cuestión se plantea, como en este caso, ante un Gerente que es al mismo tiempo administrador. La resolución, sin embargo, hace el siguiente razonamiento: «se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley». Pero esto no es convincente, ya que el citado precepto estatutario se está refiriendo a dos posibilidades y no a una sola, a saber: 1.ª Que el denominado indistintamente Consejero-Delegado o Director-Gerente sea miembro del Consejo de Administración; 2.ª Que dicha persona sea ajena al Consejo de Administración. La denominación es idéntica en ambos supuestos, pero en el segundo, sólo cabe interpretar que se trataría de un Gerente al que habría que conferir un apoderamiento; y en cambio, en el primero se mantiene la duda y más bien la indiferencia sobre la distinción entre Consejero-Delegado y Gerente.

Por tanto, no cabe hacer sin más la deducción que hace la resolución, sino estas otras: 1.ª Que cuando la persona en quien se delegan facultades es miembro del Consejo de Administración, *como aquí sucedió*, subsiste la duda de si estaremos ante un Consejero-Delegado o un Gerente, y para deshacer esa duda no cabe insistir más en los Estatutos, si no es para comprobar la equiparación y confusión terminológica entre ambos, lo que no favorece precisamente la solución de la Dirección. Por el contrario, hay que acudir a las notas que doctrinal y legalmente caracterizan a una y otra figura, especialmente, a efectos de representación, a la distinción entre «delegación», típica del Consejero-Delegado, y «apoderamiento», base fundamental del Gerente. Pues bien, en este caso se produce lo que habría que llamar el fantasma del «poder», al no aparecer éste por ningún lado y sí el concepto de «delegación»; 2.ª Que cuando la persona en quien se delega esa facultad es persona ajena a la sociedad, *lo que aquí no sucedió*, podría intentarse, como la resolución hace, un esfuerzo interpretativo en el sentido de que estaríamos ante un Gerente al que habría que conferir un poder para actuar. Pero esta interpretación correspondería hacerla en el momento de la concesión de facultades. En su momento, el órgano correspondiente (Consejo de Administración o Junta general, según los casos) apoyándose en tal interpreta-

ción constructiva, podría decir que «confiere un poder general al Gerente tal, que es persona ajena a la Sociedad». Pero esto no sucedió en este caso, y además el documento en que consta la designación ahora se verá cuáles son sus términos. En cualquier caso, con esas consideraciones y distinciones he pretendido demostrar que el argumento de *reductio ad absurdum* que da la resolución es un sofisma, al pretender imaginar que sólo cabe la segunda de las dos posibilidades indicadas.

En cuanto al segundo documento a tener en cuenta para calificar, es aquel en que constaba la concesión de facultades. Pues bien, este documento no debía ser muy expresivo dados los términos en que se produce la nota calificadora y la necesidad que tuvo el Presidente de la Audiencia de pedir documentos complementarios que luego la Dirección califica como de extemporáneos e inoperantes en el recurso, dado que hubieran tenido que presentarse a la calificación del Registrador. De entrada esto ya da idea de que el Registrador tenía toda la razón. Pero todavía cabe decir más, examinando los términos del documento, según exposición del propio recurrente, que dice que la *delegación* de facultades del artículo 25 de los Estatutos es clara «mediante su designación como Director-Gerente, delegándole todas las facultades del artículo 24». De estos términos se desprende una vez más que no estamos ante un apoderamiento, sino ante una delegación. El poder es una figura jurídica con un nombre tradicional y único, por lo que si se utiliza el concepto de «delegación» es que estamos ante la figura del Consejero Delegado. Obsérvese que era el momento más adecuado para que el órgano que designó el cargo podía haber interpretado el artículo 25 de los Estatutos en un sentido o en otro, es decir, como delegación o como poder, y, sin embargo, insiste en el primer concepto, que además es el empleado en los Estatutos. Por eso, decía antes que existe aquí un fantasma de apoderamiento. Estamos, en definitiva, ante un Gerente que sólo tiene de tal el nombre, y aun éste no es significativo cuando los propios Estatutos lo identifican terminológicamente con el Consejero-Delegado.

¿Qué más faltaba para inclinar la balanza en favor de esta última calificación, en lugar de favorecer la tesis del Gerente, como hace esta resolución?

Lo más que se podría conceder es que estamos ante un caso muy dudoso. Pues bien, la finalidad cautelar del Registro de la Propiedad respecto a los contratos que tienen acceso al mismo habría de llevar a suspender la inscripción, como acertadamente hizo el Registrador, mientras no se aportasen los documentos que deshiciesen la referida duda. Hay que tener en cuenta que cabría una nueva calificación en su día mediante la nueva presentación del documento acompañado de los complementarios pertinentes (concretamente los que tuvo en cuenta el Presidente de la Audiencia). Y si éstos no fuesen convincentes, sería necesario un pronunciamiento del órgano que hizo el nombramiento de esa persona, cuya naturaleza no se sabía a ciencia cierta en qué consistía.

Por todo ello, la crítica a la presente resolución es desfavorable en este primer problema planteado. Pero esa crítica ha de ser más fuerte en relación con el segundo problema, es decir, el del ámbito de facultades que comprende ese «fantasmal» poder (más bien *delegación*), según se examina a continuación.

B) **ÁMBITO DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DEL PODER CONCEDIDO A UN GERENTE.**—Desde el punto de vista de la resolución, que entiende que estamos ante un *poder* (delegación del órgano, al que la resolución llama poder), se plantea ahora una cuestión diferente a la anterior: ¿se comprende dentro de las facultades conferidas al Gerente la facultad de hipotecar, no mencionada de modo expreso?

La resolución entiende que sí, pero para llegar a tal errónea conclusión ha tenido que ir confundiendo una serie de cuestiones, como los conceptos de mandato general y mandato en términos generales, o el factor con poder y el factor notorio; ha desenfocado las especialidades de la representación en Derecho mercantil, ha mitificado la idea de «giro y tráfico del establecimiento», sin preocuparse, por otra parte, de su concepto y ámbito de aplicación, y ha olvidado, en fin, el artículo 139 de la Ley Hipotecaria, que ni siquiera es citado en los «vistos».

Examinaré esa serie de cuestiones que se plantean en relación con este segundo aspecto de la resolución, para concluir diciendo que el poder para hipotecar ha de ser expreso, tanto en el ámbito civil como en el mercantil.

a) *Mandato general y mandato en términos generales.*—Dice la resolución en su desafortunado penúltimo «considerando» que «para determinar las facultades que ostente el apoderado, habrá que estar a los términos del mandato conferido, con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712 —que distingue entre mandato general y especial— y 1.713, que, a su vez, lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o, por el contrario, es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada».

Hay que disentir terminantemente de este planteamiento de la resolución. No cabe confusión entre mandato general y mandato en términos generales, y la doctrina mayoritaria no los ha confundido, sino que precisamente se ha preocupado de marcar el criterio distintivo entre uno y otro concepto. Es cierto que a veces la doctrina no se pronuncia con claridad acerca de cuál es el concepto de mandato general, pero lo que sí es claro es el propósito de diferenciarlo, en todo caso, del mandato en términos generales.

Veamos una lista de autores:

CASTÁN (pág. 484 del tomo IV de su *Derecho civil...*, 9.ª edición, 1961), refiriéndose a la distinción del artículo 1.713 (mandato en términos generales y mandato especificado), dice: «A esta distinción —que no es equivalente a la anterior (la del 1.712), puesto que un mandato concebido en términos generales puede referirse a todos los negocios o a un negocio determinado del mandante (por ejemplo, se da un poder para todo cuanto concierne a una finca), se refiere el artículo 1.713...».

PUIG PEÑA señala lo siguiente: «Esta amplitud (del mandato) puede referirse o al asiento (léase aspecto) objetivo de la actuación (número de negocios del mandante) o al margen jurídico de la misma (operaciones que está autorizado a realizar). Desde el primer punto de vista, el mandato puede ser *general* o *especial*, según comprenda *todos* los nego-

cios del mandante o *uno o varios* negocios determinados (art. 1.712). Con arreglo al segundo criterio, el mandato puede estar *concebido en términos generales o referido sólo a uno o varios actos en particular*. Las dos distinciones —a primera vista se confunden, pues se concibe perfectamente un mandato concebido en términos generales para un asunto determinado (como cuando, por ejemplo, se constituye para todo lo concerniente a una finca o establecimiento *mercantil*)...» (pág. 242, tomo IV, Contratos, de su *Compendio de Derecho civil*, 2.ª edición, 1972). Prescindiendo de una posible errata en el último párrafo, por omisión de alguna frase y del ejemplo del establecimiento mercantil, no muy afortunado, es clara la posición de PUIG PEÑA respecto a la distinción entre mandato general y mandato en términos generales.

PUIG BRUTAU (pág. 364 de sus *Fundamentos*, tomo II, vol. 2.º, Barcelona, 1956) dice terminantemente: «Resulta, pues, que el *mandato general* y el *mandato concebido en términos generales* no son la misma cosa». Y después abunda en la opinión de PUIG PEÑA.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (pág. 541 del vol. I de sus *Instituciones de Derecho civil*, 1974), refiriéndose al mandato en términos generales, opinan: «Es perfectamente compatible con un mandato general o especial. Se refieren éstos al objeto sobre el que recae la gestión del mandatario, y aquél, a los actos jurídicos que dentro del mandato está autorizado a efectuar dicho mandatario. Piénsese en un mandato para 'gestionar' o 'cuidar' una finca del mandante. Aquí tendríamos un mandato especial, pero concebido en términos generales. Con razón se ha dicho que el mandato en cuestión equivale a mandato en 'términos imprecisos' o 'en términos vagos' (MAZEAUD). Es, en suma, un mandato en el que no se especifica o determinan bien las facultades del mandatario».

ALBALADEJO (*Derecho de obligaciones*, II, parte especial, 1972, pág. 251) resume así el estudio que hace sobre ambas clasificaciones: «Así, pues, las dos clasificaciones: mandatos *en términos generales y especificados*, y mandatos *generales y especiales*, se basan: la primera, en los actos que el mandatario se obliga a realizar respecto del asunto a que el mandato se refiere; la segunda, en estos propios asuntos, según que el mandato alcance a una generalidad de ellos o sólo a alguno o algunos en particular». «Por tanto, dentro de que el mandato sea general o especial, si está concebido en términos generales, sólo obliga a la administración del asunto, de los asuntos o de la totalidad de asuntos a que se refiera.»

LACRUZ explica la cuestión de este modo: «La distinción que establece este último precepto (art. 1.713) entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso no es equivalente a la del artículo 1.712 entre mandato general y especial, ya que en aquélla atiende el precepto a la *clase* de contratos que el mandatario puede (y debe) realizar, y en ésta al *número* de relaciones del mandante (negocios) gestionadas por el mandatario. Así, el mandato concebido en términos generales —es decir, en términos vagos e imprecisos, en su ámbito— puede ser general, como si convengo con Pedro que administre mis bienes, o bien especial: que administre mi finca tal. Y el mandato expreso —por ejemplo, para vender— puede asimismo recaer sobre todos los objetos que me pertenecen o uno solo» (pág. 214 de sus *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. III, 1979).

Incluso MANRESA, que es el autor más proclive a la confusión de ambas

clasificaciones, dice lo siguiente: «De ordinario uno y otro se confunden, mas puede ocurrir que un mandato general autorice para la enajenación; dedúcese de aquí que la verdadera y sustancial diferencia entre unos y otros poderes estribará no en el número de actos o negocios conferidos al mandatario, sino en la naturaleza de los actos jurídicos que puede realizar» (MANRESA, tomo XI, pág. 444).

De toda esta exposición cabe deducir lo siguiente: 1.º La doctrina mayoritaria es partidaria de distinguir entre mandato general y mandato en términos generales, por lo que no se explica esa referencia de la presente resolución a la doctrina que entiende que se trata de una misma clasificación con distintas denominaciones 2.º El mandato en términos generales no comprende la facultad de hipotecar bienes inmuebles, pues para ello se necesita poder expreso. 3.º La doctrina de los autores no acaba de producirse con demasiada convicción respecto al concepto de poder general, a pesar de lo cual no existe ninguna disculpa para esta resolución en cuanto a la confusión que pretende entre mandato general y mandato concebido en términos generales.

En nuestra opinión, la distinción entre ambos conceptos es muy clara: en el poder en *términos generales* está en juego la *forma de expresión*: se trata de un poder en términos genéricos. En cambio, en el poder *general*, como contrapuesto a especial, se plantea el problema del *ámbito objetivo* del mismo. Y para comprobar que se trata de clasificaciones diferentes, que hasta pueden llegar a ser contrapuestas, no sólo han de tenerse en cuenta los ejemplos que señala la doctrina, sino el supuesto más claro en la práctica, que es el denominado poder general, que no lo es en términos generales, sino con expresión detallada de todos los actos y negocios que puede realizar el apoderado, a través de una lista casi interminable que agota todas las posibilidades de actuación. Ese poder, que en la práctica se denomina acertadamente poder general, es un poder especificado y no está concebido en términos generales. La presente resolución parece desconocer este tipo de poder, tan frecuente en la práctica. Precisamente el contenido del mismo es tan detallado porque pretende ser un poder general *no* concebido en términos generales y así evitar el juego del artículo 1.713.

La mera existencia de dos preceptos distintos para una y otra clasificación debería ser suficiente para comprender que estamos ante cuestiones diferentes, en contra del criterio de la resolución. En cualquier caso, todo lo dicho anteriormente deja al descubierto el error padecido en la misma.

Entrando ya en el concepto de *poder general*, existen ciertamente algunas especialidades en Derecho mercantil, sin que por ello haya que concluir que en esta rama jurídica se confunde con el poder concebido en términos generales.

Por de pronto, dentro del Derecho civil, la doctrina no acaba de redondear el concepto de poder general. He dicho que en relación con él se plantea un problema de ámbito objetivo del mismo, debiendo contraponerse al poder especial, según el artículo 1.712 del Código Civil. Pero mientras la doctrina dominante parece referirse, al definirlo, al objeto de las relaciones jurídicas, poniendo una serie de ejemplos que parecen presuponer que sólo estamos ante un poder general cuando se refiere a todas las fincas o bienes del poderdante, en mi opinión, hay que exa-

minar el problema desde dos perspectivas. Y es que cabe hablar de poder general en dos sentidos, según el ámbito objetivo que se plantee. En un primer sentido, es poder general aquel que se refiere a la totalidad de bienes o fincas del poderdante; y poder especial aquel que se refiere a alguna finca concreta. Pero cabe un segundo sentido: también es poder general aquel que se refiere a una totalidad o grupo de facultades, detallando o especificando éstas para que no se trate de un poder concebido en términos generales; y puede ser considerado poder especial aquel que sin precisar los objetos a que se refiere, se otorga respecto a una única determinada facultad, la de hipotecar, por ejemplo.

b) *Especialidades del poder general en Derecho mercantil.*—La resolución cae en un segundo error a propósito del poder general, que consiste en interpretar que el concebido en términos generales en Derecho mercantil faculta «para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento», y para fundamentar esto cita los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio. En seguida se verá que estos preceptos no pueden servir de apoyo a tal interpretación y no se oponen para nada a la regla dada por el artículo 1.713 del Código Civil, aplicable como Derecho común supletorio del Código de Comercio, y, por consiguiente, también en Derecho mercantil el poder dado en términos generales sólo comprende la facultad de administrar y no la de hipotecar, que exige poder expreso. Las especialidades del poder en Derecho mercantil no van por ese camino y son otras bien distintas.

Así, el artículo 281 del Código de Comercio se limita a decir que «el comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilien en él». De este precepto no se deduce de ninguna manera que el poder en términos generales sea un poder general ni que comprenda todas las facultades incluso la de hipotecar. Se trata de una mera clasificación de «apoderados del comerciante», distinguiendo los generales y los singulares, sin prejuzgar nada acerca del problema del artículo 1.713 del Código Civil, que a nadie se le había ocurrido decir que es contrario a ese artículo 281.

En cuanto al artículo 283, dice lo siguiente: «El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial, por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección». Este precepto tampoco se opone al artículo 1.713 del Código Civil, pues no dice que el poder del factor que esté concebido en términos generales comprende la facultad de administrar, dirigir y contratar sobre muebles e inmuebles, sino que se refiere claramente al caso de estar «autorizado para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento», y además, se dice «con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario», de todo lo cual se desprende que se trata de un poder otorgado por el propietario que tendrá las facultades que el poderdante haya querido conceder, y que si ha sido autorizado para «administrar, dirigir y contratar» no es que entonces ese poder concebido en términos generales comprende la facultad de hipotecar, sino que la

persona que ha obtenido ese poder es definido como «factor», frente a los poderes dados a dependientes y mancebos a que respectivamente se refieren los artículos 292 y 293 del mismo Código de Comercio.

Por lo que atañe al artículo 284, también citado por la resolución, basta leer su texto sin más comentario, para comprender que nada tiene que ver con el problema del artículo 1.713 del Código Civil, pues se limita a decir que «los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y, en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen».

La resolución también cita el artículo 286, que es el único que aparentemente podría ofrecer algún apoyo para la solución que pretende. Pero debidamente examinado se observa que se refiere exclusivamente al llamado «factor notorio» que nada tiene que ver con el «factor con poder inscrito», y que es perfectamente compatible con la aplicación a este último del artículo 1.713 del Código Civil, en su caso, como se comprueba además por la existencia en el propio Código Civil de otro precepto similar a ese artículo 286, como es el artículo 1.717, párrafo 2.º, cuando dice: «exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante». ¿Cómo se puede hablar de especialidad del Derecho mercantil cuando esa misma especialidad está en el Código Civil? Los matices y aplicaciones concretas son naturalmente distintos, pero la doctrina es la misma, la del mandatario aparente sin tener poder. Y ello nada tiene que ver con la clasificación del artículo 1.713, por lo que si el artículo 1.717, párrafo 2.º, no neutraliza ni es incompatible con el 1.713, tampoco el artículo 286 del Código de Comercio puede decirse que neutralice o contradiga la doctrina del artículo 1.713 sobre el poder concebido en términos generales.

No obstante, el examen del referido artículo 286 exige un estudio previo del concepto de «giro o tráfico del establecimiento», que también cita la presente resolución, por lo que volveremos sobre aquél una vez estudiado ese otro concepto.

Antes de hacerlo, conviene exponer cuáles son las especialidades del poder general en Derecho mercantil, distintas de las que la resolución apunta.

La especialidad consiste—aparte de otras comunes a todo tipo de poder, como son las relativas a sustitución y a subsistencia en caso de muerte del mandante—en una distinta perspectiva del concepto de poder general. No es que e confunda con el poder en términos generales, según se ha repetido ya, sino que en Derecho mercantil se ve todavía más clara esa diferente perspectiva conceptual que puede tener el poder general. Este no es sólo aquel que se refiere a todas las cosas o bienes del poderdante, sino que puede definirse también desde otra perspectiva, como aquel que comprende una serie de operaciones del tráfico del establecimiento y no algunas de ellas. Así se desprende de la contraposición entre el citado artículo 283 (poder para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento, con más o menos facultades) y los artículos 292 y 293 (poderes dados con carácter singular a dependientes respecto a alguna o algunas gestiones propias del tráfico dentro del ramo que tuvieren encomendado, y poderes dados a mancebos respecto a una operación mercantil o alguna parte del giro

y tráfico del principal). Otra especialidad que resulta deriva de la anterior A diferencia de la definición resultante del artículo 1.712 del Código Civil, que define el poder especial como el que comprende «uno o más negocios determinados» frente al poder general que comprende «todos los negocios», en Derecho mercantil puede hacerse una distinta matización, ya que cuando el ámbito del poder es muy amplio, aunque no sea total, hay base para configurarlo como poder general, sin que sea obstáculo el hecho de que existan algunas limitaciones o algunas operaciones que quedan excluidas. Caben limitaciones al poder del factor (art. 283) sin que por ello deje de ser general.

Estas especialidades repercuten en la inscripción en el Registro Mercantil, que es obligatoria tratándose de poderes generales, y no han de excluirse de tal concepto aquellos que enumeran toda una amplia gama de posibilidades, aunque no incluyan todas.

Pero estas especialidades nada tienen que ver con el problema del poder concebido en términos generales que es concepto distinto del poder general en Derecho civil y en Derecho mercantil.

c) *El tópico del «giro y tráfico del establecimiento».*—La resolución trata de apoyar su interpretación en esa idea que planea a lo largo de algunas instituciones de Derecho mercantil, sin que se sepa a ciencia cierta en qué consiste.

Existen dos tendencias en relación con el concepto de «giro y tráfico del establecimiento mercantil».

La opinión mayoritaria nos dice que es un concepto a determinar en cada caso por los usos mercantiles. Ya se comprende que desde esta perspectiva es totalmente inútil acudir al mismo. Al menos por lo que se refiere al tráfico jurídico inmobiliario, que ahora nos ocupa, pues un concepto a extraer de los usos mercantiles es inadecuado para proporcionar la seguridad de los terceros. Lo paradójico es que los autores que patrocinan este concepto quieren apoyarse en la seguridad del tráfico mercantil. Pero en seguida se comprueba que hay contradicción en esta posición, como ahora se verá. Efectivamente: veamos lo que dice GARRIGUES, al comentar el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, donde se habla del «giro o tráfico de la empresa» a propósito de los administradores: «Parece necesario concluir que el ámbito de los poderes de los administradores debe de coincidir exactamente con la esfera de las operaciones a que la sociedad dedique su capital (v. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1964 y de 3 de febrero de 1965, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 17, 25 y 26 de abril de 1972). Y no es necesario que los terceros acudan al Registro Mercantil para conocer exactamente cuál sea el objeto social. El ámbito normal de las actividades de una sociedad que se dedica a un determinado género de comercio es cosa sobre la que decide la opinión de los comerciantes y de los industriales. Quien, sobre la base de la buena fe y del uso mercantil, contrate con los representantes de una determinada sociedad, debe tener la seguridad de que contrata bien si el negocio pertenece al giro o tráfico de la empresa en cuestión. Aun teniendo un conocimiento completo de los estatutos, obtenido a través del Registro Mercantil o por cualquier otro medio, siempre puede suscitarse la duda acerca de si una determinada operación pertenece o no a ese giro o tráfico, y en

definitiva serán los Tribunales de justicia los llamados a decidir el problema. Mas el criterio objetivo de la ley protege mejor el tráfico de buena fe al dispensar a los terceros contratantes de la necesidad de acudir al Registro para saber hasta dónde alcanzan los poderes del representante, a fin de no traspasar los límites que los estatutos o que los acuerdos de la Junta general hayan tenido a bien establecer» (10).

Después de leer este párrafo, no hay más remedio que decir: *Aliquando dormitat Homerus*. Parece como si GARRIGUES estuviese soñando con la edad de piedra del tráfico jurídico, y aun allí quizá existan antecedentes del Registro. Se olvida GARRIGUES de que precisamente para no tener que acudir a los Tribunales de justicia a cada momento, se fomentó la existencia de los Registros jurídicos. Para el tercero es mejor contratar sobre la base segura de lo que dice el Registro Mercantil, antes que embarcarse en una cuantiosa operación a la ventura de qué será lo que los Tribunales de justicia opinen en un caso concreto, conforme a los usos mercantiles, acerca de si se está o no ante el «giro y tráfico del establecimiento». Además, GARRIGUES no tiene en cuenta que en la práctica del tráfico jurídico *inmobiliario* de las sociedades, lo que se hace precisamente es acudir al Registro Mercantil, en lugar de embarcarse en un pleito. Y ello será así mientras no se defina legalmente lo que ha de entenderse por «giro o tráfico del establecimiento». Otra cosa sucede en el tráfico de mercaderías, pero no es éste el supuesto de estudio.

Por eso tiene toda la razón BÉRGAMO frente a GARRIGUES, cuando nos dice lo que ha de hacerse mientras no se fije el concepto de «giro y tráfico de la empresa»: «Los usos mercantiles sobre el particular son escasos y, muchas veces, contradictorios. Normalmente, quien se disponga a concluir una operación importante con la compañía preferirá consultar los asientos del Registro, antes que escudarse en un precepto dogmático que no ha tenido todavía el suficiente desarrollo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia» (11). Y más adelante señala las siguientes conclusiones: «Mientras no se cuente con una copiosa jurisprudencia acerca del alcance del 'giro y tráfico', será aconsejable: 1.º Aplicar las normas del Código de Comercio que disciplinan las actividades del factor, permitiendo la limitación de sus poderes, con efectos frente a todos en virtud de la inscripción, y 2.º Encerrar el 'giro y tráfico' en el área puramente administrativa, sin que comprenda actos de disposición que, para inscribirse, deben ser objeto de un previo juicio calificador» (12).

Estas ideas de BÉRGAMO sobre el concepto de «giro y tráfico» en relación con los administradores de la sociedad (no ya sobre los apoderados, sobre lo que luego hablaremos) son totalmente convincentes, pues se apoya en la regulación existente acerca del Registro Mercantil, y concretamente en los principios de legalidad, publicidad material y de legitimación, recogidos respectivamente en los artículos 49, 1 a 3 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero es que, además, añadimos nosotros, el Registro Mercantil ha sido objeto de especial atención por el propio Código de Comercio en la última reforma, de cuyos artículos 21-6.º y 29 se desprende la importancia que para los poderes tiene la inscripción en

(10) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.ª ed., 1976, pág. 124.

(11) *Ob. cit.*, pág. 110.

(12) *Ob. cit.*, pág. 117.

aquel Registro, por lo que toda la interpretación en materia de representantes de sociedades ha de hacerse en relación con estos preceptos y la eficacia del Registro Mercantil, sin que sea convincente la afirmación—no argumentación—de GARRIGUES de que el Registro Mercantil sólo cuenta para la inscripción de las personas que actúan como representantes de la sociedad, no respecto al contenido, que es típico e inderogable. Aquí no interesan las meras afirmaciones, sino las argumentaciones, y en ese aspecto, BÉRGAMO actúa con ventaja respecto a GARRIGUES.

Decíamos antes que existían dos concepciones sobre el «giro y tráfico del establecimiento», una de las cuales es la que se remite a los usos mercantiles patrocinada por GARRIGUES, que se acaba de exponer y criticar. Pero hay otra posición algo más convincente sobre aquel concepto que es la de CÁMARA, no obstante lo cual parece que no ha sido recibida por la doctrina, ni por la jurisprudencia.

Según esta segunda interpretación, el concepto de «giro y tráfico» hay que relacionarlo con aquellos actos que *directamente* concurren a la realización del *objeto social*, no todos los actos relacionados de cualquier forma con el objeto de la sociedad.

En este sentido dice CÁMARA lo siguiente: «Actos de giro o tráfico de la empresa son los que directamente concurren a la realización del fin social. Difieren de ellos los que se llevan a cabo para facilitar el cumplimiento del objeto de la sociedad, aunque directamente no lo realicen. Como hemos expuesto en otra ocasión—continúa CÁMARA—, hay actos que claramente están incluidos dentro de las actividades que constituyen el objeto de la empresa social, por ejemplo, la venta de productos elaborados, la compra de materias primas, las operaciones normales de descuento, etc. Pero hay otros que, pese a ser convenientes o aun necesarios para que la sociedad cumpla su objeto, no constituyen el cumplimiento de éste. Imaginemos la adquisición de terrenos para la construcción de una fábrica o la compra de bienes de equipo. Estos actos, obviamente, no constituyen el giro o tráfico de la sociedad» (13).

Si nos atenemos a esta interpretación de CÁMARA y la relacionamos con el caso concreto, se comprobará que la constitución de hipoteca no es un acto comprendido en el objeto social ni por ello en el giro y tráfico de la empresa. Pero en cualquier caso, hay que tener en cuenta, respecto a la opinión de CÁMARA que: 1.º Representa una opinión aislada, no recibida todavía por la doctrina, según se dijo antes, y que el propio GARRIGUES la rechaza terminantemente, aunque como también se expuso, sin ningún tipo de razonamiento; 2.º Nos conduce a otras imprecisiones, pues el concepto de «objeto social» tampoco es muy preciso a estos efectos de la seguridad del tercero, y mucho menos lo es esa distinción entre lo que «directamente» tiende a la realización del objeto y lo que «indirectamente» se relaciona con él.

Pues bien, la presente resolución utiliza como «talismán» ese concepto de «giro y tráfico», a modo de tópico, pues no se preocupa de decirnos qué es lo que entiende por esas expresiones, ni si sigue la interpretación amplia de GARRIGUES matizada por la referencia a los usos mercantiles, o la interpretación estricta de CÁMARA, en conexión con el objeto social. En el último «Considerando» se habla del «objeto social» de ambas sociedades, sin decirnos cuál es en el caso concreto y si el giro o tráfico

(13) *Estudios de Derecho Mercantil*, I, volumen primero, año 1972, pág. 444.

ha de relacionarse o no con aquél, aunque ya se comprende que la constitución de hipoteca es algo que escapa al objeto de una sociedad, pues no es fácil imaginar que se dedique a hipotecar sus propias fincas. También se habla en ese «Considerando» de la «gestión social» en sentido amplio e impreciso, por lo que parece que se prefiere seguir una interpretación amplísima o por mejor decirlo, lamentablemente vaga e inoperante.

Pero es que, además, el ámbito de aplicación del concepto de «giro y tráfico» no puede hacerse en relación con los apoderados, pues no hay ninguna base legal para ello. La Ley de Sociedades Anónimas se refiere al «giro y tráfico» respecto a la representación orgánica, no en cuanto a la representación voluntaria. Sería lamentable que después de haber patrocinado esa distinción como elemento clave a tener en cuenta en las sociedades, se produjese una confusión en este aspecto. Y el Código de Comercio alude al «giro y tráfico» no en relación con los apoderados, sino en relación con «el factor notorio», que nada tiene que ver con el «poder», pues se trata de un «factor *sin poder*», según resulta del artículo 286 del Código de Comercio, del que a continuación me ocuparé.

Quiere todo esto decir que, aun para los partidarios del concepto o tópico del «giro y tráfico», no les estaría permitido llevarlo al ámbito de las personas que actúan en base a una representación voluntaria o por poder, pues no existe ninguna base legal para ello. En la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada aparece clarísimamente la posición contraria, cuando se dice en el artículo 11 que «será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona, *cuyas facultades se medirán por la escritura de poder*». Ahora me interesa resaltar esta última frase subrayada, aunque en relación con los administradores conviene repetir lo dicho por BÉRGAMO, es decir, la necesidad de una interpretación sistemática de la Ley en relación con los preceptos del Código de Comercio sobre el Registro Mercantil.

Por último, no se desconoce que en las legislaciones europeas predomina la idea de atender al giro o tráfico del establecimiento. Pero aparte de que *no existe una unanimidad total en las legislaciones*, hay que tener en cuenta: 1.º Que sólo se aplica a la representación orgánica, no a los apoderamientos voluntarios, que son precisamente los que estamos examinando en este epígrafe, desde la perspectiva de la propia resolución; 2.º Que, en cualquier caso son legislaciones que no pueden ser tenidas en cuenta todavía para interpretar la legislación española, pues ésta ha de resultar de los textos legales vigentes, no de una copia servil de modelos europeos, no suficientemente conocidos, por otro lado, en el detalle de su regulación.

d) *Referencia al llamado «factor notorio»*.—Como la resolución señaló desde el principio las diferencias entre representación orgánica y voluntaria, era absurdo, desde su propia perspectiva, que fundase sus argumentos sobre el giro y tráfico como ámbito del poder del Gerente en la normativa de la representación orgánica, y por eso busca otra salida, consistente en la aplicación del artículo 286 del Código de Comercio, que alude también al «giro y tráfico del establecimiento».

Antes vimos la inconsecuencia de citar los artículos 281, 283 y 284 del Código de Comercio en relación con el caso planteado. Ahora vamos a comprobar que la cita del artículo 286 tampoco tiene nada que ver con el supuesto de representación voluntaria del Gerente.

El artículo 286 dice lo siguiente: «Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o Sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o Sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objetos del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos».

¿Qué tiene que ver este precepto con el caso de un poder dado al Gerente, desde la perspectiva de la resolución? Son dos cuestiones muy diferentes como no podía ser menos al comprobar que en el caso del artículo 286 no hay «poder» (factor notorio) y en el caso que quiere examinar la resolución sí lo hay (factor con poder), al menos desde su propia perspectiva (para mí ya he dicho que se trata de una delegación).

Es como si se dijese, dentro del Código Civil, que no importa la existencia del artículo 1.713 del Código Civil, ni siquiera si el mandatario tiene o no poder, si en el supuesto concreto se trata de asuntos propios del mandante (aplicación del art. 1.717, párrafo 2.º). ¿A quién se le iba a ocurrir ese disparate, dentro del ámbito registral? La *contemplatio domini* opera extrarregistralmente en aquellos supuestos en que el tercero lo alegue ante los Tribunales. Pero en el aspecto registral, hay que estar al artículo 1.713 y a los términos del poder.

Pues bien, lo mismo sucede en relación con el artículo 286 del Código de Comercio. Es un precepto que no lo puede tener en cuenta el Registrador de la Propiedad, sino los Tribunales de justicia cuando se les plantee algún asunto relacionado con el giro o tráfico del establecimiento. El Registro de la Propiedad, a efectos de la inscripción de la hipoteca, ha de estar a los términos del poder concedido, no a supuestas apariencias derivadas de un también supuesto «factor notorio».

Esto es evidente. Pero por si hubiera dudas, ya que la resolución sigue una posición contraria, el artículo 1.280, número 5.º, del Código Civil exige *escritura pública* cuando se trate de un poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública (la hipoteca en este caso). El artículo 29 del Código de Comercio dice que los «poderes no registrados», «no podrán utilizarse en perjuicio de tercero». Y el artículo 90 del Reglamento del Registro Mercantil exige también escritura pública para la inscripción del poder, siendo obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil, según el artículo 95 de dicho Reglamento. De todos estos preceptos se desprende que la apariencia que pueda resultar de una supuesta «notoriedad» del factor sin poder o sin poder suficiente, no ha de ser tenida en cuenta a efectos registrales, pues el Registrador de la Propiedad ha de tener en cuenta exclusivamente lo que conste en la escritura pública de poder inscrita en el

Registro Mercantil. Esto sin perjuicio, según queda dicho, de que un tercero, fuera del mecanismo del Registro, pueda acudir ante los Tribunales para utilizar en su favor la notoriedad del factor regulada por el artículo 286 del Código de Comercio.

La doctrina también es partidaria, en su mayor parte, de diferenciar el «factor con poder inscrito» del «factor notorio del artículo 286».

Así, por ejemplo, BÉRGAMO nos dice lo siguiente: «Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman, con significativa unanimidad, que la representación legal (o sea, la de contenido típico) únicamente es aplicable en toda su rigidez al denominado «factor notorio»; no al factor con «poderes limitados inscritos en el Registro». El factor notorio se presume investido de un apoderamiento general, que le permite desarrollar todas las operaciones comprendidas dentro del giro o tráfico de la empresa. Por el contrario, el factor con poder limitado inscrito en el Registro, no puede rebasar las atribuciones que le han sido conferidas. Ya el artículo 175 del Código de Comercio de 1829 admitió la posibilidad de que el comerciante redujese en el documento de poder las facultades normales del factor. Y la Sentencia de 30 de septiembre de 1960, aun aceptando que el factor notorio vincula al empresario por los actos y contratos comprendidos en el tráfico de la empresa, estima también que las limitaciones inscritas al poder del factor surten efectos frente a terceros» (14).

Y URÍA nos enseña lo siguiente: «Mas, en nuestra opinión, el artículo 286 no constituye obstáculo para que el principal pueda ampararse frente a tercero en las limitaciones establecidas en el poder inscrito en el Registro, porque ese precepto se refiere exclusivamente al denominado 'factor notorio', y no al factor con poderes inscritos. La distinción entre esos factores ya era admitida por la doctrina mercantil clásica, que ha venido sosteniendo al efecto que la representación del factor podía traer su origen de un *acto expreso y publicado* o de un consentimiento *tácito* del principal que habría de apoyarse en la *notoriedad o fama pública* adquirida por el factor al venir rigiendo el establecimiento 'a ciencia y paciencia del señor sin él lo contradecir'. Partiendo de esa distinción se estimaba que así como la actuación del factor con apoderamiento expreso sólo obligaba al principal en los términos del poder, la del segundo, por el contrario, le obligaba en todos los asuntos pertenecientes al tráfico del establecimiento, porque el poder tácitamente conferido, al no expresar límite alguno, debía de reputarse comprensivo de las facultades necesarias para llevar a cabo todos esos asuntos. Esa doctrina es la que pasó al Código de Comercio de 1829 (que en su art. 175 admite explícitamente que el principal reduzca en el poder las facultades del factor, al tiempo que el art. 178 concuerda casi literalmente con el artículo 286 del Código vigente), y a través de ese primer Código penetra en el actual en la forma que ya hemos visto (arts. 283 y 286). Y la razón de que el Código siga un criterio diferente frente a un factor y otro es fácil de explicar. Cuando se trata de factor con apoderamiento inscrito en el Registro, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen; mientras que en el supuesto del *factor notorio* la ley ha tenido que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del

(14) *Ob. cit.*, pág. 115.

establecimiento, precisamente en defensa de esos terceros que no pueden conocer el ámbito del poder tácitamente otorgado. Para proteger a los terceros por lo que no se admiten eventuales excepciones del principal fundadas en supuestos abusos o transgresiones de facultades que no han tenido la consiguiente publicidad registral; y por esa misma razón se declara obligado al principal aun cuando el factor no haya declarado al contratar que actuaba en nombre del propietario o principal del establecimiento a que *notoriamente* pertenezca». Y continúa después URFA con la ya citada Sentencia de 30 de septiembre de 1960, que recoge la tesis de dicho autor (15).

Todo esto no ha sido tenido en cuenta por la presente resolución, que por lo mismo merece también en este punto crítica desfavorable.

e) *El artículo 139 de la Ley Hipotecaria.*—A quien todavía le quedaran algunas dudas sobre la solución de esta resolución, le invitamos a leer o recordar —pues es un precepto fundamental, de sobra conocido— el artículo 139 de la Ley Hipotecaria: «Los que, con arreglo al artículo anterior, tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí o por medio de apoderado, *con poder especial bastante*».

Habíamos dicho que el artículo 1.713 del Código Civil era aplicable en Derecho mercantil como derecho supletorio. Pero lo que no tiene duda es que el artículo 139 de la Ley Hipotecaria es aplicable a toda *hipoteca*, sea civil o mercantil, pues es la legislación específica que se ocupa de esta institución, al no referirse a ella el Código de Comercio. Pues bien, de este precepto se desprende que para hipotecar es necesario «poder especial», no bastando el poder general.

Todavía hay más. El párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de Hipoteca Naval dice: «Los que con arreglo al párrafo anterior tienen la facultad de constituir hipoteca voluntaria, podrán hacerlo por sí o por medio de *apoderado con poder especial* para contraer este género de obligaciones, otorgado ante Notario público o Agente mediador de comercio colegiado». Recordatorio: el buque es materia mercantil.

Hay, pues, una doctrina uniforme respecto al poder hipotecar, sea materia civil o mercantil, y esa doctrina es la que se deduce de los artículos 1.713 del Código Civil, 139 de la Ley Hipotecaria y 4 de la Ley de Hipoteca Naval.

Por todo lo dicho en este comentario, es de esperar que no se produzca en el futuro una doctrina similar a la de esta resolución. De momento es aislada, y es mejor que quede olvidada dentro de su aislamiento previsible.

J. M. G.ª G.ª

(15) *Ob. cit.*, págs. 46 y 47.