

REGISTRO MERCANTIL

4. CAPACIDAD DE UN EXTRANJERO PARA OTORGAR PODER EN REPRESENTACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA COMO CONSEJERO DELEGADO DE LA MISMA: DICHA CAPACIDAD NEGOCIAL RESULTA SUFICIENTEMENTE ACREDITADA EN VIRTUD DE LOS PROPIOS ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD, DEBIDAMENTE INSCRITOS, Y ADEMÁS POR LA CERTIFICACIÓN DEL CÓNSUL CORRESPONDIENTE, SEGÚN LA CUAL «EL ITALIANO MAYOR DE EDAD TIENE CAPACIDAD LEGAL PARA ACTUAR EN TODA CLASE DE ACTOS Y CONTRATOS, ENTRE ELLOS LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES, TANTO ITALIANAS COMO EXTRANJERAS O DE OTRA NATURALEZA CUALQUIERA».

Resolución de 28 de marzo de 1974 (B. O. del E. de 11 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—El 14 de noviembre de 1973 fue autorizada por el Notario de Barcelona don Luis Felez Costea una escritura de amplio poder, otorgada por don Carlo Morone Spaggiari, como Consejero Delegado de la Compañía «Tecnofinish Ibérica, S. A.», a favor de varias personas de diferentes profesiones, y en ella el Notario da fe de «conocer al compareciente», que es «de nacionalidad italiana y vecino de Milán, con domicilio en Vía San Calogero, número 6».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento junto con el testimonio notarial que se acompaña de un certificado expedido por el Consulado General de Italia en Barcelona el 17 de julio de 1964, relativo a la capacidad comercial de los italianos mayores de edad, se suspende su inscripción por no acreditarse la capacidad del compareciente en la forma establecida en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, con referencia especial y concreta al acto otorgado. No se ha solicitado anotación preventiva.»

B) *Doctrina de la Dirección General.*—La capacidad comercial de don Carlo Morone, ciudadano extranjero, mayor de edad, y en tanto que Consejero Delegado de una Sociedad Anónima española, queda suficientemente acreditada por sus propios Estatutos orgánicos—los artículos pertinentes se insertan en la copia de la escritura de poder presentada en el Registro—, cuya vigencia, por otra parte, consta en éste, ya que en la misma Oficina fue inscrita aquella escritura, así como otras en las que ha sido otorgante el mismo Consejero Delegado, y a mayor abundamiento, y para cumplir formalmente con lo que disponen tanto el artículo 168, 5, del Reglamento Notarial, como el artículo 36 del Hipotecario, sobre juicio de capacidad de un extranjero, se acompaña certificación, que el fedatario considera, en

efecto, vigente, sobre capacidad legal del mayor de edad italiano «para actuar en toda clase de actos y contratos», entre otros, «constitución de Sociedades, tanto italianas como extranjeras o de otra naturaleza cualquiera».

Tal juicio no contradice ninguna de las disposiciones legales reglamentarias citadas en el recurso, así como tampoco la doctrina de la resolución de 17 de enero de 1951 recaída en un recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad, y en el que era problemática la capacidad del otorgante extranjero, «y por no regir respecto de las leyes extranjeras la propia máxima *jura novit curia* declaraba—no es éste el caso—que no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho y, por ello, la capacidad de los otorgantes extranjeros, que ha de calificarse con arreglo a su ley nacional, es preciso que 'se acredite de modo auténtico', conforme a los artículos citados del Reglamento Hipotecario y Reglamento Notarial.

C) COMENTARIO.—Uno de los fenómenos más evidentes que se observan, al contemplar la realidad social española de estos últimos años, es la cada vez más frecuente intervención de extranjeros en los negocios jurídicos realizados en nuestro país. Ello es debido a muy diversas causas: incremento del turismo, aumento de las inversiones de capital extranjero, compra de inmuebles por extranjeros—especialmente en nuestras costas—, participación de extranjeros en sociedades españolas, etc.

De ese complejo de actos y relaciones en los que intervienen extranjeros derivan, como es patente, múltiples problemas jurídicos. Dentro del ámbito del Derecho patrimonial, y dejando ahora al margen los numerosos problemas que se plantean en relación con el Derecho de familia, podemos recordar, como ejemplos de esa pluralidad de cuestiones, la intervención administrativa (por vía de control y de autorización) de las inversiones extranjeras en España, según la cuantía de la inversión y la naturaleza de la empresa (acciones nominativas intransferibles a extranjeros, por ejemplo); el control de cambio de la moneda extranjera o de las importaciones de maquinaria extranjera; las limitaciones que se imponen a los extranjeros para la titularidad dominical sobre inmuebles radicados en España o para desempeñar cargos de administración y gestión en las sociedades españolas, etc. Al lado de todas estas cuestiones, y con carácter más general, se suscita habitualmente el problema de fondo de determinar la capacidad de los extranjeros para realizar negocios jurídicos en España, de acuerdo con su propia ley nacional (1), y de acreditar fehacientemente esa capacidad en cada caso concreto (2).

Fácilmente se comprende que, en la medida en que esos actos y negocios jurídicos en que intervienen extranjeros tienen acceso a la publicidad registral en España, todos aquellos problemas jurídicos adquieren una evidente repercusión sobre los temas del Registro, y especialmente también en relación con el Registro Mercantil.

El problema concreto que se planteaba en el presente recurso hace referencia a determinar la capacidad de un extranjero, que era Consejero Delegado de una Sociedad Anónima española y como tal figuraba inscrito, actuando así para otorgar amplios poderes en favor de otras personas. Y a partir de ahí, la forma de acreditar documentalmente esa capacidad

(1) *Vid.* el anterior texto del artículo 9 del Código civil y la norma contenida en el actual artículo 9, apartado 1, después de la reforma del Título preliminar llevada a cabo por el Decreto 1836/74, de 31 de mayo.

(2) También como ejemplo de la trascendencia jurídica que encierra esta complejidad de cuestiones, recuérdense la Ley de 12 de mayo de 1960 y el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962, así como el importante y bien documentado libro de FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: *La contratación en España por extranjeros. Principales problemas que plantea*, Edit. Rev. Derecho Privado. 4.ª edición, Madrid, 1974.

para celebrar el negocio de apoderamiento, a efectos de que el poder sea inscrito en el Registro Mercantil.

Las normas que más directamente se refieren al problema así planteado, dentro del Derecho español, resultan ser, además del artículo 9 del Código civil, ya apuntado, los artículos 15 del Código de Comercio (3), 9 del Reglamento del Registro Mercantil (4) y 156, 8, y 168, 5, del Reglamento Notarial (5). Aparte el criterio de vigencia de la ley nacional para regular la capacidad de los extranjeros, que se reitera en estos artículos y que está sobradamente justificado para nuestra concepción jurídica, la otra conclusión, que fácilmente se desprende de las normas citadas, es que la forma de acreditar en nuestro país esa capacidad de los extranjeros discurre por un doble cauce posible: la aseveración del Notario, cuando conozca la ley nacional de que se trate, o la certificación del Cónsul correspondiente. Ambos funcionarios tienen la facultad de emitir el juicio de valor correspondiente a la capacidad del extranjero en contacto con su ley nacional, y declarar fehacientemente ese juicio de capacidad.

No vamos a entrar ahora en el problema previo de si la extranjería supone o no una limitación para ejercer el cargo de Consejero Delegado en una Sociedad Anónima española. En principio, no existe en nuestra Ley de Sociedades Anónimas ninguna disposición que lo impida, y tampoco hemos encontrado en nuestra doctrina más representativa ninguna referencia a esa presunta restricción (6).

La cuestión concreta aquí planteada era la de la forma de acreditar suficientemente la capacidad del Consejero Delegado de una Sociedad española, el cual, a su vez, era de nacionalidad italiana, para actuar en concepto de tal y otorgar poder a distintas personas, de modo que el apoderamiento así otorgado pudiera inscribirse en el Registro Mercantil. Cuando aquí estamos hablando de capacidad para otorgar poder y cuestionando sobre su adecuada formalización, nos estamos refiriendo, como es obvio, a la capacidad de obrar de ese poderdante italiano, y mejor aún, a una capacidad de obrar especial. Entendida ésta, de acuerdo con la doctrina más autorizada, como la «cualidad jurídica de la persona que afecta —conforme a su estado civil— a la eficacia de una determinada clase de

(3) "Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación..."

(4) "La capacidad civil de los extranjeros que otorguen o suscriban documentos inscribibles se acreditará por la aseveración de un Notario español que asegure conocer la ley nacional del compareciente, o por certificado del Cónsul de su país en España o, en su defecto, de la representación diplomática del mismo país."

Dada la claridad de esta norma y su perfecta aplicación al presente caso, no es necesario acudir a la disposición contenida en el último párrafo del artículo 36 R. H.—parcialmente coincide con ésta—, en base a la regulación supletoria del Registro Mercantil por parte del R. H. que establece la Disposición Adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil.

(5) "La comparecencia de toda escritura indicará:

8.º La afirmación a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera..."

"Constituyen reglas especiales en orden a la comparecencia en las escrituras públicas las siguientes:

5.ª La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español se regirá por su ley personal; si el Notario no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul General o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España..."

(6) Artículos 77 y 82 L. S. A.; GARRIGUES y URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I. E. P., Madrid, tomo II, págs. 112, 113, 164 y 167-171; RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Edit. Derecho Financiero, Madrid, 1964, págs. 240-242; IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Tecnos, Madrid, 1971, páginas 167-169 y 171-176. Especialmente LUCAS FERNÁNDEZ: *La contratación...*, págs. 719-724.

actos». Es decir, la aptitud de la persona para realizar con eficacia jurídica un acto concreto (7).

Cualidad que es necesaria para producir efectos jurídicos a través de la realización del acto de que se trate, y cuya falta trae como consecuencia normal la nulidad del acto, al ser éste imperfecto por faltarle un requisito imprescindible para su validez (8). Concepto éste de capacidad especial próximo, aunque distinto, al de legitimación, que deriva—con carácter general—de la relación existente entre el sujeto que actúa y los intereses a que afecta su actividad. Y que, en este concreto aspecto de quien aparece inscrito en el Registro Mercantil como Consejero Delegado, deriva principalmente de la publicidad registral de su propia situación.

En cuanto a la forma de acreditar esa capacidad de obrar concreta para el negocio jurídico de apoderamiento, el procedimiento más habitual será el de acompañar la certificación consular correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil y en el Reglamento Notarial. Ahora bien, supuesta la necesidad de esa certificación consular relativa a la capacidad del extranjero (italiano) para otorgar el acto concreto (escritura de poder), en función de su propia ley nacional, tal como en el presente caso se hizo, ¿cuáles son los requisitos mínimos para que esa certificación resulte jurídicamente eficaz? A nuestro juicio, por lo menos, tres: dicha certificación debe ser expresa, concreta y actual.

a) La certificación ha de ser expresa, no presunta; es decir, suficiente y claramente expresiva de ese juicio de valor que la atribución de capacidad de obrar concreta supone. En relación con el ordenamiento jurídico extranjero que el Cónsul certificante debe conocer y aplicar. b) Pero, además, ese juicio de capacidad, que tiene por base la interpretación del Derecho extranjero, ha de ser concreto y específicamente referido al caso planteado. No bastará, pues, con afirmar que, según el Derecho extranjero, el nacional mayor de edad es plenamente capaz. Será preciso la máxima concreción en la certificación: tanto respecto de la persona aludida (su nombre, apellidos, estado civil, situación jurídica concreta y circunstancias personales), como respecto del acto de que se trate (concesión de poder: su amplitud de contenido, destinatarios, carácter con que se actúa para ese apoderamiento, etc.). c) El juicio consular de capacidad concreta debe ser actual, referido al Derecho vigente en el momento en que se ha otorgado el acto. Exigencia que viene determinada por la posible y frecuente variación de leyes en cada país. *Tempus regit actum*. Se trata de acreditar que el extranjero podía válidamente celebrar el acto en el momento en que lo hizo y de acuerdo con el Derecho entonces vigente en su país nacional. De donde resulta que la fecha de la certificación consular debe ser inmediatamente posterior a la celebración del acto o hacer expresa referencia al Derecho vigente en ese tiempo.

Si esto es así habrá de admitirse que la certificación expedida por el Consulado General de Italia en Barcelona, cuyo testimonio notarial se acompañaba a la escritura de poder, parece claramente insuficiente. En dicha certificación se declaraba literalmente que «el ciudadano italiano mayor de edad tiene plena capacidad legal para actuar en toda clase de actos y contratos», y entre ellos, «la constitución de Sociedades, tanto italianas como extranjeras o de otra naturaleza cualquiera» (9). Además,

(7) FEDERICO DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, 3.ª edición, Madrid, 1966, pág. 193.

(8) A diferencia de lo que ocurre con las limitaciones de la capacidad de obrar en general, en que lo hecho por persona con capacidad limitada (el menor, por ejemplo) tiene la eficacia resultante del especial estado civil en que aquélla se encuentre (anulabilidad, rescisión, etc.); mientras que la falta de capacidad especial hace al acto incompleto y nulo. Véase FEDERICO DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo II, *Derecho de la persona (La persona y su estado civil)*, Madrid, 1952, págs. 51 y 55.

(9) Obsérvese que el problema concreto aquí discutido no era el de capacidad para constituir sociedades, sino para otorgar poder en nombre de una sociedad anónima española de la que era Consejero Delegado.

había sido expedida casi diez años antes de su presentación en el Registro. Doble falta de concreción y de actualidad, que hace ineficaz la certificación consular para justificar en forma suficiente y adecuada la capacidad del otorgante italiano.

Todo ello aparte de otro defecto formal, también señalado por el Registrador interviniente en el recurso: la falta de legitimación de la susodicha certificación. Defecto fácilmente apreciable en los documentos autorizados por autoridades o funcionarios extranjeros. Porque además de los requisitos materiales antes apuntados, resulta ineludible el cumplimiento de los demás requisitos formales del documento en cuestión. Y entre ellos, naturalmente, la legitimación de firmas por vía diplomática u oficial.

Por la concurrencia de todos esos defectos pudo razonablemente alegar el Registrador calificador que la fórmula general empleada en la certificación consular era completamente deficiente; que ni siquiera se había acreditado que el poderdante fuera mayor de edad, de acuerdo con la Ley italiana; que resultaba increíble que una persona, por ser italiana y mayor de edad, pueda realizar genéricamente toda clase de actos, sin restricciones ni limitaciones, sin tener en cuenta las circunstancias personales del otorgante y la posible concurrencia de causas modificativas de su capacidad, y que tal certificación tenía casi diez años de antigüedad, como si las leyes no pudiesen variar en todo ese tiempo. De modo que no se habían cumplido con ello los requisitos exigidos por el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil.

La consecuencia que se desprende de todo lo dicho es que no parece suficiente la certificación consular acompañada a la escritura de poder para justificar la capacidad del otorgante italiano estando redactada en términos tan ambiguos y tan amplios. Sería preciso la referencia concreta a esta persona, en esta fecha, para este acto, etc. De donde se infiere que tal escritura de poder no sería inscribible, y estaría justificada la calificación negativa suspensiva del Registrador.

Sin embargo, en el presente caso entra en juego también otra consideración de importancia, que no debe ser olvidada. El señor Morone, interviniente en la escritura de poder, era también Consejero Delegado de la Sociedad en cuyo nombre se realizaba el apoderamiento, y como tal aparecía inscrito en el Registro Mercantil. La inscripción de su nombramiento de Consejero Delegado significaba, de una parte, la vigencia de esa especial situación como Administrador y, de otra, servía de título de legitimación para actuar en el tráfico jurídico mercantil en ese concepto.

Recordemos que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido (art. 3 del Reglamento). Que lo inscrito es válido y eficaz mientras no se desvirtúe judicialmente. Que en el Registro sólo deben inscribirse los actos válidos y perfectos. Que al servicio de esa legalidad está la rigurosa y amplia función calificadora del Registrador (art. 5 del Reglamento). Y que de ahí deriva la especial eficacia de las situaciones dotadas de publicidad registral. Aunque cada Registro tenga una compleja eficacia específica distinta.

Si el nombramiento de Consejero Delegado estaba inscrito debía reputarse válido. Es decir, que el así nombrado tenía capacidad para ser y para actuar como tal, al menos, mientras no se modifique o impugne la inscripción o se inscriba la declaración de incapacidad de esa persona.

Por otra parte si, según los Estatutos sociales igualmente inscritos, el Consejero Delegado, en ejercicio de su cargo, podía otorgar poderes generales para representar a la Sociedad, el señor Morone, que desempeñaba esa función administradora, podría igualmente actuar interviniendo en la escritura de poder en tal concepto. El problema ya no sería sólo entonces de legitimación registral, que en este caso resulta evidente, sino de extensión del contenido de facultades—estatutario y legal a la vez—de ese cargo.

De donde resulta que el señor Morone podría otorgar el negocio de apoderamiento en nombre de la Sociedad, en la medida en que ostentaba válidamente el cargo de Consejero Delegado y en cuanto tal.

Por este camino encuentra una justificación más adecuada el criterio permisivo de la Dirección General en el presente recurso. El poder así otorgado sería válido y su inscripción debida. En base al lícito ejercicio de las facultades que integran el cargo de Consejero Delegado, desempeñado legalmente por un súbdito italiano en cuanto su nombramiento aparecía debidamente inscrito. Y al margen del problema de acreditar por separado la capacidad de obrar concreta del ciudadano italiano para otorgar poderes en España en nombre de la Sociedad que representaba.

En cualquier caso, en tanto en cuanto la certificación consular de capacidad fuera necesaria, tenía razón el Registrador para rechazar la que aquí se acompañaba. Por ser preciso que dicha certificación fuera expresa, concreta y actual, no genérica ni cronológicamente anterior.

M. A. G.