

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 140** *Resolución de 13 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles I de Barcelona a inscribir una escritura de poder.*

En el recurso interpuesto por don J. y doña S. A. P., en nombre y representación de la sociedad «Gestport Pineda, S.L.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Barcelona, doña María de los Dolores Fernández Ibáñez, a inscribir una escritura de poder.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de junio de 2017 por la notaria de Calella, doña Mónica de Blas y Esteban, los administradores mancomunados de la sociedad «Gestport Pineda, S.L.», don J. y doña S. A. P., se confirieron a sí mismos un amplio poder de carácter solidario, de modo tal que cada uno de ellos podía ejercer esas facultades con independencia del otro. Sin embargo, en relación con la vigencia de ese poder solidario, la escritura contiene las dos siguientes previsiones: por virtud de la primera, se dispone que «la vigencia de este poder entrará en vigor en el momento que uno de los administradores mancomunados del órgano de administración fallezca, padezca una incapacidad física temporal o una física y psíquica permanente. Dicha incapacidad deberá ser acreditada mediante certificado médico oficial»; por virtud de la segunda, se limita el tiempo del apoderamiento: «La duración del poder será de un año o hasta que la junta general ordinaria nombre un nuevo órgano de administración, momento en el cual quedará ineficaz».

II

Presentada la referida escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho. Hechos Diario/Asiento: 1268/1859 Fecha de la presentación: 26/07/2017 Entrada: 37102172 Sociedad: Gestport Pineda SL Documento calificado: escritura de fecha 08/06/2017, notario doña Mónica de Blas y Esteban, número 544 de protocolo Fecha de la calificación: 14 agosto 2017 Fundamentos de Derecho (defectos): No cabe condicionar la entrada en vigor del poder y su eficacia frente a terceros, a circunstancias extrarregistrales (artículos 6, 9 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil). El defecto consignado tiene carácter subsanable. En relación con la presente calificación: (...) Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 18.8 del Código de Comercio y 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. El Registrador (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. y doña S. A. P., en nombre y representación de la sociedad «Gestport Pineda, S.L.», interpusieron recurso el día 15 de septiembre de 2017 en el que alegaron los fundamentos jurídicos que, a continuación, se

transcriben: «Hechos y fundamentos Primero.—(...) Segundo.—El carácter especial que deriva del otorgamiento referenciado en el punto primero, se debe a la condición que va aparejada. Condición *sine qua* non para que el poder pueda ser válido y eficaz, sin dicha condición el poder no tiene lugar y deviene nulo, ya que los propios otorgantes del poder, ya son administradores mancomunados y si no se tuviera en cuenta dicha condición, estaríamos invalidando el carácter mancomunado de dichos cargos pasando a ser solidarios, contraviniendo la voluntad de la Junta General de la Sociedad. Tercero.— Debemos mencionar que el mandato, se trata de un contrato libre, que se fundamenta en la voluntad de una parte en conferir poder a otra parte para que actúe en nombre de ésta, pudiendo delimitar el ámbito de actuación y sus facultades. Si bien podemos limitar o conferir dichos preceptos, deberíamos también poder condicionar el mismo poder a determinadas circunstancias, así como su entrada en vigor, con la finalidad de prever el futuro de dicha sociedad, las posibles alteraciones sobrevenidas que afecten al órgano de administración y siempre teniendo en cuenta la voluntad de las partes. El propio artículo 1732 del código civil establece que el propio mandato puede conferirse únicamente para el caso de incapacidad del mandante. Por lo que el mismo Código Civil prevé la posibilidad de nombrar a una persona para el caso de incapacidad del mandante, siendo una figura esencial en muchas circunstancias. Cuarto.—Comercial Navarro Aubanell, S.A. [sic] es una sociedad familiar, en la que trabajan varias generaciones de la familia A. y su voluntad es que siga siendo así. Por lo que el poder referenciado dimana de la ejecución de un protocolo familiar con la finalidad de regular los vínculos familiares y las relaciones entre sí como socios de la propia sociedad. En virtud del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, recoge la posibilidad de publicar e inscribir los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen convenientes. Quinto.—En relación a la condición que sustancia el apoderamiento, el propio Registro de la Propiedad acepta la inscripción de dichas condiciones, así lo establece la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, en su artículo 9.c: «en toda inscripción se expresarán las condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba». Por lo que, cabiendo la inscripción de dichas condiciones, en los registros de la propiedad no se aprecia inconveniente para poder solicitar la inscripción de un apoderamiento supeditado a una misma condición».

IV

Mediante escrito, de fecha 28 de septiembre de 2017, la registradora emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 199, 200, 1255, 1280 y 1732 del Código Civil; 18, 20 y 22 del Código de Comercio; 9, 23 y 326 de la Ley Hipotecaria; 23, 28, 171, 210 y 216 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 117 a 119 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 6, 9, 58, 147 y 185 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1976, 26 de octubre de 1982, 12 de septiembre de 1994, 4 de junio de 1999, 25 de octubre de 2002, 6 de junio de 2009, 24 de noviembre de 2010, 15 de marzo de 2011, 15 de abril y 16 de septiembre de 2015 y 16 y 23 de marzo de 2017.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de un poder que los administradores mancomunados de «Gestport Pineda, S.L.» se confieren a sí mismos, para ejercer con carácter solidario las amplias facultades conferidas, cuya vigencia se determina mediante dos previsiones: según la primera, «la vigencia de este poder entrará en vigor en el momento que uno de los administradores mancomunados del órgano de administración fallezca, padezca una incapacidad física temporal o una física y psíquica permanente. Dicha incapacidad deberá ser acreditada mediante certificado médico oficial»,

y, por la segunda, «la duración del poder será de un año o hasta que la junta general ordinaria nombre un nuevo órgano de administración, momento en el cual quedará ineficaz».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «no cabe condicionar la entrada en vigor del poder y su eficacia frente a terceros, a circunstancias extrarregistrales (artículos 6, 9 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil)».

2. Cuando la estructura del órgano de administración de las sociedades de capital es la de dos administradores mancomunados es indudable que la muerte, la incapacitación o la inhabilitación de cualquiera de ellos tiene ciertos inconvenientes, pues no transforma el órgano de administración —el administrador mancomunado supérstite o restante no deviene «administrador único»—, sino que, por el contrario, se produce un caso de «acefalia» en la sociedad, razón por la cual la Ley prescribe que, en caso de muerte (o de cese) de cualquiera de los administradores mancomunados sin que existan suplentes, el administrador que permanezca en el cargo tiene la facultad de convocar la junta general para la «reconstrucción» del órgano y, además, cualquier socio puede solicitar, sea del letrado de la Administración de Justicia, sea del registrador Mercantil del domicilio social, la convocatoria de junta general con esa específica y única finalidad (artículos 171 de la Ley de Sociedades de Capital y 117 a 119 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria).

Ciertamente, para evitar el riesgo de «acefalia» lo más sencillo es el nombramiento de administradores suplentes por la junta general. Esta posibilidad —hasta el momento, poco utilizada en la práctica— está abierta a todas las sociedades de capital, salvo que los estatutos la prohíban o la limiten, y es de gran utilidad para solucionar problemas como el que puede plantearse en las sociedades familiares y, en general, en todas aquellas en las que exista un equilibrio de poder en el órgano de administración que se desee mantener en caso de muerte, incapacitación o inhabilitación de uno de los administradores mancomunados. Admitida originariamente para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 59 de la Ley 2/1995, de 23 marzo), la figura de los administradores suplentes se ha extendido a todas las sociedades de capital al armonizar el Gobierno, al amparo de la correspondiente habilitación normativa (disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril), las distintas leyes reguladoras de esta clase de sociedades (artículo 216 de la Ley de Sociedades de Capital) como ya antes había hecho el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 147.2) y aceptado esta Dirección General (Resoluciones de 4 de junio de 1999 y de 25 de octubre de 2002). El nombramiento de suplentes no sirve para vacantes transitorias (enfermedad, ausencia): el ámbito de aplicación de la figura presupone el cese del administrador al que el suplente sustituye con carácter definitivo. En el sistema legal vigente, no caben suplentes temporales (por ejemplo, mientras uno de los administradores mancomunados se encuentre enfermo o fuera de España).

3. Cuando no existen suplentes, es relativamente frecuente que la sociedad, representada por los propios administradores mancomunados, confiera poder a los mismos a fin de que, de producirse la «acefalia» por muerte, incapacitación, inhabilitación o renuncia de cualquiera de ellos, pueda existir una persona —el administrador que permanezca apto en el cargo— que, como representante voluntario de la sociedad, pueda actuar en el tráfico con más o menos facultades, impidiendo así la paralización de la actividad a la que esa sociedad se dedique. Esta Dirección General ha tenido ocasión de ocuparse de algunos de los problemas que plantean este tipo de poderes, especialmente por lo que se refiere a su revocación. Así, se ha entendido que, mientras que para la revocación de los poderes conferidos por administradores mancomunados en favor de terceros es necesaria la actuación conjunta (Resoluciones de 15 de abril y 16 de septiembre de 2015), cuando el poder se ha otorgado a favor de uno solo de los administradores mancomunados, es plenamente eficaz la revocación hecha por el otro administrador mancomunado (Resoluciones de 12 de septiembre de 1994 y 15 de marzo de 2011).

En el caso ahora analizado, el poder voluntario conferido por la sociedad a los administradores mancomunados presenta la particularidad de ser un poder que no tiene vigencia inmediata, sino que esa vigencia se determina en función de hechos futuros.

4. Por regla general, el poder de representación se crea en virtud de un acto de voluntad del representado que confiere esa representación a otra persona. Al lado de los apoderamientos cuya fuente es la ley o una decisión o resolución judicial, los poderes nacidos de la mera voluntad del poderdante son, con mucho, los más frecuentes. En estos casos, la representación es obra de la voluntad del representado, que es quién crea la situación representativa. En un mundo jurídico regido por el principio de autonomía de la voluntad, quien confiere el poder puede determinar el contenido del mismo y puede también modular el apoderamiento que contiene del modo que tenga por conveniente.

En ejercicio de esa autonomía de la voluntad, el poderdante puede someter la vigencia del poder a condición, que puede ser suspensiva o resolutoria. Ejemplo de poder bajo condición suspensiva es aquel en el que la eficacia de ese apoderamiento depende, como suceso futuro e incierto, de la muerte, de la incapacitación o de la inhabilitación del administrador único o de uno de los administradores mancomunados de la sociedad mercantil poderdante. En tanto no tenga lugar ese hecho futuro e incierto, el poder está latente. Al configurar así la condición, el apoderamiento conferido finaliza fatalmente siempre que el apoderado no consiga ese objetivo. Si el apoderado bajo condición suspensiva intenta contratar con tercero en nombre del representado, ese tercero exigirá a dicho apoderado la acreditación de que se ha producido la muerte, la incapacitación o la inhabilitación del administrador único o de uno de los administradores mancomunados. Si el apoderado bajo condición resolutoria entabla negociaciones con un tercero para realizar una determinada operación jurídica en nombre del representado, ese tercero exigirá igualmente la acreditación de que no se ha producido la condición resolutoria.

Igualmente, en uso de esa autonomía de la voluntad, el poderdante puede someter el poder a término, que puede ser inicial, cuando de su advenimiento depende el comienzo de eficacia del poder de representación, o final, si lo que depende de él es la cesación de los efectos del apoderamiento. Así, por ejemplo, un empresario o una sociedad mercantil confieren poder, estableciendo que el apoderamiento se inicia a partir del día de comienzo del siguiente ejercicio social, o que cesará el día final de ese ejercicio. La fecha de inicio de la eficacia del poder puede ser una fecha determinada (como, por ejemplo, el 1 de enero del año siguiente) o una fecha determinable mediante elementos externos al propio documento en el que se otorgue el poder (v. gr.: el día de comienzo del siguiente ejercicio social, que no tiene por qué coincidir con el año natural). Del mismo modo, el otorgante del poder puede establecer un término final, de modo tal que el poder se extinga en una fecha determinada (un día concreto del calendario. Cfr. Resolución de 23 de marzo de 2017) o determinable (v. gr.: el día que el apoderado cumpla 70 años). Los terceros que contraten con el apoderado pueden conocer la vigencia del apoderamiento a término inicial o final mediante la simple lectura del instrumento de poder (caso de término determinado) o integrando el contenido de dicho instrumento con un documento externo que sea indubitado (como, en el ejemplo de poder con término final por razón de la edad del apoderado, la lectura del documento nacional de identidad de éste).

Los poderes bajo condición o a término son perfectamente válidos en el Derecho español. Dentro de esta categoría se encuentra el que se pretende inscribir en el presente caso.

5. En el presente caso no se debate sobre la validez o invalidez del apoderamiento bajo condición o bajo término, sino sobre si ese apoderamiento, tal como ha sido conferido, puede o no acceder a la hoja abierta a la sociedad poderdante en el Registro Mercantil. La registradora no discute la lógica de las cláusulas antes referidas. Lo que objeta es que el inicio de la vigencia del poder, tanto en caso de muerte como en caso de enfermedad, queda determinado por circunstancias extrarregistrales.

El examen de la escritura de poder objeto de la calificación impugnada pone de manifiesto que el apoderamiento entraría en juego en los casos de muerte de uno de los dos administradores mancomunados; y que dicho apoderamiento resultaría operativo,

además, cuando se produjera una enfermedad que pudiera calificarse de inhabilitante de cualquiera de dichos administradores, enfermedad que la escritura describe con dos parámetros distintos según el carácter temporal o permanente que tuviera: «incapacidad física temporal» (v. gr.: la derivada de una operación que exija hospitalización) e «incapacidad física o psíquica permanente».

Para la eficacia del apoderamiento calificado no se exige que se trate de casos de incapacidad judicialmente declarada ni de inhabilitación igualmente declarada por el juez. Según la escritura, para acreditar una y otra es suficiente el «certificado médico oficial», sin que se determine quiénes son los legitimados para solicitar el certificado y sin que se hayan previsto los problemas derivados de la validez temporal de ese certificado. Con esta muy peculiar solución, el poder solidario conferido por los propios administradores mancomunados en representación de la sociedad en favor de sí mismos desplegaría efectos tanto de existir «acefalia» como cuando, por una simple «incapacidad» física temporal y, por supuesto, por una «incapacidad» física o psíquica permanente, uno de los administradores mancomunados no estuviera en condiciones de ejercer sus funciones.

Prescindiendo de otras cuestiones, el modo en que se ha exteriorizado la voluntad de apoderamiento plantea al operador jurídico, al menos, dos problemas de interpretación: el primero, es el relativo a las hipótesis de enfermedad (física) temporal; y el segundo, el problema del «dies a quo» para el cómputo del plazo de un año de duración del apoderamiento.

Por lo que se refiere al primer problema, la exégesis de la cláusula en la que se delimita la vigencia del poder permite dos interpretaciones alternativas: según una primera interpretación –o de la cláusula aisladamente considerada–, si la «incapacidad» física fuera transitoria, ese certificado médico podía acreditar que, en la fecha de expedición, el administrador mancomunado no estaría en condiciones de ocuparse de la gestión social, y podría también contener un pronóstico de la duración de esa situación anómala, pero, cuando la «incapacidad» finalizara, finalizaría también el apoderamiento. Según la segunda interpretación –que podríamos calificar de sistemática, por analizar conjuntamente el párrafo de vigencia y el párrafo de duración del poder–, activado el apoderamiento, éste tendría la duración de un año o duraría hasta que la junta general ordinaria nombrara un «nuevo órgano de administración», con independencia de que, durante ese tiempo, la «incapacidad» física desapareciera. La recuperación de la salud por parte del administrador mancomunado no extinguiría el poder, que subsistiría a todos los efectos.

Respecto del segundo problema, ya se ha señalado que la duración del poder se configura con una doble técnica: o bien la duración fija de un año, o bien la duración variable que transcurre entre el acaecimiento de la «incapacidad» y el acuerdo de la siguiente junta general ordinaria para nombrar administrador. Si se optara por la interpretación sistemática, para determinar el día inicial de la vigencia del apoderamiento habría que estar a un certificado médico que especificara cuál ha sido efectivamente ese día.

Ciertamente, los términos en que se determina el inicio de la eficacia del poder pueden suscitar problemas de interpretación, pero tal circunstancia lo único que provocará será una mayor dificultad para que esta fórmula jurídica tenga la idoneidad suficiente para impedir la situación de «acefalia» societaria, toda vez que cuando se pretenda poner en ejecución el apoderamiento será el momento en que deberá acreditarse debidamente el hecho del que depende su eficacia. En este sentido, aunque la escritura no prevé cómo se acredita la muerte del administrador, eso no constituye problema alguno, ya que la inscripción del cese de cualquier administrador por muerte o por declaración judicial de fallecimiento se practica a instancia de la sociedad o de cualquier interesado en virtud de certificación del Registro Civil (artículo 147.1.3.º del Reglamento del Registro Mercantil). Cuestión distinta es si la escritura calificada, al referirse al certificado médico, previene una forma adecuada para acreditar la eventual incapacidad de cualquiera de los administradores mancomunados. Pero esos problemas de interpretación no pueden, sin más, llevar a confirmar la calificación impugnada en los términos en que ha sido formulada (vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), pues no existe norma que impida hacer depender la eficacia del apoderamiento de circunstancias como las contempladas en el presente caso por el mero hecho de que éstas sean extrarregistrales. Y es que las disposiciones y

los acuerdos sociales que pretendan resolver adecuadamente las diversas situaciones que puedan afectar a la existencia y continuidad del órgano de administración deben ser examinados favorablemente, siempre que en los mismos no se contravengan los principios configuradores del tipo social elegido (cfr. artículos 1255 del Código Civil y 28 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, admitida la compatibilidad de la cláusula debatida con los límites generales a la autonomía de la voluntad, no debe existir obstáculo para su reflejo en los asientos registrales, concordando el contenido de éstos y la realidad extrarregistral (vid. la Resolución de 24 de noviembre de 2010, que admitió la inscripción del nombramiento de consejeros delegados antes de que llegara el término inicial señalado para la eficacia de su aceptación).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de diciembre de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.