

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018 (671/2018)
Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2018 (661/2018)**

**El juicio notarial de suficiencia de las facultades
representativas no se puede revisar por el registrador**

Comentario a cargo de:
JUAN PEREZ HEREZA
Notario de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018

ROJ: STS 3897/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:3897

ID CENDOJ: 28079119912018100036

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2018

ROJ: STS 3908/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:3908

ID CENDOJ: 28079119912018100038

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

Asunto: En ambos procedimientos se trata de dilucidar el alcance del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas y su posible revisión por el registrador al calificar la escritura presentada a inscripción.

En la sentencia de 20 de noviembre de 2018 (STS núm. 643/2018) se trata de una escritura de constitución de hipoteca otorgada por el apoderado de una sociedad cuyo poder no estaba inscrito en el Registro Mercantil. La registradora de la propiedad exige, para la inscripción de la hipoteca, que el notario indique al reseñar los datos del poder la identidad y el cargo de la persona que lo confirió para calificar su validez.

En la sentencia de 22 de noviembre de 2018 (STS núm. 661/2018) se trata de una escritura de renuncia de cargo otorgada en nombre de una sociedad por un apoderado cuyo poder figuraba inscrito en el registro mercantil. La registradora mercantil deniega la inscripción porque consultadas las facultades del apoderado que figuran inscritas en la hoja abierta a la sociedad poderdante considera erróneo el juicio de suficiencia notarial y entiende que el apoderado carecía de facultades para renunciar.

En ambos casos el TS confirma las sentencias de instancia y revoca las calificaciones por entender que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001 la valoración de la suficiencia de las facultades de representación el otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante sin que el registrador pueda revisar dicho juicio en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. La doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Las opciones de política legislativa y el sistema español de seguridad preventiva. 5.2. La promulgación del artículo 98: primeras reacciones. 5.3. La resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002. 5.4. Reforma de 2005 y situación posterior. 5.5. Las sentencias del TS. 5.6. Conclusiones. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

En ambos casos se trata de declarar si son ajustadas a la ley sendas calificaciones registrales que han sido recurridas directamente ante la jurisdicción civil de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la LH. Aunque, como veremos, no son idénticos los argumentos utilizados en cada caso por las partes, la cuestión fundamental que se trata de dilucidar es común: si es posible revisión la revisión por parte del registrador del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas. Se trata de dos procedimientos cuya solución viene determinada por la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre que se juzgue correcta, lo que justifica que este comentario sea conjunto para ambas sentencias.

El objeto del proceso también conlleva que el resumen de los hechos y la referencia a las soluciones dadas en las instancias inferiores sea necesariamente breve, pues no se trata de un conflicto planteado entre las partes de una concreta relación jurídica para cuya resolución sea fundamental la fijación de los hechos. Aquí, como en toda discrepancia que se plantea entre notario y

registrador en relación a una calificación registral, los hechos están perfectamente determinados en la propia escritura y la solución está únicamente ligada a la interpretación de una o varias normas. Los verdaderos antecedentes fácticos son las vicisitudes por las que ha atravesado el artículo 98 desde su promulgación en el año 2001 que se expondrán en el apartado 5.

En el primer caso (sentencia número 643/2018) se trata de una escritura de constitución de hipoteca otorgada por un apoderado de la entidad acreedora cuyo poder especial no está inscrito en el Registro Mercantil. Literalmente la escritura contiene la siguiente reseña: “Lo hace en su condición de apoderado conferido en escritura autorizada por el Notario de Madrid don ..., el día ..., número ... de protocolo, de cuya copia autorizada que tengo a la vista, que no precisa inscripción en el Registro Mercantil, por ser especial para este acto, resulta que el compareciente tiene facultades representativas suficientes para formalizar esta escritura de HIPOTECA DE MÁXIMO”.

La registradora suspende la inscripción “por no acreditarse la validez del poder del representante de la entidad acreedora ya que no consta la persona que ha dado el citado poder ni su cargo, circunstancias que determinan la validez del mismo”.

En el segundo caso (sentencia número 661/2018) se trata de una escritura de renuncia al cargo de administrador que otorga un apoderado en nombre de la sociedad renunciante al cargo. La escritura contiene la reseña que expresa todos los datos del poder (fecha, notario autorizante y referencia a su inscripción en el Registro Mercantil) y el juicio de suficiencia notarial. Como el poder figuraba inscrito en el Registro Mercantil, la registradora consulta su contenido y considera erróneo el juicio notarial porque entiende que el apoderado carecía de facultades para renunciar a los cargos en nombre de dicha sociedad (literalmente la calificación dice que “consultada mediante el portal de servicios interactivos del Ilustre Colegio de Registradores de España, la hoja registral ... abierta en el Registro Mercantil de Vizcaya a la sociedad TALDE GESTIÓN S.G.E.C.R. S.A., resulta que el otorgante, en virtud del poder por el cual actúa no tiene conferida la facultad de RENUNCIAR a los cargos en nombre de dicha sociedad”).

2. Soluciones dadas en instancia

Como se dijo al principio de este comentario las calificaciones fueron recurridas directamente en vía judicial, por lo que no existe en ninguno de los procedimientos resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

En el caso de la escritura de constitución de hipoteca *la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid con fecha 19 de diciembre de 2014* confirma la calificación registral por considerar que, cuando se trata de un poder especial exceptuado de inscripción en el Registro Mercantil, no puede entenderse completa la reseña que exige el artículo 98 de la Ley 24/2001 con la mera identificación del poder inmediato, es necesario la reseña de los datos relativos al documento

antecedente del que deriva la representación del poderdante. En apoyo de esta posición, también cita el artículo 165 del Reglamento Notarial (en adelante RN).

En cuanto al caso de la escritura de renuncia al cargo de administrador *el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño dictó sentencia con fecha 27 de enero de 2015* estima la demanda con un doble argumento:

— tras la modificación operada en el artículo 98 por la Ley 24/2005, no existe apoyo para exigir que la reseña notarial contenga una transcripción de las facultades contenidas en el poder, ni que se extienda más allá de los datos que permiten identificar el poder. El legislador ha pretendido que tal reseña y el juicio de suficiencia notarial hagan fe, por sí solas, de la representación acreditada bajo la responsabilidad del notario.

— en relación a la suficiencia del poder invocado, que examina por ser una cuestión introducida en el debate por el demandante, el juzgado considera que como el poder incluía la facultad de aceptar cargos, debía entenderse que también alcanzaba a renunciar a los mismos, al tratarse de un acto con la misma significación y gravamen que la aceptación.

3. Soluciones dadas en apelación

La Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 22 de octubre de 2015, estima el recurso de apelación, revoca la sentencia dictada por el Juzgado y declara contraria a derecho la calificación registral. Para ello razona que, partiendo del texto del art. 98 de la Ley 24/2001, según redacción dada por la Ley 24/2005, no existe apoyo para exigir una transcripción de las facultades contenidas en el poder ni que la reseña del documento de apoderamiento se extienda más allá de los datos que permitan identificarlo. Esta reseña y el juicio de suficiencia notarial dan fe, por sí solas, de la representación acreditada bajo responsabilidad del notario.

Por su parte *la Audiencia Provincial de Logroño, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2015*, ratifica el criterio del Juzgado afirmando que la función calificadora del registrador se realiza a partir de lo que resulta del título presentado y queda limitada a comprobar que el notario ha cumplido las exigencias legales expuestas, sin que pueda volver a valorar lo que ya valoró el notario, que es lo que se ha producido en el supuesto litigioso. Y todo ello sin necesidad de entrar a juzgar sobre la suficiencia del poder otorgado, al considerar que la registradora carecía de facultad para resolver en el sentido que lo hizo.

4. Los motivos de casación alegados

En los dos procedimientos el recurso de casación se plantea por las registradoras contra las sentencias dictadas por las respectivas Audiencias que,

como hemos visto, declaraban contrarias a derecho sus calificaciones registrales. Los motivos que se invocan en los recursos de casación son distintos, aunque tienen en común la alegación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH).

a) Recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid

El motivo primero es de tipo procesal, se alega incongruencia omisiva porque según la recurrente la Sentencia de la Audiencia se limita a remitirse a una sentencia anterior y no da respuesta a lo que era controvertido que no era la suficiencia de las facultades del compareciente, como sí se hacía en el caso anterior, sino la acreditación de la validez del cargo de quien le “subapoderó”. Se trata de un problema de validez del negocio representativo previo, respecto del cual, la sentencia no se pronuncia. Por ser una cuestión procesal ajena al objeto principal de este comentario anticipo que el motivo es rechazado por el TS que entiende que la sentencia recurrida da respuesta a lo solicitado, sin perjuicio de que lo haga mediante una defectuosa motivación que abusa de la remisión a lo que se razonaba en una sentencia anterior, que se transcribe. La razón dada por la Audiencia al margen de si se está de acuerdo con ello o no, y de si es exhaustiva la respuesta, no deja de ser una razón de la decisión que resuelve la controversia, y por ello no existe incongruencia omisiva.

Desde el punto de vista sustantivo se alegan como motivos la infracción del artículo 18 de la LH y 98 de la Ley 24/2001. Ambos motivos se entrelazan, pues como se dice en el recurso, la revisión de la validez del negocio litigioso se descompone en dos fases: una primera de comprobación de la validez del negocio representativo y otra segunda en la que ha de comprobarse si ese negocio válidamente celebrado confiere al apoderado facultades suficientes. Es este segundo aspecto en el que el artículo 18 de la LH viene matizado por el artículo 98, pues el registrador debe asumir el juicio de suficiencia notarial sin que pueda entrar a valorar de nuevo las facultades conferidas. En relación al primero, la validez del negocio representativo previo por el que se otorga el poder especial, el artículo 18 de la LH, impone al registrador su comprobación, revisando si fuera procedente el juicio notarial. Finalmente, también se invoca la infracción del art. 98 de la Ley 24/2001, en relación con los arts. 51.9ª.c) RH y 165 RN, que exigirían según la recurrente mencionar en la reseña los datos relativos al documento de apoderamiento antecedente del que deriva la ulterior representación.

b) Recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño

El motivo primero denuncia la infracción del art. 143 del RN, en concreto sus dos últimos párrafos, “Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley. Los efectos que el ordenamiento jurí-

dico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”. La recurrente aduce que este precepto no se opone al art. 98 de la Ley 24/2001, sino que juega en un momento ulterior precisando los efectos y alcance de la fe pública notarial: obviamente también el alcance del juicio de suficiencia notarial alcanzado por la fe pública. Por ello propugna una interpretación sistemática que admita que el juicio de suficiencia pueda ser revisado por la autoridad judicial y también por los demás funcionarios públicos que tengan atribuida dicha competencia.

En segundo lugar, el recurso considera que la sentencia de la Audiencia al impedir la consulta el Registro Mercantil en relación con el documento sujeto a calificación vulnera tanto el art. 18 LH como del principio de oficialidad probatoria del artículo 78.1 de la Ley 30/1992 que necesariamente debe imperar en el ámbito del procedimiento registral por sus similitudes en este ámbito a los procedimientos administrativos.

5. La doctrina del Tribunal Supremo

Para valorar en sus justos términos las sentencias objeto de comentario creo necesario hacer un repaso histórico de las vicisitudes por las que ha atravesado la interpretación del artículo 98, en particular la vasta doctrina de la DGRN sobre el mismo y su carácter cambiante en función de quién estaba al frente del Centro Directivo en cada momento.

5.1. *Las opciones de política legislativa y el sistema español de seguridad preventiva*

Toda norma jurídica cuando se promulga supone una reforma del ordenamiento jurídico, si bien en unas ocasiones la novedad que representa es mínima, casi inapreciable, y en otras supone una alteración mayúscula de la realidad jurídica preexistente. Es en estas ocasiones cuando la interpretación se dificulta, de un lado por los problemas de encaje que puede suscitar con el resto del ordenamiento y de otro, porque al manifestar la norma una opción novedosa de política legislativa es frecuente que los agentes involucrados en su aplicación se vean influidos por sus preferencias y opiniones. Este riesgo es aún mayor cuando la reforma se proyecta sobre una realidad normativa que está siendo objeto de controversia y sobre la cual existen posiciones opuestas si, como ocurre en este caso, la modificación va en contra de las tesis de una de las partes.

Sirva esta introducción para tratar de explicar lo que ha sucedido con una norma, el artículo 98 de la ley 24/2001, en apariencia clara, pero que ha generado una enorme conflictividad hasta el punto de ser necesaria una reforma de su dicción literal (en el año de 2005), innumerables resoluciones de la DGRN,

pronunciamientos judiciales y hasta tres sentencias del TS para conseguir que se imponga en la realidad práctica. Por ello considero conveniente comenzar con una breve explicación de las causas de esta resistencia que, como veremos, en algunos momentos ha llegado al extremo de auténtica rebelión.

El derecho registral español se cimenta en la existencia de un doble control preventivo, para que puedan acceder al Registro de la Propiedad los derechos reales inmobiliarios, manifestado en el principio de titulación pública y la existencia de calificación registral. Por extensión el mismo sistema se aplica en el Registro Mercantil para la constitución de sociedades de capital y determinados acuerdos societarios, aunque por las diferencias que se presentan entre uno y otro ámbito me referiré fundamentalmente al Registro de la Propiedad.

Centrándonos en el caso más frecuente (la inscripción de escrituras públicas notariales) el doble control consiste en lo siguiente:

— el Notario interviene en el momento de la formalización del negocio identificando a los otorgantes, juzgando su capacidad, su legitimación, que el consentimiento ha sido libremente prestado y que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes (artículo 17 bis de la Ley del Notariado).

— el registrador califica la legalidad de las formas extrínsecas del documento presentado, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro (artículo 18 LH).

Esta doble barrera de acceso justifica los potentes efectos reconocidos al título inscrito: legitimación (artículo 38 LH) y fe pública registral (artículos 32 y 34 de la LH).

Es sabido que en los últimos tiempos este sistema de prevención de las ilegalidades en el tráfico extrajudicial viene siendo objeto de revisión por parte de un sector de la doctrina que proclama la autonomía de la inscripción defendiendo que, sólo a través de la misma, el título puede adquirir una eficacia frente a terceros generando, mientras tanto, únicamente efectos inter partes. Se habla así de inscripción cuasi constitutiva o conformadora con base en una interpretación extensiva de determinados preceptos (artículos 32 y 319 de la Ley Hipotecaria y 1473 del Código Civil) obviando la existencia de otros que apuntalan la tesis contraria y mayoritaria (artículos 33, 41 y 297 de la Ley Hipotecaria o 609 y 1462 del Código Civil). Para tratar de defender el valor autónomo de la inscripción es fundamental intercalar entre el título y el asiento, la calificación como elemento central del cual derivarían los efectos de legitimación y fe pública. Además, es necesario que, paralelamente, se desvirtúe la importancia y los efectos que el documento público tiene por sí mismo. Esto exige reducir la intervención notarial a una labor meramente fedataria para reconocer al documento público únicamente un valor probatorio y enaltecer la calificación que, en el marco de un supuesto procedimiento registral, se

concibe como un examen de la legalidad del negocio para el cual el título es sólo un elemento más a tener en cuenta entre otros datos fehacientes que el registrador puede obtener del propio Registro o de otras instancias.

La construcción doctrinal brevemente expuesta no es meramente teórica pues, como lógica consecuencia de la misma, se ha generalizado en la práctica registral la adopción de criterios cada vez más rigurosos, de tal forma que la denegación de la inscripción (antes excepcional) es cada vez más frecuente. Con esta forma de actuación se resiente la coherencia del sistema que, diseñado para generar seguridad en el tráfico, se convierte en un foco de inseguridad para aquellos que habiendo pagado el precio y tomada posesión de su casa se encuentran con que no ven su derecho publicado en el Registro de la Propiedad por sutilezas jurídicas que no llegan a comprender. El doble control que históricamente constituyó una garantía para el ciudadano se revela ineficiente por lo que empieza a plantearse la supresión de uno de los controles en aquellos ámbitos en los que ambos se proyectan sobre el mismo objeto.

Esta reivindicación es la que viene acoger la reforma del año 2001, eliminando el control registral en un ámbito en el que se considera redundante: el análisis de la suficiencia de las facultades representativas. Con ello se trata de evitar que un negocio perfeccionado y consumado pueda ver limitada su eficacia por la intervención de un segundo funcionario, el registrador, cuya actuación en este ámbito tiene exactamente el mismo objeto que la previamente desplegada por el notario.

Es fácil de advertir que la norma se decanta por una opción claramente contraria a las tesis registrales patrocinadas en los últimos 30 años: si el registrador se ve despojado del análisis de un elemento tan fundamental y determinante de la validez del negocio como la existencia y suficiencia del poder, difícilmente puede sostenerse que la escritura no incorpora juicios jurídicos del notario que generan una presunción de legalidad y decae toda la construcción según la cual la inscripción determina la eficacia frente a terceros del negocio.

Con todo ello se entiende claramente en qué escenario se plantea la interpretación del artículo 98 y la furibunda reacción que ha generado en el ámbito registral. También que, en la interpretación del precepto, se intercalen juicios de política legislativa. Así se ha alegado recurrentemente que la transferencia en todo o en parte de las funciones calificadoras desde los registradores a los notarios, exacerbaría el conflicto de intereses subyacente entre partes (protegidas) y terceros (indefensos)... O como contenían muchas calificaciones en los primeros tiempos que siendo el apoderado cliente del notario éste no es imparcial en la calificación de sus poderes y supone un riesgo para la seguridad del tráfico atribuir en exclusiva a los notarios el juicio sobre la suficiencia de los poderes. No es discutible que esto pueda servir de argumento para juzgar negativamente la reforma, en el improbable caso de que la argumentación contuviese un atisbo de verdad, pero es evidente que estas afirmaciones son totalmente ajenas a la interpretación del artículo 98 y no pueden servir para determinar su aplicación en uno u otro sentido.

En adelante y hasta las conclusiones procuraré omitir toda referencia a los antecedentes y las opciones de política legislativa que subyacen en el artículo y la oposición al mismo, porque creo que muchas veces han desviado el objeto de la discusión jurídica reconduciendo lo que debía ser un problema puramente interpretativo a un episodio más de la confrontación notarial-registral. Con ello se dificulta el correcto entendimiento de la norma y, además, se olvida quienes son sus verdaderos destinatarios: los ciudadanos como usuarios del sistema de seguridad preventiva.

Pero me parecía necesario hacer una breve referencia al marco en el que se plantea la interpretación del precepto pues temo que, en caso contrario, no se entendería por qué casi 20 años después todavía existen dificultades para su correcta aplicación.

5.2. *La promulgación del artículo 98: primeras reacciones*

El artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre bajo la rúbrica “Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario” dispuso lo siguiente:”1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.2. La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario.3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita”.

Nada más tuvo lugar su publicación surgieron dos interpretaciones opuestas del precepto:

1. la tesis que considera que el precepto concentra exclusivamente en los notarios el juicio sobre la suficiencia de las facultades representativas del apoderado que otorga un documento público de tal forma que existiendo un juicio positivo por parte del notario ya no podrá ser revisado por otra autoridad en el ámbito extrajudicial, y especialmente por los registradores.

A favor de esta tesis está la clara literalidad del precepto que comienza modificando la tradicional forma de reseñar los poderes en las escrituras. Hasta ese momento las escrituras en las que comparecía un representante debían reseñar el documento público del cual derivaba su representación y además incluir una transcripción total o parcial de las facultades. Con ello quedaba abierta la posible revisión de ese juicio por parte de los registradores de la pro-

propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en el ejercicio de su potestad calificadora al ser la suficiencia de las facultades representativas uno de los elementos determinantes de la validez del acto dispositivo (competencia reconocida por la DGRN en numerosas resoluciones).

Con la nueva fórmula contenida en el artículo 98.1, al exigir una simple reseña quedaba imposibilitada la revisión registral razón por la cual se proclama coherentemente en su apartado 2 que el juicio notarial hace fe por sí solo, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario. Si sólo incumbe al notario el juicio de fondo sobre la suficiencia de las facultades representativas es lógico que los errores en que pudiera incurrir sólo a él le sean imputables quedando fuera del ámbito de la calificación registral y de la responsabilidad del registrador (c.fr. artículo 297 de la LH).

El apartado 3 se refiere a aquellos documentos complementarios del título representativo que completan las facultades representativas cuando estas no derivan exclusivamente del cargo o poder originario. Se trataría de casos en los que el documento auténtico del que derivan las facultades representativas (escritura de poder o de nombramiento de cargo) exigen la aportación adicional de un documento que acredita el cumplimiento de un requisito para que se active la facultad representativa (v.gr. un certificado de un acuerdo de la Junta o del Consejo de Administración). En esos casos es conveniente y, a veces, necesario incorporar ese documento que no es público y por tanto carece de base protocolar, ante el riesgo de pérdida o alteración posterior.

2. la tesis que considera que el artículo 98 carece de aplicación en el ámbito registral por lo que sigue siendo necesaria la transcripción de las facultades o la aportación del poder para que los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles puedan seguir calificando la suficiencia de las facultades representativas. Esta tesis fue la patrocinada por la Junta del Colegio Nacional de Registradores que, en el escaso plazo de siete días desde la entrada en vigor de la ley, se apresuró a considerar el precepto inaplicable en el ámbito registral, considerando que lo dispuesto en el apartado 2 quedaba desvirtuado en cuanto a la calificación registral por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo, que exige que los registradores califiquen la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras, exigirá la aportación del texto del poder por incorporación o testimonio, total o parcial, remitiéndose precisamente el apartado 3 del artículo 98 a la Ley Hipotecaria, y en concreto a su artículo 18, cuando impone la unión de los documentos representativos en los casos en que así lo exige la ley.

Esta interpretación del apartado tercero ofrece el riesgo de dejar sin contenido los dos anteriores pues plantea el interrogante fundamental de qué efecto tiene entonces la reforma contenida en el artículo 98, en particular el sentido de su apartado 2. En otras palabras ¿frente a qué nueva autoridad la reseña del poder y su valoración por el notario hace fe por sí sola?

Al respecto conviene señalar que en el mismo momento de su promulgación se puso de manifiesto de forma unánime que el artículo 98 no podía suponer una limitación de las atribuciones judiciales, de tal forma que, antes y después de la reforma el juicio notarial de representación podía ser revisado por Jueces y Magistrados en el marco de un proceso judicial contencioso.

Limitado por tanto su ámbito de aplicación a la esfera extrajudicial, hay que destacar que antes de la Ley 24/2001 el juicio notarial sobre la suficiencia de la representación (como el resto de juicios notariales contenidos en la escritura) era eficaz frente a cualquier persona o autoridad en el ámbito extrajudicial, excepción hecha de los registradores que sí podían revisarlo dentro del ámbito de sus competencias. Y por ello, la transcripción de las facultades de hecho sólo era necesaria cuando se trataba de documentos inscribibles y no fuera de ese ámbito (v.gr. piénsese en las pólizas intervenidas).

La combinación de estas ideas, junto con la clara literalidad del precepto debería conducir a la conclusión de que la única finalidad y novedad del precepto solo podía ser la modificación del ámbito de la calificación registral en sede de representación. Precisamente el precepto está dirigido, por exclusión, a cambiar el objeto de la calificación registral en el ámbito de los poderes, para circunscribirla a la comprobación formal de la existencia en el documento público de una reseña sobre el documento que acredite la representación de un modo similar a lo que ha ocurrido siempre con respecto al juicio de capacidad que efectúa el notario y del cual debe dejar constancia en el documento.

5.3. *La resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002*

El choque de posiciones provocó que el Consejo General del Notariado elevase consulta a la DGRN, para que ésta se pronunciase sobre la correcta interpretación del precepto, en contestación a la cual se dictó la Resolución de 12 de abril de 2002. Se trata de una resolución que pretendió contentar a ambas partes y, como suele suceder en estos casos, terminó concitando la común crítica negativa.

Así comienza diciendo que "... aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles"... "en materia representativa, el Registrador deba seguir realizando su función calificadora, como demuestra el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001".

Pero luego encuentra problemas para determinar en qué debe consistir la función calificadora ya que como dice claramente el 98.1 no deben transcribirse las facultades ni acompañarse el poder al título inscribible. Por eso reconoce que "esto no significa que, en cuanto a la forma de acreditación de la representación, siga igual que hasta ahora"... "Así como el Registrador no puede revisar ese juicio del Notario sobre la capacidad natural del otorgante ...

tampoco podrá revisar la valoración que el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno, que hayan sido acreditadas y reseñadas en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001..., siempre, claro está, que tal reseña permita el ejercicio de la calificación registral a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación registral solicitada, y siempre que, como se ha señalado, de la propia escritura o del Registro no resulte contradicha tal apreciación”.

Así expuesta la cuestión el problema fundamental a la que reconduce la interpretación patrocinada por la DGRN es la determinación de la reseña, que no puede consistir en la antigua transcripción total o parcial de las facultades, pero debe ser lo suficientemente amplia para permitir una mínima calificación registral. Con la precisión de un equilibrista la DGRN señala que “La reseña identificativa del documento mediante el que se acredite la representación habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido, y en una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas”. Para terminar concluyendo que existiendo “una reseña somera pero suficiente de los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas y su suficiencia, así como las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas (hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada, o, en su caso, inscripción en el Registro Mercantil) de tal forma que del propio título resulten los elementos necesarios para cumplir con su función calificadora, los Registradores no pueden exigir que dichos títulos contengan la transcripción total de las facultades o la incorporación total –ni mucho menos, el acompañamiento– de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada”.

Fácilmente se puede advertir que esta Resolución, lejos de aclarar el panorama introdujo aún más confusión y abrió la senda de una conflictividad nunca antes conocida entre notarios y registradores con los pobres ciudadanos de sufridos espectadores.

Inmediatamente después de la Resolución citada se sucedieron otras en el mismo mes de abril, éstas en respuesta a recursos presentados contra calificaciones registrales, que vinieron a definir el contenido de la reseña para reducirlo a algo tan nimio como la expresión del juicio positivo de suficiencia de las facultades en relación al negocio documentado (v.gr. bastaría con que en una escritura de venta el notario diga que “el poder faculta suficientemente al apoderado para el otorgamiento de la presente escritura de compraventa”). Verdaderamente, no se entiende el interés en salvar la función calificadora del registrador para luego reducirla a algo tan escaso como la comprobación formal de la existencia de esta reseña que en nada permite analizar que el apoderado está actuando dentro de sus facultades. Mientras la DGRN iba subiendo el tono en sus resoluciones con amenazas de expedientes disciplinarios ante la clara desobediencia registral de sus criterios fijados de forma reiterada, hay que reconocer que en el ámbito judicial existían pronunciamientos contradictorios, en gran parte motivados por la confusión generada inicialmente en la

comentada Resolución de 12 de abril. A título de ejemplo, por ser la primera, podría citarse la sentencia de 23 de enero de 2002 del Juzgado de Primera instancia de Valladolid que indica que la reseña no puede confundirse con el juicio de suficiencia, la primera debe ser lo suficientemente amplia para permitir la calificación registral porque como había dicho la DGRN el artículo 98 no ha cambiado el sistema de seguridad jurídica preventiva.

5.4. *Reforma de 2005 y situación posterior*

Con esta y otras sentencias (algunas provenientes de Audiencias Provinciales) se mantuvo tal nivel de conflictividad que se hizo necesaria una nueva Ley 24/2005 de 18 de noviembre para añadir un inciso final al apartado 2 del artículo 98 que dejase claro, de forma definitiva, su aplicación indiscutible al ámbito de la calificación registral. Según este inciso final “El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”.

A partir de ese momento y, dejando al margen algunas excepciones se admitió, por el colectivo registral que el artículo 98 suponía una modalización del ámbito de la calificación delimitado en el artículo 18 de la LH, aunque no por ello se dejó de socavar la aplicación práctica de la norma en determinados casos que presentaban especialidades. Prueba de ello es que el TS tuvo que pronunciarse sobre la cuestión en STS 645/2011 de 23 de septiembre con relación a un caso en que se indicaba en la escritura que el notario había tenido a la vista copia parcial del poder. El registrador considera que esa reseña no cumple con lo establecido en el artículo 98 obligando al TS a pronunciarse sobre el tema por primera vez, lo que hace de forma clara y contundente. En primer lugar declarando que “la evidente antinomia existente entre ambas normas –la primera supone una clara excepción a la aplicación de la segunda– ha de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad según el cual la ley especial supone una concreta derogación de la general para el caso que contempla”... “por lo cual las facultades de calificación del registrador en el caso de constancia notarial de la representación no se rigen por lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino por lo establecido en el artículo 98 de la Ley 24/2001”. Finalmente termina diciendo con relación al registrador que examinar la corrección del juicio de suficiencia emitido por el notario excede de sus facultades y queda para su eventual examen únicamente el proceso judicial que pudiera iniciar la parte interesada.

Con este pronunciamiento parece que podía considerarse resuelto el problema de la interpretación del artículo 98. Sin embargo, contando con el apoyo de una DGRN de marcada tendencia registral durante el período 2011 a 2018, se vuelven a introducir para determinados casos matizaciones a la doctrina general, fundamentalmente en dos direcciones:

a) En algunos casos se exige que la reseña se complete con adiciones que permitan al registrador realizar una función revisora:

- cuando el apoderado interviene en nombre y representación en el negocio de dos o más partes que se encuentran en situación de conflicto intereses la reseña debe expresar que en el poder conferido se han salvado los casos de autocontratación o múltiple representación con conflicto de intereses (R. 22 de mayo de 2012, R. 20 de octubre de 2015 y 11 de diciembre de 2015, entre otras).
- tratándose de un préstamo hipotecario en el que es necesario incorporar una expresión manuscrita por exigencia de la Ley 1/2013 debe mencionarse que el poder faculta al apoderado para suscribirla (R. 22 de enero de 2015).
- en relación a los poderes otorgados ante funcionario o notario extranjero se debe añadir al juicio de suficiencia la afirmación explícita por parte del notario de que conoce o le ha sido acreditado el derecho extranjero y del mismo resulta que el documento extranjero es equivalente a un documento público español (R. 14 de septiembre de 2016). No obstante, la zozobra que introdujo en todo el ámbito jurídico esta resolución obligó a una rectificación posterior en las resoluciones de 17 de abril de 2017 y 7 de septiembre de 2018 que vuelven a considerar que el juicio de suficiencia lleva implícito el de equivalencia y no exigen una mención explícita al respecto.
- tratándose de un poder societario no inscrito deben reseñarse todos los elementos del poder (fundamentalmente quien lo otorgó y el cargo que ostenta) para que el registrador pueda calificar su validez. Esta doctrina tiene su origen en la Resolución de 1 de marzo de 2012 que luego ha sido reiterada por muchas otras como la de 25 de mayo de 2017 y extendida con idénticos argumentos al administrador con cargo no inscrito (RR de 29 de septiembre de 2016, 15 de diciembre de 2017 y 18 de septiembre de 2018 y 7 de noviembre de 2018).

b) permitiendo una revisión sobre el fondo del asunto si al registrador le consta por otros medios la insuficiencia del poder. Así tratándose de un poder societario inscrito se considera que es posible acudir al Registro Mercantil como medio auxiliar de calificación para comprobar si el juicio notarial es erróneo (R. 11 de diciembre de 2015). Es cierto que el Centro Directivo no parece estar muy seguro de su doctrina y la suaviza añadiendo que el error debe inferirse con claridad de los datos registrales y que, si no es así, en caso de interpretaciones diferentes, ha de prevalecer el juicio notarial.

5.5. *Las sentencias del Tribunal Supremo*

Precisamente las sentencias del TS se refieren a dos de los casos, a mi juicio los más importantes, a través de los cuales se ha tratado en los últimos tiem-

pos de minar la eficacia del artículo 98, cuando su interpretación en términos generales ya no podía ser objeto de discusión.

Un poder especial no inscrito es el que dio lugar al proceso judicial que ha terminado con la STS 643/2018 de 20 de noviembre. De todas las formas de restringir la eficacia del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, la que ha tenido más éxito es aquella que, pretendiendo disociar entre la validez y la suficiencia del negocio representativo considera que la primera sí sigue bajo el ámbito de la calificación registral mientras que se reconoce que el juicio de suficiencia es exclusivo del notario.

Esta descomposición que debería generar una consecuencia general (que la reseña incorpore siempre los datos del poder que permitan al registrador comprobar su validez) curiosamente sólo opera tratándose de un poder societario que, siendo inscribible en el registro mercantil, no ha sido inscrito. Los poderes inscritos se dice que ya gozan de una presunción de validez derivada, cómo no, de la calificación realizada por el registrador mercantil y por ello no es necesario introducir los datos necesarios para que el registrador de la propiedad tenga que comprobar la validez del poder. En los poderes de personas físicas, no inscribibles, en la práctica se guarda silencio y, aunque se trate de una sustitución o de un poder conferido por los padres en nombre del hijo menor, no es necesario en la reseña introducir los datos que permitan comprobar la validez al registrador. Esta diferencia de tratamiento, a mi juicio, ya es reveladora de lo forzado de la interpretación: si el juicio de suficiencia notarial genera una presunción de legitimación (y así ocurre en los poderes de personas físicas), debe comprender necesariamente una comprobación sobre la validez del poder y si esta comprobación no es revisable en unos casos tampoco debe serlo en otros porque el artículo 98 no distingue entre un supuesto u otro.

En este sentido se pronuncia el TS que, después de reiterar la doctrina sentada en 2011, afirma que “a los efectos de precisar el alcance de la calificación registral no cabe distinguir, como pretende la recurrente, entre el primer negocio de apoderamiento y el posterior acto de disposición, para sujetar el primero al ámbito de la calificación registral previsto en el artículo 18 LH y el segundo al previsto en el artículo 98 de la Ley 24/2001. El juicio que éste último precepto atribuye al notario sobre la suficiencia del poder para realizar el acto o negocio objeto de la escritura... incluye, como hemos visto, el examen de la validez y vigencia del apoderamiento... y, lo que ahora resulta de mayor interés, su corrección no puede ser revisada por el registrador”.

También se desestiman las invocaciones a los artículos reglamentarios (165 RN y 51 RH) pues “como advierte la parte recurrida en su contestación al recurso, de estos preceptos no se infiere que, en estos casos en que uno de los otorgantes actúa en representación de otro, el documento autorizado por el notario deba indicar qué persona y órgano dentro de la entidad otorgó la representación, si su cargo era válido y estaba vigente, y si tenía facultades suficientes para otorgar representación en nombre de la sociedad”.

En cuanto a la STS 661/2018 de 22 de noviembre comienza exponiendo que el objeto del procedimiento no es cuestionar el control judicial del juicio de suficiencia realizado por el notario, que por el cauce adecuado, y a instancia de quien goce de legitimación para hacerlo por ser titular de un interés legítimo afectado, puede ser planteado. Se trata de analizar las competencias registrales y, con respecto a estas, el Alto Tribunal después de reproducir lo declarado en la sentencia de 20 de noviembre termina diciendo que “Esta previsión resulta de aplicación también a los casos en que el poder sobre el que el notario realiza el juicio de suficiencia se encuentre inscrito en el Registro Mercantil, y por lo tanto puede ser consultado por el registrador que califica. Como el registrador no puede revisar en su calificación la corrección del juicio de suficiencia, resulta irrelevante que esa pretendida revisión del registrador se funde en la información que respecto del poder aparece en la hoja registral de la sociedad representada por el otorgante”.

Este principio de actuación dentro del ámbito de las competencias fijadas por el artículo 98 se reitera para rechazar los otros motivos del recurso “En primer lugar, porque el alcance de la revisión del registrador viene ceñido por el art. 98 de la Ley 24/2001, sin que al amparo del art. 18 LH pueda ampliarse el alcance de esta función calificadora. Y, en cualquier caso, el invocado principio de oficialidad probatoria del art. 78.1 de la Ley 30/1992 opera en el ámbito de la labor o función que sea competencia del órgano administrativo, pero lógicamente no respecto de lo que exceda de dicho ámbito, como es el caso”.

5.6. Conclusiones

Son tres las sentencias del TS que reconocen que la valoración de la suficiencia de las facultades de representación el otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante sin que el registrador pueda revisar dicho juicio en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere. Esta conclusión se impone aún en el caso en que el registrador pueda por otros medios (como la consulta al registro mercantil si el poder está inscrito) acceder al contenido del poder. Y el juicio notarial se extiende, como lógico presupuesto del análisis de la suficiencia de las facultades representativas, a la comprobación de la validez del poder y su constancia en documento auténtico pues de lo contrario no sería posible que la reseña incorporase un juicio positivo de la actuación del apoderado. Por ello, la doctrina que emana de la sentencia 643/2018 resulta aplicable a los poderes generales o cargos societarios no inscritos, y tampoco en estos casos será necesario incluir en la reseña una referencia a los elementos de la concesión de poder o acuerdo de nombramiento de cargo que permitan calificar su validez. Lo mismo cabe decir de los poderes extranjeros, en los que el juicio de suficiencia comprende, como ya viene diciendo la DGRN, el juicio de validez y equivalencia. Y, aunque la sentencia no se refiere a estos casos, sus claros términos deberían suponer

una rectificación de la doctrina que exige completar la reseña del juicio de suficiencia con datos adicionales del contenido del poder, como que en el mismo se salva la autocontratación o se incluye la autorización para suscribir la expresión manuscrita u otro acto concreto.

Como ocurre en el juicio de capacidad la actuación del registrador debe circunscribirse a la comprobación formal de inclusión en el documento de la mención del juicio notarial. No es necesario que esa mención contenga una motivación ni incorpore datos adicionales más allá de la referencia a los datos identificativos del poder (notario autorizante, fecha de la escritura y número de protocolo). La calificación del fondo del asunto, si el otorgante tiene capacidad y facultades para representar al poderdante, corresponde en exclusiva al notario que es el único responsable por ambos juicios. Y todo aquello de lo que no responde el registrador debe quedar fuera del ámbito de su calificación.

Este fue el criterio introducido por el legislador en 2001 que con grandes dificultades se ha ido imponiendo en la práctica. Es una modificación del sistema registral pero no una derogación del mismo. El registrador mantiene competencias que le permiten, en otros aspectos, comprobar la validez del acto dispositivo. Por eso la Ley 24/2001 no tenía que derogar ni modificar el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ya que este precepto no sienta un principio absoluto, por cuanto reconoce las existencia de unos límites, ámbito y extensión de la calificación. El tan citado artículo 18 de la LH limita la calificación registral de las escrituras a lo que “resulte de ellas y de los asientos del Registro” aunque de esto último suelen olvidarse con frecuencia los tratadistas hipotecarios. Ello abre la puerta a su modalización por otras disposiciones como el artículo 98. Si el título sólo tiene que incorporar una reseña del poder y el juicio de suficiencia notarial, la calificación, que debe verificarse con arreglo a lo que resulta del título, se limitará a comprobar su correcta inclusión en la escritura.

Y ello debe admitirse con independencia de la opinión que al intérprete le merezca la norma su oportunidad o bondad. La experiencia práctica demuestra que los notarios llevamos cerca de veinte años controlando en exclusividad la actuación de los apoderados y no se ha derrumbado la seguridad del tráfico jurídico en España. Apenas existen casos de impugnación de escrituras por la insuficiencia del poder y los pocos casos que llegan a los Tribunales suelen resolverse confirmando la actuación notarial. Siempre podrá alegarse que la revisión registral hubiese evitado esos mínimos supuestos en los que el notario se equivocó, pero frente a ello podría contra argumentarse que son más los casos de anulación de negocios inscritos por otras causas.

Todos estamos de acuerdo en evitar la inscripción de negocios que puedan tener alguna tacha de ilegalidad, pero hemos de ser conscientes de los medios de los que disponen notarios y registradores para poder enjuiciar la legalidad del negocio. Existen vicios del negocio que normalmente escapan del control notarial y registral (v.gr. el fraude de acreedores, la simulación y reserva mental, el perjuicio legítimo en una donación...). Por ello sólo los jueces y tribunales en el marco de un procedimiento judicial basado en los

principios de audiencia y contradicción pueden hacer una revisión total de todos los elementos del negocio. Y la literalidad del artículo 18 de la LH no puede utilizarse como un mantra para extender las competencias registrales más allá de lo que dice el propio artículo y contra la propia realidad de los hechos porque no estando presente el registrador en el momento de prestación del consentimiento siempre le será ajeno el control del elemento fundamental de todo negocio jurídico.

Mientras tanto, si queremos mejorar la seguridad del sistema, me parece que el camino no debe ser enfrentar título y calificación. La calificación precisa de un soporte auténtico y será más extensa cuanto más completo sea el documento sobre el que se proyecta. La forma correcta de ampliar el ámbito de la calificación es el reforzamiento del título no su debilitamiento para luego hacer necesaria su integración a través de la actividad del registrador. Las nuevas tecnologías ofrecen poderosos instrumentos para incrementar la seguridad del negocio procurando a las partes la más completa información sobre todos los elementos del mismo. Los ciudadanos necesitan certezas en el momento de la formalización del negocio cuando se entregan las prestaciones por las partes y los funcionarios involucrados deben colaborar para satisfacer esta aspiración, no enfrentarse para recabar un papel que les dote de mayor importancia en el proceso de contratación. En este sentido los acontecimientos que se han producido con relación al artículo 98 deberían constituir un recordatorio de una actuación obstruccionista que esperemos no vuelva a repetirse.

6. Bibliografía

- Álvarez-Sala Walther, Juan (La) representación y la calificación notarial / Juan Álvarez-Sala Walther - Madrid: Consejo General del Notariado, 2003. 103 p.; 24 cm. - (Escritura pública. Ensayos de actualidad).
- Dominguez Calatayud, Vicente Comentario a la primera sentencia dictada sobre el alcance del art. 98 de la Ley 24/2001 en materia de calificación registral de la suficiencia del poder de representación / por Vicente Domínguez Calatayud En: *Boletín del Colegio de Registradores de España*: (91). febrero-marzo 2003. - p. 475482. - 8933.
- Guilarte Gutiérrez, Vicente A vueltas con el juicio de suficiencia notarial de las facultades representativas y los pronunciamientos jurisdiccionales / Vicente Guilarte Gutiérrez En: *Revista Aranzadi Doctrinal*: (7). noviembre 2009. - p. 19-36. - 18745-BCNM.
- Hernandez-Tavera, Valeriano (La) competencia exclusiva del notario para verificar la suficiencia de las facultades de los apoderados / Valeriano Hernández-Tavera y Francisco Martín-Caro En: *Revista Aranzadi Doctrinal*: (6). junio 2015. - p. 255-270. - 29583.
- Martínez Sanchiz, José Ángel. Sobre el título inscrito. En: *Revista Jurídica del Notariado*: N° 33 (enero-marzo 2000) - p. 137-180.