

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8056 *Resolución de 31 de mayo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca, por la que se suspende una inscripción de rectificación solicitada.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca, don Joaquín Cortes Sánchez, por la que se suspende la inscripción de rectificación solicitada.

Hechos

I

Por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, se autorizó el día 22 de diciembre de 2016 escritura por la que el liquidador de la sociedad «Marhejo Cala Llombards, S.L.», don J. D. S., elevó a público los acuerdos de disolución y liquidación adoptados en junta universal y por unanimidad el día 19 de diciembre de 2016.

De la certificación expedida por el liquidador de la sociedad resulta lo siguiente:

«(...) Cuarto.

Se acuerda facultar al liquidador de la Sociedad, Don J. D. S., para comparecer ante Notario y elevar a público los presentes acuerdos, otorgando para ello las escrituras públicas correspondientes (incluso de subsanación, aclaración o rectificación), así como para realizar cuantas actuaciones sean precisas o convenientes para la plena eficacia de los acuerdos aunque al hacerlo incida en la figura jurídica de la autocontratación, exista doble o múltiple representación y/o contraposición de intereses y/o para otorgar un poder especial a favor de los abogados del Bufete de Abogados M. Henning y Asociados S.L. con Número de identificación fiscal (...) y domicilio social en (...):

Don/Herr P. P. M. F., mayor de edad, de nacionalidad española (...).

Doña/Frau M. E. M. A., mayor de edad, de nacionalidad española (...).

Doña/Frau A. P. D., mayor de edad, de nacionalidad alemana (...).

Para que cada uno de los apoderados, a solas e indistintamente, podrá comparecer ante Notario y elevar a público los presentes acuerdos, otorgando para ello las escrituras públicas correspondientes (incluso de subsanación, aclaración o rectificación), así como para realizar cuantas actuaciones sean precisas o convenientes para la plena eficacia de los acuerdos aunque al hacerlo incida en la figura jurídica de la autocontratación, exista doble o múltiple representación y/o contraposición de intereses.»

La escritura fue objeto de presentación en el Registro Mercantil de Mallorca el día 22 de diciembre de 2016, si bien el asiento de presentación caducó, por causas que no afectan a la presente, en fecha 12 de abril de 2017.

La escritura se presentó nuevamente en el Registro Mercantil el día 22 de febrero de 2018 junto con escritura de rectificación autorizada por el propio notario el día 9 de febrero de 2018. En esta escritura, compareció doña A. P. D., mayor de edad, de nacionalidad alemana, interviniendo en representación de la sociedad «Marhejo Cala Llombards, S.L.». De la escritura pública resultaba que: «Ejerce esta representación en

virtud de poder especial otorgado por acuerdo de la Junta General Universal de fecha 19 de diciembre de 2016, cuyos acuerdos fueron elevados a público en la escritura que se rectifica por la presente». En la escritura se protocolizaba nueva certificación de los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad en la fecha expresada, certificación que, en lo que ahora interesa, era idéntica a la que se protocolizó en la escritura rectificadora salvo en lo relativo al lugar de celebración de la junta general.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 231/2106.
F. presentación: 22/02/2018.
Entrada: 1/2018/2.920,0.
Sociedad: Marhejo Cala Llombards SL.
Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María.
Protocolo: 2016/1297 de 22/12/2016.

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Presentada nuevamente copia del precedente documento por procedimientos telemáticos, se observan los siguientes defectos, que ya fueron indicados en la nota de calificación inicial que se efectuó de este documento en fecha 10 de enero de 2017, remitida por procedimientos telemáticos al notario autorizante, relativos a:

- en la diligencia de expedición de copia consta que su remisión a este Registro es a los únicos efectos de la práctica del asiento de presentación, no de su inscripción.
- los acuerdos contenidos en el precedente documento han de inscribirse en virtud escritura pública -art. 95 r.m.-, y por lo tanto, no puede procederse a la inscripción de los mismos en virtud de la "copia simple" a presentada.
- falta efectuar la previa provisión de fondos para la publicación en el Borme de los actos que, en su caso, se inscriban en este registro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426,1, del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone que: "a falta de la oportuna provisión tendrá la consideración de defecto subsanable."
- el artículo 54,1 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y A.J.D. - texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, dispone que: "ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en oficina o registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria.". Por su parte el artículo 86,1 del r.r.m., dispone que "no podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda la inscripción".-En su consecuencia, falta acreditar la previa autoliquidación del presente documento (Sent. del T. Supremo de 26 de enero de 2015).-Este defecto tiene el carácter de subsanable.

2. Y en cuanto al defecto de "aclarar el lugar de celebración de la junta", reseñado en las anteriores notas de calificación de este registro, ha quedado subsanado con la

escritura de rectificación de fecha 9 de febrero de 2018 que igualmente ahora se ha presentado por procedimientos telemáticos, si bien, en cuanto a ésta última se observa: que la compareciente, doña A. P. D., no puede otorgar la escritura de rectificación en virtud del poder que se cita, esto es, el otorgado por acuerdo de la junta de 19 de diciembre de 2016, por cuanto en dicha junta se facultó al liquidador único, don J. D. S., para otorgar un poder especial a favor, entre otros, de la Sra. D., lo que no resulta de los documentos presentados.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del r.r.m. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro.

En relación con la presente calificación: (...)

Palma de Mallorca, a 12 de marzo de 2018 El registrador.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, interpuso recurso el día 19 de marzo de 2018 en virtud de escrito en el que alegó, resumidamente, lo siguiente:

Primero.

Que sólo es objeto de recurso el señalado con el número 2, ya que el señalado con el número 1 será objeto de subsanación.

Segundo.

Que el error que resultaba en la primera escritura se subsanaba con una nueva certificación expedida por el mismo liquidador y que entregaba al notario doña A. P. D., considerándose oportuno consignar su presencia y recoger su firma en el documento de rectificación; Que esta escritura de rectificación debió tal vez ser titulada como acta, pues no contenía ninguna declaración de voluntad por parte de la otorgante, limitándose a aportar un documento; Que, en estas circunstancias, más que una apoderada la compareciente debe ser considerada como un mero «nuntius», mensajero o recadero, puesto que su papel se limitaba a entregar una nueva certificación al notario. Parece así totalmente exagerado exigir la exhibición de un poder, se supone que notarial, dado el limitado alcance de su intervención; Que la rectificación la podía haber llevado a cabo el mismo notario, ya que lo que se rectificaba era un error material o de hecho y de acuerdo con el artículo 153 del Reglamento Notarial, y Que, como la naturaleza de los hechos es la que resulta de su contenido real, se puede entender fácilmente que la escritura erróneamente titulada escritura de rectificación es un acta de subsanación del artículo 153 del Reglamento Notarial.

IV

El registrador emitió informe el día 4 de abril de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1280 del Código Civil; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 17 bis de la Ley del Notariado; 160 y 202 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 1, 144, 153 y 166 del Reglamento Notarial; 94.1.5.º, 95.1, 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de

31 de octubre de 1989, 28 de febrero y 26 de noviembre de 1991, 1 de marzo de 1993, 19 de julio de 2011, 13 y 27 de febrero, 1 y 8 de marzo, 1 de junio y 6 de noviembre de 2012, 9 de enero, 12 y 28 de junio y 23 de septiembre de 2013, 22 de febrero y 9 de julio de 2014, 20 de octubre de 2015 (2.ª) y 25 de abril (2.ª) y 26 de mayo de 2016.

1. De los dos defectos señalados por el registrador en su resolución de calificación, el notario recurrente sólo impugna el segundo de ellos acotando así lo que ha de constituir el objeto de la presente.

Otorgada en su día escritura de elevación a público de acuerdos sociales de disolución y de liquidación, la certificación del acta que se protocoliza contiene, además, el acuerdo no elevado a público en dicha escritura de autorizar al liquidador para otorgar poder a favor de personas determinadas con la finalidad de: «... comparecer ante Notario y elevar a público los presentes acuerdos, otorgando para ello las escrituras públicas correspondientes (incluso de subsanación, aclaración o rectificación)...».

La escritura fue objeto de calificación negativa por motivos que no son objeto de la presente. Ahora, es nuevamente presentada junto a escritura de rectificación en la que se protocoliza nueva certificación de los acuerdos en su día adoptados. La escritura de rectificación es otorgada por una de las personas a quienes el acuerdo de la junta a que se refiere el párrafo anterior autorizaba al liquidador a conceder poder. El compareciente actúa, según resulta de la escritura: «(...) en virtud de poder especial otorgado por acuerdo de la Junta General Universal de fecha 19 de diciembre de 2016, cuyos acuerdos fueron elevados a público en la escritura que se rectifica por la presente».

El registrador rechaza la inscripción porque no se justifica la existencia del poder a que se refiere la intervención de la escritura de rectificación. El notario autorizante recurre en los términos que se ha hecho constar en los «Hechos».

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección General tiene una asentadísima doctrina (por todas, Resolución de 10 de octubre de 2016), sobre el modo en que las exigencias legales sobre acreditación de la representación deben plasmarse en el instrumento público, doctrina que por ser de plena aplicación a la presente, no cabe sino reiterar.

De acuerdo a dicha doctrina, hemos de partir del apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que afirma: «en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, 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».

Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo 98 establece que «la reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. 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».

Por su parte, el artículo 166 del Reglamento Notarial, dispone: «En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos 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. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación».

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia de 20 de mayo de 2008, al examinar la legalidad del artículo 166 del Reglamento Notarial, expresó lo siguiente: «Decimotercero.–Impugnación del artículo 166, párrafo primero. «En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada (...)».

De la interpretación de las normas legales que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo (vid. también la Sentencia de 23 de septiembre de 2011) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas Resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes.

Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación de modo que de no resultar cual sea este o no resultar que se trate de documento auténtico, debe rechazar la inscripción.

3. Así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente en el que la compareciente en la escritura de rectificación actúa, de acuerdo a la reseña que realiza el notario autorizante, en virtud «(...) de poder especial otorgado por acuerdo de la Junta General Universal de fecha 19 de diciembre de 2016, cuyos acuerdos fueron elevados a público en la escritura que se rectifica por la presente».

Sin embargo de la escritura que se rectifica no resulta ni una cosa ni la otra por cuanto ni la junta general otorgó poder a favor de la compareciente ni el mismo fue elevado a público en la escritura rectificada. Dejando de lado la cuestión de si la junta puede o no conceder poderes a favor de terceros (cuestión que se resuelve en sentido negativo, vid. Resoluciones de este Centro Directivo de 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991, 13 de octubre de 1992, 1 de marzo y 7 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 2011 y 11 de febrero de 2014), lo cierto es que como resulta de la certificación de los acuerdos de junta, esta autorizó al liquidador designado para comparecer ante notario y otorgar poderes a favor de personas determinadas y con facultades igualmente determinadas. De la escritura rectificada tampoco resulta que el liquidador, en ejercicio de la facultad concedida por la junta general, elevase a público el acuerdo y otorgase efectivamente los poderes a que el mismo se refiere.

Procede en consecuencia, confirmar la calificación.

4. Los argumentos que de contrario alega el recurrente no pueden enervar la conclusión anterior.

Sin necesidad de entrar en el análisis del artículo 153 del Reglamento Notarial y de su limitado ámbito a la rectificación de los «(...) errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales (...)», lo que conlleva una interpretación estricta de su contenido (por todas, Resolución de 5 de septiembre de 2017), lo cierto es que el instrumento autorizado por el notario es una escritura pública. Es precisamente la intervención notarial la prevista legalmente para que los interesados alcancen su interés mediante los «(...) medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar». En el supuesto que da lugar a la

presente el notario autorizante ha considerado oportuno que el medio adecuado consistía en una escritura pública, instrumento público al que el ordenamiento jurídico dota de fuertes efectos legales (artículo 17 bis de la Ley del Notariado), lo que justifica que su elaboración esté sujeta a severos requisitos, entre ellos, los que se refieren a la actuación representativa.

Es cierto que esta Dirección General ha reiterado (vid. Resoluciones de 4 de noviembre de 2000, 19 de octubre de 2011, 5 de mayo de 2015 y 13 de julio de 2017), que la denominación que se atribuya a un determinado documento notarial no desvirtúa la verdadera naturaleza de éste, que debe calificarse en atención a su contenido y no al nombre que se le haya dado. Ahora bien, no lo es menos que en el supuesto de hecho el objeto de la rectificación ha sido precisamente salvar la calificación negativa de la escritura pública primeramente presentada, como no lo es menos que en el vehículo seleccionado la compareciente actúa en representación de la sociedad, que lo hace alegando un título representativo, que el notario autorizante ha dado fe de conocimiento y capacidad y que la rogación de inscripción se hace en los términos que resultan de la certificación incorporada al documento de rectificación. Finalmente, el notario da fe de haber leído el documento a la compareciente, que encontrándolo conforme lo aprueba y firma, lo que claramente constituye un contenido y estructura propio de las escrituras públicas (vid. Resolución de 13 de julio de 2017).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 31 de mayo de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.