

**CIRCULAR 4/2020 DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
SOBRE EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE,
DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU
INTERNACIONALIZACIÓN**

La Ley de Emprendedores de 27 de septiembre de 2013 contiene el artículo 41 del siguiente tenor literal:

“Los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada podrán también ser conferidos en documento electrónico, siempre que el documento de apoderamiento sea suscrito con la firma electrónica reconocida del poderdante. Dicho documento podrá ser remitido por medios electrónicos al Registro que corresponda.”

Coincidiendo con la declaración del Estado de Alarma el Colegio Nacional de Registradores ha impulsado un servicio para la inscripción en el registro mercantil de poderes consignados en documentos privados electrónicos bajo el supuesto paraguas del citado artículo 41 de la Ley de Emprendedores de 27 de septiembre de 2013, casi siete años después. Se ha seguido una vía de hecho que tergiversa claramente lo dispuesto en dicho artículo. En efecto:

Este precepto forma parte de un capítulo atinente a “*La simplificación de las cargas administrativas*”, contexto que delimita su ámbito de aplicación.

El principio cardinal sobre el que se instrumenta aparece en el artículo 37 de la propia Ley, que con el antetítulo “*simplificación de cargas administrativas*” establece que:

“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias creen nuevas cargas administrativas para las empresas eliminarán al menos una carga existente de coste equivalente.”

De ahí que, cuando se establezca la carga de inscribir los poderes en el Registro Administrativo que corresponda, se libere al interesado de los costes asociados al necesario otorgamiento de la escritura pública y de la inscripción en el registro mercantil.

El artículo 41 se refiere exclusivamente a poderes para actuar ante la Administración, objeto de inscripción en Registros Administrativos. Y, como ocurre con los poderes para pleitos o los relativos a actos concretos, quedan exceptuados de la inscripción obligatoria en el registro mercantil.

El artículo 41 abría así la puerta a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico y Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, que, al regular los registros electrónicos de poderes, extiende el sistema del artículo 41, relativo a la Administración Estatal, a las Administraciones Locales. Por supuesto, la inscripción de estos poderes está a su vez exceptuada de la inscripción en el mercantil, que no resulta obligatoria.

Es importante retener, por tanto, que la inscripción en tales Registros Administrativos no exige la inscripción de los citados poderes en el registro mercantil: queda suprimida esa carga administrativa. Por tanto, dicha inscripción es innecesaria y genera un coste para las empresas carente de justificación alguna.

Este es el sentido de la norma. Congruentemente, para todos los demás poderes sigue vigente el artículo 18 del Código de Comercio y se requiere escritura pública.

El artículo 41 de la Ley de Emprendedores, centrado en los poderes para actuar ante la Administración, no se ocupa de la inscripción de otros poderes, ni aborda cuál deba ser el título inscribible en el registro mercantil.

Sigue siendo necesaria la escritura pública (artículo 18 del Código de Comercio) con las excepciones establecidas en los artículos 142 y 192 del RRM, cuando admiten la inscripción de los nombramientos mediante una certificación de la Junta General o, en su caso, del Consejo con firmas legitimadas notarialmente. Legitimación notarial que no puede ser sustituida por la firma electrónica reconocida, primero por carecer de fundamento normativo, y segundo porque no son equivalentes: la legitimación notarial representa un plus respecto de firma electrónica, incluida la cualificada, desde el momento en que es manifestación de una función pública, como es la notarial¹.

La extralimitación es notoria. Al margen de los preceptos indicados, cabe agregar otros muchos que son obviamente circunvalados.

El artículo 2.3 del Reglamento EIDAS es claro a este respecto: *“El presente Reglamento no afecta al Derecho nacional ni de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativas a la forma”*-

En este mismo sentido, la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Información, contiene dos preceptos que corroboran lo expuesto: El artículo 5.1 que excluye de su ámbito a notarios y registradores sometidos a su normativa específica; y el artículo 23.4 cuyo último párrafo acota: *“Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas se registrarán por su legislación específica”*.

Y la disposición adicional primera de la Ley 59/2003, de firma electrónica agrega: *“Lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que correspondan a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la Ley”*

¹ Así se sostuvo por el Tribunal Supremo en el FD 6º de su Sentencia de 25 de mayo de 2010 (rec. casación nº 5800/2006; Pte. Sr. Herrera Pina).

Desde luego, el artículo 41 se ha de interpretar armónicamente con estas leyes, “*leges legibus conciliabilis iura*” y no constituye, claro es, “*legislación específica*” de aplicación a notarios o registradores.

En resumidas cuentas, resulta que la patrocinada inscripción de poderes electrónicos en el registro mercantil carece de fundamento y se vale paradójicamente de una norma que en realidad pretende lo contrario, eximir de la carga de inscribir en dicho registro los poderes para actuar ante la Administración.

Hay que insistir en el hecho de que esos poderes electrónicos no mutan su naturaleza privada, ni por su condición electrónica ni por el hecho de la inscripción. De lo primero dan cumplido testimonio el artículo 3. 6 de la mentada Ley de Firma Electrónica y el artículo 17 bis de la Ley del Notariado; de lo segundo el artículo 20 del Código de Comercio y su antecedente el artículo 33 de la Ley Hipotecaria: “*La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*” o, en inobjetables palabras de Morell, registrador que fue de la propiedad, “*supeditada la inscripción al título...ni quita ni añade al título*”. El documento privado electrónico no pierde su condición por el hecho de la inscripción.

Y, en consecuencia, está sujeto a las normas que regulan los documentos privados: así, el artículo 1225 del Código civil: limitada su eficacia a las partes, entre el particular y la Administración; y el artículo 1230 del mismo texto legal, en la medida en que pretendan modificar lo establecido en escritura pública, no producen efecto contra tercero, sin que tenga esta condición la Administración concernida por la inscripción, ya que ésta se realiza en un marco de concertación en el ámbito de la relación jurídico administrativa existente entre las partes.

El carácter de documento privado del poder electrónico del artículo 41 de la Ley de Emprendedores y la falta de control notarial del mismo, utilizado fuera del ámbito de las relaciones con la Administración, que tiene sus propios y eficaces mecanismos de supervisión, supondría también un riesgo enorme de utilización de esa vía para el fraude fiscal y la comisión de delitos de blanqueo de capitales, además de una quiebra de las garantías que ofrece nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva.

Debe recordarse asimismo que la inscripción de tales documentos privados, aparte de su falta de fundamento, comporta indudables ineficiencias jurídicas. Cabe destacar, entre otras, las dos siguientes:

1º.-La carencia de fuerza ejecutiva de aquellos títulos en los que una de las partes comparezca en virtud de esos poderes electrónicos que se inscriben sin las garantías consustanciales al documento público en torno a la identidad, capacidad y consentimiento libremente prestado; y que por ser privados privarían de efectos ejecutivos al documento público que les diera entrada, con la consiguiente responsabilidad por parte del notario.

2º.-La impropiedad de las certificaciones registrales para acreditar tal representación. Primero, por referirse a una inscripción nula, sin que se pueda subvertir esta consecuencia con la declaración establecida en el artículo 20 de que el registro se presume exacto y válido, que no cabe extraer de tales documentos privados y que pone en entredicho la seriedad del registro mercantil al proclamar unos efectos improcedentes; y, en segundo lugar, por la sencilla razón de que solo acreditan su fecha, sin la unicidad y continuidad de la copia notarial en el tiempo, que no requiere de confirmaciones sucesivas, sino simplemente su exhibición con el consiguiente ahorro de costes. El certificado solo justifica la vigencia del poder hasta la fecha de su expedición lo que obliga a su renovación continua con los riesgos y costes que ello conlleva.

En CONCLUSIÓN:

Los poderes regulados en el artículo 41 de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013), suscritos con firma electrónica, no dejan de ser documentos privados aun cuando hayan sido indebidamente inscritos en el registro mercantil.

El número 5 del artículo 1280 del Código Civil impide a los notarios admitir el otorgamiento de documentos en base a poderes que consten en documento privado. Además, la ley 24/2001, en su artículo 98 requiere que el notario compruebe la suficiencia de la representación con base a un documento auténtico.

En consecuencia, se dispone que los notarios no pueden admitir dichos poderes en la autorización o intervención de los documentos notariales.

Madrid, 4 de junio de 2020