

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR009958

RESOLUCIÓN de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad interino de Zaragoza n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

*(BOE de 14 de marzo de 2020)***SUMARIO:**

Registro de la Propiedad. Apoderamiento mutuo entre cónyuges, de los que el marido es notario, que, posteriormente otorga poder, «ante mí y por mí», para vender una finca. Juicio de suficiencia. Incompatibilidad.

Para emitir juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación, y por lo tanto será de su exclusiva responsabilidad; y al registrador compete calificar la existencia de la reseña del poder, del juicio notarial de suficiencia y su congruencia con el negocio jurídico que se realiza, y por lo tanto, no le corresponde hacer un juicio de suficiencia paralelo. **En este expediente, lo que se cuestiona no es el juicio de suficiencia, sino la incompatibilidad en la autorización** del poder otorgado por el propio notario poderdante en cuanto a la representación de su esposa. El **régimen de incompatibilidades y abstenciones** ha evolucionado desde una posición inicial de absoluta prohibición hasta la regulación actual, mucho más permisiva y racional, manteniendo la incompatibilidad en los casos evidentes de conflictos de intereses personales del propio Notario, y en los conflictos de intereses con su círculo de allegados o familiares teóricamente más cercanos o afines en el acto jurídico que pretende autorizar, pero permitiendo su actuación en los casos en que a priori no se darían conflictos de intereses con terceros, como pueden ser los documentos en los que es el propio Notario el potencial perjudicado, o documentos unilaterales del propio Notario, y lo mismo sucede en la esfera patrimonial privada del Notario.

En casos como el presente, el notario no está investido de una posibilidad de apreciar la existencia o no de un **potencial conflicto de intereses**, algo que ha de ser evitado por quien se encuentre en la posición de autorizar un instrumento afectado por esa simple posibilidad, dado que eso le convertiría en juez y parte, algo que se aviene muy mal con la imparcialidad y rigor exigibles a toda actuación notarial, y sin que ello pueda ser salvado por esa ratificación o consentimiento -ulteriores- ante otro notario. La sanción por incumplimiento de la incompatibilidad establecida en la propia Ley del Notariado -la nulidad de los instrumentos públicos que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice- señala que las exigencias de rigor y prudencia, esenciales a toda actuación notarial, se redoblan. En suma, la única posibilidad de actuación «por mí y ante mí» es la que taxativamente se indica en los preceptos de la normativa notarial.

Los extremos anteriores caen dentro del ámbito de la calificación registral, por lo que la misma no se ha extralimitado en el presente caso. La actuación notarial, que, una vez cerrado el iter documental, desembocó en la calificación recurrida, es desaconsejable en una correcta praxis de la función notarial, pues es exigible a todo notario una determinada conducta -de abstención en casos como el presente-, prestando especial atención a los supuestos que, sin estar formalmente incluidos en el ámbito de la norma, estén materialmente comprendidos en su espíritu, así como a la potencial percepción social de una falta de imparcialidad o neutralidad en su actuación notarial. Así pues, siendo la esposa del autorizante la que le otorgó a él mismo facultades y derechos, el notario debe considerarse incompatible para autorizar la sustitución del poder actuando él mismo como sustituyente. Además, **en el empleo de la fórmula de «ante mí y por mí»** en la autorización de poderes, una vez aceptados estos por el apoderado, generan obligaciones de rendición de cuentas que no se pueden obviar, por lo que **los notarios autorizantes deben extremar el celo y cuidado** en las citadas autorizaciones, así como la pulcritud en su utilización, en aras de asegurar la imparcialidad y neutralidad de toda actuación notarial, pues aunque en algunos casos la literalidad lo permita, la prudencia debe informar el empleo de estas fórmulas.

PRECEPTOS:

Ley de 28 de mayo de 1862 (Notariado), arts. 22 y 27.



Ley Hipotecaria de 1946, arts. 19 bis, 313, 322, 323 y 326.
Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 139.

En el recurso interpuesto por don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, notario de Getxo, contra la calificación del registrador de la Propiedad interino de Zaragoza número 2, don Manuel Matas Bendito, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 19 de junio de 2019 por el notario de Zaragoza, don Fernando Giménez Villar, se otorgó compraventa de cierta finca registral por don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente y doña E. M. S. P., como vendedores, que fueron representados por doña M. C. M. S. P.

Interesa a efectos de este expediente que el matrimonio integrado por don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente y doña E. M. S. P. estaba representado por doña M. C. M. S. P., en virtud de poder con facultades especiales para la venta de la finca, autorizado por el mismo don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, como notario de Getxo, el día 11 de junio de 2019. Este poder con el que se representaba al matrimonio citado estaba autorizado por el mismo notario don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, «ante mí y por mí», de manera que, además de hacerlo en su propio nombre y derecho, lo hacía, a su vez, en representación de su esposa, doña E. M. S. P., mediante poder general ante el notario de Santurce, don Juan Luis Ramos Villanueva, de fecha 14 de noviembre de 1984; en el poder de 11 de junio de 2019, referido al juicio de suficiencia del poder de fecha 14 de noviembre de 1984, se hacía constar lo siguiente: «(...) que expresamente se me facultó para vender bienes inmuebles y otorgar poderes con las facultades que detalle. A mi juicio considero suficientes las facultades representativas acreditadas por el poder referido para los actos y contratos a que el presente instrumento se refiere, manifestando que no ha variado la capacidad jurídica de mi representada».

El poder de fecha 11 de junio de 2019 era específico para la venta de la finca objeto de la escritura de compraventa. Traslado a papel de la copia telemática del mismo se incorporaba a la citada escritura. El juicio de suficiencia que se realizaba en la escritura de compraventa, de fecha 19 de junio de 2019, era el siguiente: «A mi juicio son suficientes para el otorgamiento de esta escritura en todas y cada una de sus partes».

II

Presentada el día 19 de junio de 2019 la referida escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 2, el día 17 de julio de 2019 se presentó de nuevo con las liquidaciones impositivas oportunas. El día 24 de julio de 2019 se comunica por fax al presentante una advertencia de defectos «sin constituir nota de calificación». Y, definitivamente, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documento: Protocolo 1976/2019 de don Fernando Giménez Villar, Notario de Zaragoza.

–Entrada: 1451/2019

–Asiento: N.º 1025 del diario 132.

Nota de calificación.

Don Manuel Matas Bendito, Registrador interino del Registro de la Propiedad de Zaragoza Dos, previa calificación del precedente documento, conforme a los artículos 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, por la presente nota hace constar, que ha resuelto no practicar los asientos solicitados por los siguientes motivos que lo impiden y en base a:

Hechos y fundamentos de Derecho:

Defecto: Existe incompatibilidad en la autorización del poder otorgado por el propio notario poderdante en cuanto a la representación de su esposa.



Hechos: En la escritura de compraventa calificada comparece una apoderada en representación de los cónyuges vendedores, uno de ellos, a su vez, notario autorizante del poder legitimador de aquella.

En dicha escritura de poder, el notario autorizante y al mismo tiempo poderdante, comparece en representación de su esposa en virtud de otro poder otorgado ante notario distinto, emitiendo el correspondiente juicio de suficiencia de facultades representativas, para conceder poder especial, en su nombre y en el de su esposa, con diversas facultades en relación a la finca 17517 de Zaragoza n. 2.

Fundamento: Conforme al artículo 139 del Reglamento Notarial, “Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignent derechos a su favor, pero sí las que en sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma “por mí y ante mí”.

En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias.

No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero.

Exceptuase el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores-partidores y los poderes para pleitos a favor de los mencionados parientes.

El notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales”.

Como señala la reciente Resolución de 10 de julio de 2019 “(...) No se diga que el notario en casos como el presente está investido de una posibilidad de apreciar la existencia o no de un potencial conflicto de intereses, algo que por lo demás ha de ser evitado por quien se encuentre en la posición de autorizar un instrumento afectado por esa simple posibilidad: sencillamente porque eso le convertiría –valga la expresión– en juez y parte, algo que se aviene muy mal con la imparcialidad y rigor exigibles a toda actuación notarial, y sin que ello pueda ser salvado por esa ratificación o consentimiento –ulteriores– ante otro notario. A mayor abundamiento, la sanción por incumplimiento de la incompatibilidad es establecida en la propia Ley del Notariado, cuyo artículo 27 establece expresamente la nulidad de los instrumentos públicos que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice, con lo que las exigencias de rigor y prudencia (esenciales a toda actuación notarial) se redoblan. En suma, la única posibilidad de actuación «por mí y ante mí» es la que taxativamente se indica en los preceptos de la normativa notarial antes transcritos.

Y sin duda, también, los extremos anteriores y a la vista de lo que disponen los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, caen dentro del ámbito de la calificación registral, por lo que la misma no se ha extralimitado en el presente caso. Por lo demás, tampoco es ocioso poner de relieve que la solución adoptada por la legislación notarial guarda analogía que la de la legislación registral, siendo de reseñar el artículo 102 del Reglamento Hipotecario, según el cual «los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos. A estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes (...)”.

Es decir, los supuestos en los que el notario puede autorizar bajo la fórmula “por mí y ante mí” son tasados y regulados por norma imperativa. Como resulta de la Resolución (Sistema Notarial) de 19 de diciembre de 2018 se trata de asegurar la imparcialidad y neutralidad de toda actuación notarial, lo que en el presente caso puede resultar discutible toda vez que es el propio notario vendedor y autorizante del poder en cuya virtud comparece la apoderada quien valora la suficiencia de las facultades conferidas por su esposa en otro poder ante notario distinto, intervención de su esposa que se hace necesaria para transmitir libre de todo gravamen la finca vendida por su esposo, dada la afección legal al derecho expectante de viudedad –art. 280 Código Civil de Aragón-. A esto se añade la posible causa de nulidad del instrumento público ex. art. 27 de la Ley del Notariado, lo que motiva que se trate de una cuestión sujeta a calificación registral conforme al ar.18 de la Ley Hipotecaria.

Para subsanar el defecto podrá presentarse la escritura de poder otorgada por la esposa, o de ratificación de la esposa otorgada ante otro notario.

Para subsanar el defecto podrá presentarse la escritura de poder otorgada por la esposa, o de ratificación de la esposa otorgada ante otro notario.

Contra la presente calificación (...)



Zaragoza, a 7 de agosto de 2019.–El Registrador de la Propiedad».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, notario de Getxo, interpuso recurso el día 23 de septiembre de 2019 en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho (...)

a) Aspectos formales de la “nota de calificación”.

De conformidad con el art 19-bis de la Ley Hipotecaria “la calificación negativa.... deberá ser firmada por el registrador, y en ella habrán de constar las causas impositivas suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo...”.

La calificación que se recurre incumple lo preceptuado por la norma indicada, dado que:

1. Se remite al presentante del documento, en contra del criterio de la D.G., por fax (...)
2. No figura firmada por el Registrador que la dicta.
3. No detalla los recursos que caben contra la misma.
4. No respeta la “estructura propia del acto administrativo”, es decir: no se presenta “ordenada en hechos y fundamentos de derecho”.
5. Insuficiencia de motivación.

Es preciso poner de manifiesto que el rigor que se exige a los documentos públicos notariales (sujetos al exhaustivo control registral), como base fundamental del sistema de seguridad jurídica preventiva vigente en nuestro país, debe exigirse también a las calificaciones negativas de los funcionarios encargados de la llevanza del registro. La fiabilidad y validez de cualquier registro público, depende, aunque no en exclusiva, indefectiblemente de la calidad jurídica de los documentos al mismo presentados y por él publicados. Los usuarios del servicio público registral tienen derecho a recibir y exigir la mayor calidad en la prestación de nuestras respectivas funciones públicas y, particularmente, en la redacción de los documentos autorizados (en este caso, la calificación desfavorable), cumpliendo los requisitos legalmente establecidos.

En este sentido la Res. de la D.G.R.N. de 7-7-2016 (...)

Aunque el Centro Directivo tiene reconocido que la falta o insuficiencia de motivación de la calificación desfavorable no genera indefensión, lo cierto es que ello no puede servir para eludir el imprescindible respeto del equilibrio de las partes en el procedimiento, equilibrio que se quiebra cuando una de ellas se ve obligada a reaccionar contra una calificación negativa insuficientemente argumentada.

En el sentido apuntado alegar, como ocurre en el caso planteado, por toda motivación, que la “imparcialidad o neutralidad de la actuación notarial (la del recurrente)... puede resultar discutible”, o que existe la “posibilidad” de concurrencia de una causa de nulidad del instrumento público que acompaña al que se pretende inscribir calificado (no de este mismo) no parece que constituya la “motivación suficiente” de la que habla el Centro Directivo. Tanto el quebrantamiento de imparcialidad a la que resulta obligado el notario, como la concurrencia de la causa de nulidad a la que se alude han de resultar no solo alegadas, sino debidamente probadas (...)

b) Aspectos sustantivos de la “nota” de calificación.

La registradora [sic], en su calificación, sostiene:

a) Que los casos en los que el notario (ex art. 139 del R.N.) “puede autorizar (documentos) bajo la fórmula “por mí y ante mí” son tasados y regulados por norma imperativa”. Premisa con la que coincidimos plenamente, pero que, como veremos, no se infringe en nuestro caso.

b) Y cita –en apoyo de su tesis–, y en un mero intento de inducir a error, una resolución del Servicio del Sistema Notarial (la de 9 de diciembre de 2018) en la que se sostiene que “en el presente caso” la imparcialidad del notario puede “resultar discutible”, cuando el caso que analiza el Centro Directivo en la resolución citada no tiene absolutamente nada que ver con el planteado en el presente recurso.



Las afirmaciones vertidas por la registradora quedan desvirtuadas por las siguientes alegaciones:

Primera.–Confusión de documentos públicos en la calificación.

El documento que se presenta a inscripción, y por tanto se sujeta a calificación, es la escritura pública de compraventa, no el poder utilizado para su formalización, con independencia de que su existencia pueda o deba ser tomada en consideración a la hora de practicar la inscripción solicitada. La actuación de quien puede cuestionar su parcialidad e incompatibilidad la registradora no es, en consecuencia, la del notario otorgante (y al propio tiempo autorizante) del poder, sino la del que intervino en la formalización de la escritura pública mediante la que se instrumenta la compraventa...

Segunda.–Sobre la no concurrencia de incompatibilidad en el apoderamiento que legitima la actuación del compareciente.

Nuestro Centro Directivo ha recordado recientemente, en su Resolución de 2 de agosto del año en curso, que el criterio que ha inspirado la interpretación de la normativa notarial relativa a incompatibilidades “ha evolucionado desde una posición inicial de absoluta prohibición hasta la regulación actual, mucho más permisiva y racional, manteniendo la incompatibilidad en los casos evidentes de conflicto de intereses con el notario...”.

A ello debe añadirse, porque así lo tiene también declarado la D.G., en la Resolución del Servicio del Sistema Notarial de 19 de diciembre de 2018 (reiterada en las Rs. –Recursos Gubernativos– de fechas 10 de Julio y 2 de agosto del año en curso, que la “ratio legis” de las incompatibilidades notariales tiene su fundamento en la necesidad de impedir que “en los casos evidentes de conflictos de intereses personales del propio notario” actúe el mismo “permitiendo su actuación en los casos en los que a priori no se darían esos conflictos”. Y añade “únicamente surge la incapacidad cuando exista una base sólida para presumir el alejamiento de la obligada imparcialidad y neutralidad que deben regir su conducta profesional...”. Extremos ambos –inexistencia de conflicto de intereses personales del notario autorizante del poder y actuación imparcial– cuyo control compete en exclusiva al Notario que interviene en la formalización del negocio, ex art. 98 de la Ley 24/2001, al que más adelante haremos referencia.

Por otra parte, ¿cabe conflicto de intereses en la autorización de un documento público unilateral, como es el poder? La “imparcialidad” y la “neutralidad”, en cualquier actuación, –y también en el campo del derecho– según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se predica de “quien no participa en ninguna de las opciones en conflicto”. Esto es: por definición la parcialidad en una actuación exige la existencia, como mínimo de dos opciones y un conflicto. En cuanto a qué “opciones” y qué “conflicto”, pueden existir en la autorización por un notario de un poder en nombre propio y en el de su esposa, la respuesta es evidente: ninguno. Esa, y no otra es la razón por la cual el vigente Reglamento Notarial, en su art. 139, apartado 2o, dispone, literalmente que “...los –notarios podrán autorizar (bajo el encabezamiento “por mí y ante mí”)... poderes de todas clases...”, circunstancia que parece pasar por alto la registradora en su nota, pese a que la claridad con que se pronuncia el Reglamento no parece admitir interpretaciones.

Así parece inferirse también de la postura adoptada por nuestro Centro Directivo en la resolución de 11 de Octubre de 2017, al mantener que “según la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2001, la hipótesis del autocontrato, en la modalidad más genuina (y tachada más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (R. de 9 de febrero de 1946), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y representante de otra (S. de 5 de Noviembre de 1956)”. Y añade “en el presente caso no se trata de un contrato oneroso del que se deriven reciprocas obligaciones entre representante y representada en el que por su naturaleza habría intereses contrapuestos...”.

En el supuesto planteado en nuestro caso:

- El poder autorizado por el notario recurrente no contempla “dos manifestaciones jurídicas económicamente contrapuestas”.
- Tampoco recoge un “contrato o negocio jurídico del representante consigo mismo” (puesto que se trata de un negocio jurídico unilateral).
- Y tampoco “se trata de un contrato oneroso del que se deriven reciprocas obligaciones entre representante y representada”.



En consecuencia no existe posibilidad alguna de “conflicto de intereses”, ni tampoco de quiebra de la imparcialidad del recurrente al autorizar el poder cuya validez se cuestiona. Criterio que viene reforzado por las manifestaciones vertidas por el Centro Directivo en su reciente resolución de 10 de Julio de 2019, ya citada, en la que se contempla un supuesto radicalmente diferente del planteado (circunstancia que oculta maliciosamente la registradora en su calificación), al debatirse en la misma la inscripción de una escritura de partición de herencia en la que el notario autorizante ostentaba, al propio tiempo, la condición de heredero, supuesto, este sí, obviamente no permitido por el art. 139 del R.N.

La inexistencia de incompatibilidad, por faltar el presupuesto básico para que ésta se produzca (contraposición de intereses), y por hallarse expresamente habilitado por el Reglamento el notario para otorgar poderes “de cualquier clase”, “por si y ante mí” provoca que tampoco exista ni siquiera la “posibilidad” de que el poder otorgado sea nulo, ex art. 27.1 de la Ley del Notariado, dado que no contiene disposición alguna (de la poderdante) en favor del notario autorizante del instrumento.

A estos efectos debemos destacar que, –aun cuando fuera hipotéticamente factible que en la autorización de un poder personal (si no existiera la legitimación para ello consagrada en el párrafo 2.º del art. 139 del Reglamento Notarial) el Notario hubiera incurrido en parcialidad (e incompatibilidad) la sanción del acto no sería nunca su nulidad, –al contrario de lo que sostiene la registradora en su “nota”– por no hallarse incluido el supuesto entre los contemplados por el art. 22 de la Ley Orgánica del Notariado, sancionados con la nulidad por el art. 27 de la propia Ley.

Tercera.–Juicio de suficiencia.

La registradora de la propiedad obvia la circunstancia de que el notario de la escritura cuya inscripción se pretende, previo examen de la documentación necesaria para ello, que ha tenido a la vista, ha emitido, en los términos anteriormente expuestos, el juicio de suficiencia que le exige el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Formulado el mismo, ¿tiene competencia el registrador para volver a calificar la capacidad de los comparecientes?

De la cuestión se ha ocupado detenidamente el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su S. 643/2018, de 20 de noviembre, en la que destaca: (...) Algo que, nuestro T.S. considera expresamente impuesto por el art. 98.2 de la Ley a que se ha hecho referencia (...)

La aplicación a nuestro caso de la reiterada doctrina jurisprudencial resumida en la sentencia indicada, lleva a la conclusión –inevitable–, de que si el fedatario de Zaragoza autorizante de la escritura de compraventa consideró suficientes las facultades de la apoderada para el negocio que instrumentaba, la registradora se halla vinculada por el juicio de suficiencia emitido, por lo que deberá procederse a la inscripción de la escritura cuestionada».

IV

Mediante escrito, de fecha 16 de octubre de 2019, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe constaba que, subsanado el defecto, la escritura fue inscrita el día 26 de septiembre de 2019, y que la interposición del recurso fue notificada al notario autorizante del título calificado el día 27 de septiembre de 2019, sin que se haya producido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 22 y 27 de la Ley para la Organización y Régimen del Notariado; 19 bis, 313, apartados B).e) y C).b), 322, 323 y 326 de la Ley Hipotecaria; 139 del Reglamento Notarial; la Sentencia del Pleno de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, número 643/2018, de 20 de noviembre, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Servicio del Sistema Notarial) de 28 de marzo de 1996, 28 de noviembre de 2006, 6 de marzo de 2008, 3 de abril de 2013 y 19 de diciembre de 2018, y de (Recursos) de 18 de febrero de 2014, 7 de julio de 2016 y 3 y 10 de julio y 2 de agosto de 2019.

1. Los hechos y documentos que provocan este expediente se suceden cronológicamente por este orden:



- Un matrimonio, de los que el marido es notario, se concede mutuamente poder general ante otro notario, en fecha 14 de noviembre de 1984.

- Con fecha de 11 de junio de 2019, se otorga poder específico para vender una finca, autorizado por el cónyuge notario, «ante mí y por mí», de manera que además de hacerlo en su propio nombre y derecho, lo hace a su vez, en representación de su esposa, mediante el poder general de 14 de noviembre de 1984; referido al juicio de suficiencia sobre las facultades del poder que se emplea, de 14 de noviembre de 1984, se hace constar lo siguiente: «(...) que expresamente se me facultó para vender bienes inmuebles y otorgar poderes con las facultades que detalle. A mi juicio considero suficientes las facultades representativas acreditadas por el poder referido para los actos y contratos a que el presente instrumento se refiere, manifestando que no ha variado la capacidad jurídica de mi representada».

- Mediante escritura de fecha 19 de junio de 2019, se otorgó compraventa de la finca por la representante del matrimonio referido, en la que se incorpora traslado a papel de la copia telemática del poder de fecha 11 de junio de 2019, y en la que el juicio de suficiencia que se realiza es el siguiente: «A mi juicio son suficientes para el otorgamiento de esta escritura en todas y cada una de sus partes».

- La escritura se presenta el día 19 de junio de 2019, y el día 17 de julio de 2019 se presenta de nuevo con las liquidaciones impositivas oportunas. El día 24 de julio de 2019 se comunica por telefax al presentante, una advertencia de defectos «sin constituir nota de calificación»; definitivamente fue objeto de calificación negativa de fecha 7 de agosto de 2019 y notificada el día 8 de agosto de 2019.

El registrador señala como defecto que existe incompatibilidad en la autorización del poder otorgado por el propio notario poderdante en cuanto a la representación de su esposa.

El recurrente hace alegaciones de dos aspectos distintos. En primer lugar, respecto a los aspectos formales de la nota de calificación, sobre la que dice que incumple lo exigido por la Ley hipotecaria: está notificada por telefax que no es un medio idóneo, no figura firmada por el registrador, no detalla los recursos procedentes, no respeta la estructura de un acto administrativo con orden de hechos y fundamentos de derecho, y, tiene insuficiencia de motivación. En segundo lugar, respecto de los aspectos sustantivos: que el documento que se somete a calificación es la escritura de compraventa, no el poder utilizado para su formalización, con independencia de que su existencia sea tomada en consideración para la inscripción; que el poder autorizado por el notario recurrente no contiene dos manifestaciones jurídicas económicamente contrapuestas ni un contrato o negocio jurídico del representante consigo mismo, ni contrato oneroso entre representante y representada, por lo que no hay conflicto de intereses; que se ha emitido juicio de suficiencia del poder por el notario autorizante de la escritura de compraventa, por lo que el registrador se halla vinculado por el mismo y debe proceder a la inscripción.

2. Previamente, en cuanto a los aspectos formales de la nota de calificación, como se desprende del escrito de interposición y resulta del informe del registrador, el documento en base al cual se formula el recurso, aparentemente es el borrador en el que se expresa el defecto señalado y en el que se indica lo siguiente: «1.— Como presentante puede optar: Por retirar el documento sin otra nota que la de haber sido presentado (artículo 427 del reglamento Hipotecario). 2.—Solicitar la extensión de nota de calificación escrita y extendida al pie del documento, con expresión de los hechos y fundamentos de derecho extensos, que justifiquen la no inscripción del documento. (Art.19 bis Ley Hipotecaria). Si no opta por retirar el documento, antes de los quince días siguientes a la presentación del mismo o a su aportación, le será extendida de oficio la nota de calificación». Pero posteriormente, con fecha de 7 de agosto de 2019 y notificada el día 8 siguiente, se emite la nota formal de calificación ante la elección del presentante, y el día 6 de septiembre de 2019 se presenta el escrito de recurso, por lo que aun cuando se aleguen por el recurrente diversos defectos formales, ha tenido conocimiento a través de su representante —que hizo presentación de la escritura— del contenido íntegro de la nota de calificación formal. Por lo tanto, habida cuenta esto, y, que se dan las circunstancias siguientes: que en el borrador se había anunciado el mismo defecto señalado en la nota calificación, que en la citada nota de calificación se cumplen las exigencias formales exigidas por la Ley, y que está suficientemente motivada, se ha de proceder a entrar en la cuestión sustantiva del expediente.

3. Este Centro Directivo ha recordado de forma reiterada la jurisprudencia que emana de la Sentencia número 643/2018, de 20 de noviembre (con criterio seguido por la Sentencia 661/2018, de 22 de noviembre de), que se ha pronunciado en los siguientes términos: «(...) 18 LH, cuyo párrafo primero dispone lo siguiente: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de



toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, 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". Esta previsión normativa, en relación con la calificación de la capacidad de los otorgantes, se complementa con el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en la redacción consiguiente a la modificación introducida por la Ley 24/2005. El precepto regula lo siguiente: (...). En nuestra sentencia 645/2011, de 23 de septiembre, ya declaramos que la posible contradicción que pudiera advertirse entre la previsión contenida en el art. 18 LH, que atribuye al registrador la función de calificar "la capacidad de los otorgantes", y el art. 98 de la Ley 24/2001, que limita la calificación registral a la "reseña indicativa del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este con el contenido del título presentado", debía resolverse dando prioridad a esta segunda norma, que tiene a estos efectos la consideración de ley especial. 3. Conforme a esta normativa, parece claro que corresponde al notario emitir un juicio de suficiencia de las facultades de representación, con una reseña del documento auténtico del que resulta la representación, que debe ser congruente con el negocio jurídico representativo. Y la función del registrador es calificar la existencia de esta reseña y del juicio notarial de suficiencia, así como su congruencia con el negocio jurídico otorgado. La valoración de la suficiencia de las facultades de representación del otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante de la escritura, sin que el registrador pueda revisar dicho juicio de suficiencia, en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere (...) el juicio que este último precepto atribuye al notario sobre la suficiencia del poder para realizar el acto o negocio objeto de la escritura que el notario autoriza incluye, como hemos visto, el examen de la validez y vigencia del apoderamiento (...) y, lo que ahora resulta para mayor interés su corrección no puede ser revisada por el registrador».

Así pues, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 y la reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, «para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación», y por lo tanto será de su exclusiva responsabilidad; y al registrador compete calificar la existencia de la reseña del poder, del juicio notarial de suficiencia y su congruencia con el negocio jurídico que se realiza, y por lo tanto, no le corresponde hacer un juicio de suficiencia paralelo. Pero en la calificación de este expediente, lo que se cuestiona no es el juicio de suficiencia, sino la incompatibilidad en la autorización del poder otorgado por el propio notario poderdante en cuanto a la representación de su esposa.

4. En cuanto a la cuestión de incompatibilidad de las actuaciones de notarios y registradores, como bien señala el registrador, es conveniente recordar la doctrina que este Centro Directivo (Resolución de 10 de julio de 2019 y Resolución (Sistema Notarial) de 19 de diciembre de 2018); dictadas precisamente para resolver la consulta formulada por determinado notario: «(...) La consignación de incapacidades o incompatibilidades por la legislación notarial obedece a la idea de impedir que el Notario, influenciado por motivos afectivos, económicos, sociales, o de otro tipo, autorice documentos públicos o realice actos con momentáneo olvido de la imparcialidad o veracidad que debe resplandecer en toda su actuación; razón por la cual únicamente surge la incapacidad cuando existe una base sólida para presumir el alejamiento de la obligada imparcialidad y neutralidad que debe regir su conducta profesional. La Ley del Notariado en su artículo 22 y el Reglamento Notarial en el Capítulo III, Título III, regulan expresamente el régimen de incompatibilidades diferenciando: el régimen de incompatibilidades por parentesco en el propio cargo o desempeño como Notario (artículo 138); el régimen de incompatibilidades con el desempeño de otros cargos (artículo 141) y la incompatibilidad de la autorización de determinados documentos públicos (artículos 139 y 140), calificadas como causas de abstención. Desde el punto de vista histórico, cabe destacar que el régimen de incompatibilidades y abstenciones ha evolucionado desde una posición inicial de absoluta prohibición hasta la regulación actual, mucho más permisiva y racional, manteniendo la incompatibilidad en los casos evidentes de conflictos de intereses personales del propio Notario, y en los conflictos de intereses con su círculo de allegados o familiares teóricamente más cercanos o afines en el acto jurídico que pretende autorizar, pero permitiendo su actuación en los casos en que a priori no se darían conflictos de intereses con terceros, como pueden ser los documentos en los que es el propio Notario el potencial perjudicado (cancelaciones de garantías, asunción de obligaciones frente a terceros), o documentos unilaterales del propio Notario (poderes personales o su propio testamento). Y lo mismo sucede en la esfera patrimonial privada del Notario, pues, desde una perspectiva histórica, el artículo 140 del Reglamento Notarial supone una generosa tolerancia en el tema de incompatibilidades, y de una postura anterior contraria a la participación de los Notarios en actividades comerciales bajo ningún concepto, ahora se permite a los Notarios formar parte de Sociedades, pero con la limitación de mantener separadas sus actividades comerciales y su función notarial (...). Cuarto.—Sin perjuicio de lo anterior, pueden darse en la práctica situaciones en las que, incluso sin resultar vulnerada la literalidad del texto reglamentario, se vea quebrantada la finalidad de su mandato. Así sucedería, por ejemplo, en una reducción de



capital con restitución de aportaciones en que la sociedad íntegramente participada por los padres recibiera una atribución patrimonial. Por ello, la respuesta plasmada en el fundamento precedente no puede entenderse con un alcance general, sino que debe ser aplicada selectivamente en cada caso por el Notario consultante, prestando especial atención a los supuestos que, sin estar formalmente incluidos en el ámbito de la norma, estén materialmente comprendidos en su espíritu, así como a la potencial percepción social de una falta de imparcialidad o neutralidad en su actuación notarial (...) Para el correcto examen de la referida cuestión debe partirse de la redacción del artículo 22 de la Ley del Notariado: “Ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad”; y del artículo 139 del Reglamento Notarial: “Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí las que en sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma ‘por mí y ante mí’. En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias. No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero”».

No se diga que el notario en casos como el presente está investido de una posibilidad de apreciar la existencia o no de un potencial conflicto de intereses, algo que por lo demás ha de ser evitado por quien se encuentre en la posición de autorizar un instrumento afectado por esa simple posibilidad: sencillamente porque eso le convertiría –valga la expresión– en juez y parte, algo que se aviene muy mal con la imparcialidad y rigor exigibles a toda actuación notarial, y sin que ello pueda ser salvado por esa ratificación o consentimiento –ulteriores– ante otro notario. A mayor abundamiento, la sanción por incumplimiento de la incompatibilidad es establecida en la propia Ley del Notariado, cuyo artículo 27 establece expresamente la nulidad de los instrumentos públicos que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice, con lo que las exigencias de rigor y prudencia (esenciales a toda actuación notarial) se redoblan. En suma, la única posibilidad de actuación «por mí y ante mí» es la que taxativamente se indica en los preceptos de la normativa notarial.

Y sin duda, también, los extremos anteriores y a la vista de lo que disponen los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, caen dentro del ámbito de la calificación registral, por lo que la misma no se ha extralimitado en el presente caso. Por lo demás, tampoco es ocioso poner de relieve que la solución adoptada por la legislación notarial guarda analogía que la de la legislación registral, siendo de reseñar el artículo 102 del Reglamento Hipotecario, según el cual «los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos. A estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes».

5. A la vista de la taxativa literalidad e imperatividad de dichas normas, este Centro Directivo no puede compartir la actuación notarial que, una vez cerrado el «íter» documental, desembocó en la calificación aquí recurrida; y también desaconsejable en una correcta «praxis» de la función notarial, pues como se expresa en la Resolución del Sistema Notarial anteriormente reseñada, es exigible a todo notario una determinada conducta –de abstención en casos como el presente–, «(...) prestando especial atención a los supuestos que, sin estar formalmente incluidos en el ámbito de la norma, estén materialmente comprendidos en su espíritu, así como a la potencial percepción social de una falta de imparcialidad o neutralidad en su actuación notarial (...)».

Así pues, en el supuesto concreto de este expediente, siendo que se trata de la esposa del autorizante la que le otorgó a él mismo facultades y derechos, el notario debe considerarse incompatible para autorizar la sustitución del poder actuando él mismo como sustituyente. Por lo tanto debe desestimarse el recurso.

Además, conviene recordar a los notarios que, en el empleo de la fórmula de «ante mí y por mí», en la autorización de poderes, una vez aceptados estos por el apoderado, generan obligaciones de rendición de cuentas que no se pueden obviar, por lo que los notarios autorizantes deben extremar el celo y cuidado en las citadas autorizaciones, así como la pulcritud en su utilización en aras de asegurar la imparcialidad y neutralidad de toda actuación notarial, pues aunque en algunos casos la literalidad lo permita, la prudencia debe informar el empleo de estas fórmulas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación recurrida.



Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de diciembre de 2019. El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.