

ARGUMENTARIO JURÍDICO SOBRE EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

El artículo 41 de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización dice:

«Artículo 41. Apoderamientos electrónicos.

»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 directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda.»

Este precepto forma parte del Título IV de la Ley, que lleva por título “Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales”.

El Título consta de tres capítulos: el primero, referido a la “Simplificación de cargas administrativas”; el segundo contiene “Medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores”; y el tercero sobre “Simplificación de los requisitos de información económico financiera”.

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

- El artículo, como se ha visto, se encuadra en un capítulo dedicado a la **simplificación de cargas administrativas**. Sus otros preceptos se dedican a: una declaración de intenciones, por la que se encarga al Ministerio de Economía elaborar informes anuales y proponer medidas para mejorar la competitividad y mejorar en los indicadores internacionales (art. 35); exigir que cada vez que una Administración cree una nueva carga elimine otra de coste equivalente (artículo 36); reducción de las obligaciones estadísticas (art. 37); exoneración parcial de la obligación de que la prevención de riesgos laborales se realice mediante

empresas externas (art. 38); y creación del libro de visitas electrónico en el ámbito de la inspección de trabajo y de la seguridad social (art. 39).

- En consecuencia, al igual que los demás preceptos, el artículo 41 **debe entenderse referido a las relaciones de los emprendedores con las Administraciones Públicas** y, por tanto, a los apoderamientos otorgados por administradores y apoderados de sociedades mercantiles, así como por personas físicas que se constituyan en emprendedores de responsabilidad limitada, siempre y cuando tales apoderamientos se limiten a conceder facultades para actuar ante las Administraciones Públicas, en general.

- Esto no sería más que un **desarrollo de las normas administrativas** ya existentes. En concreto, del artículo 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, *«las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.»*

- En la misma línea, el artículo 96.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dice que *«cuando sea compatible con los medios técnicos de que disponga la Administración tributaria, los ciudadanos podrán relacionarse con ella para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de **técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos** con las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.»* A esto añade el artículo 46, al tratar de la representación voluntaria, lo siguiente:

«1. Los obligados tributarios con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, que podrá ser un asesor fiscal, con el que se

entenderán las sucesivas actuaciones administrativas, salvo que se haga manifestación expresa en contrario.

»2. Para interponer recursos o reclamaciones, desistir de ellos, renunciar a derechos, asumir o reconocer obligaciones en nombre del obligado tributario, solicitar devoluciones de ingresos indebidos o reembolsos y en los restantes supuestos en que sea necesaria la firma del obligado tributario en los procedimientos regulados en los títulos III, IV y V de esta ley, la representación deberá acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado ante el órgano administrativo competente.

»A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración tributaria para determinados procedimientos.

»3. Para los actos de mero trámite se presumirá concedida la representación [...]»

- Estas normas son desarrolladas por el Real Decreto 1067/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria, cuyo artículo 111 dice:

»1. La representación será conferida, en el caso de personas físicas con capacidad de obrar, por ellas mismas.

»En el caso de personas físicas sin capacidad de obrar en el orden tributario, de personas jurídicas y de las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la representación voluntaria podrá ser conferida por quienes tengan la representación legal y esta lo permita.

»La representación podrá ser otorgada en favor de personas jurídicas o de personas físicas con capacidad de obrar.

»2. A efectos de lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se entenderá otorgada la representación, entre otros, en los siguientes casos:

»a) Cuando su existencia conste inscrita y vigente en un registro público.

»b) Cuando conste en documento público o documento privado con firma legitimada notarialmente.

»c) Cuando se otorgue mediante comparecencia personal ante el órgano administrativo competente, lo que se documentará en diligencia.

»d) Cuando conste en el documento normalizado de representación aprobado por la Administración tributaria que se hubiera puesto a disposición, en su caso, de quien deba otorgar la representación. En estos supuestos, el representante responderá con su firma de la autenticidad de la de su representado.

»e) Cuando la representación conste en **documento emitido por medios electrónicos, informáticos o telemáticos** con las garantías y requisitos que se establezcan por la Administración tributaria [...]»

- A esto hay que añadir que la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, establece en su artículo 14 que «*las personas físicas podrán, en todo caso y con carácter universal, utilizar los sistemas de **firma electrónica** incorporados al Documento Nacional de Identidad en su relación por medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El régimen de utilización y efectos de dicho documento se regirá por su normativa reguladora.*»

A los demás sistemas de firma electrónica se refiere el artículo 15, según el cual:

«1. Los ciudadanos, además de los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad, referidos en el artículo 14, podrán utilizar sistemas de firma electrónica avanzada para identificarse y autenticar sus documentos.

»2. La relación de **sistemas de firma electrónica avanzada** admitidos, con carácter general, en el ámbito de cada Administración Pública, deberá ser pública y accesible por medios electrónicos. Dicha relación incluirá, al menos, información sobre los elementos de identificación utilizados así como, en su caso, las características de los certificados electró-

nicos admitidos, los prestadores que los expiden y las especificaciones de la firma electrónica que puede realizarse con dichos certificados.

»3. Los certificados electrónicos expedidos a Entidades sin personalidad jurídica, previstos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica podrán ser admitidos por las Administraciones Públicas en los términos que estas determinen.»

- En desarrollo de esta Ley, la Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, regula el Registro Electrónico de Apoderamientos, en el que se inscriben *«las representaciones que los ciudadanos otorguen a terceros para actuar en su nombre de forma electrónica ante la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes.»* (art. 1.2), estableciendo un limitado ámbito de eficacia, pues **«la representación que se inscriba en el Registro sólo será válida para los trámites y actuaciones por medios electrónicos de su competencia que, con carácter previo y en los términos especificados en el artículo 9, haya determinado cada departamento ministerial u organismo público suscrito a aquel, lo que oportunamente será comunicado al Registro»** (art. 1.5).

De acuerdo con su artículo 3, estos apoderamientos pueden inscribirse mediante comparecencia personal del poderdante en las oficinas de la Administración, firmando un formulario; mediante documento público o documento privado con la firma legitimada notarialmente; o *«por Internet, **mediante el uso de los sistemas de identificación y autenticación** previstos en el artículo 13.2.a) y b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio»*, es decir, con firma electrónica reconocida. Del mismo modo se hará constar su revocación o renuncia (art. 7)

- Más recientemente, la Orden ESS/486/2013, de 26 de marzo, crea y regula el Registro electrónico de apoderamientos de la Seguridad Social para la realización de trámites y actuaciones por medios electrónicos, estableciendo un sistema similar.

Según su artículo 1.2, *«se inscribirán en este registro los poderes que se otorguen de forma voluntaria para la realización, por medios electrónicos, de los trámites y actuaciones que se relacionan en el anexo de esta orden, ante las direcciones generales, entidades gestoras y servicios comunes dependientes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.»*

Pueden otorgar estos poderes las personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que tengan la consideración de sujetos interesados o responsables, a favor de una o varias personas físicas o jurídicas, salvo en el caso de apoderamientos otorgados para la recepción electrónica de notificaciones, que deberá ser otorgado únicamente a una persona física o jurídica (art. 3). Para incorporar estos poderes al registro deben revestir, conforme al artículo 6, una de estas formas:

«a) **Poder otorgado por vía telemática** a través del servicio habilitado en la sede electrónica de la Seguridad Social, mediante el uso de certificados electrónicos admitidos en esta sede.

»b) Poder otorgado mediante comparecencia personal del poderdante en el correspondiente organismo de la Administración de la Seguridad Social, empleando el formulario que se apruebe al efecto [...].

»c) Poder otorgado mediante documento público o documento privado con firma notarialmente legitimada cuyo contenido se ajuste al del formulario que se apruebe al efecto [...].»

- Por tanto, el artículo 41 vendría a reafirmar, con carácter general, la **posibilidad de otorgar apoderamientos eficaces frente a cualquiera de las Administraciones Públicas** (estatal, autonómicas o locales) con la firma electrónica reconocida de administradores y apoderados de sociedades o de las personas físicas constituidas en emprendedores de responsabilidad limitada, ampliando a cualquiera de estos registros administrativos la posibilidad de hacer constar del mismo modo las revocaciones de dichos poderes.

De esta manera se establece una previsión tendente a que, en el futuro, todas las relaciones de los emprendedores, tanto personas fisi-

cas como jurídicas, con todas las Administraciones y para cualquier trámite administrativo (altas, bajas, licencias, declaraciones, etc.) se realicen prácticamente de manera exclusiva mediante procedimientos telemáticos, ya sea directamente por el empresario, ya sea a través de un representante voluntario.

- La admisibilidad de presentar tales apoderamientos o revocaciones en los registros administrativos correspondientes por medios telemáticos es consecuencia de la propia forma de su otorgamiento, pues un documento electrónico, por su propia naturaleza y finalidad, es creado para ser remitido telemáticamente a un destinatario o, al menos, para que pueda ser accesible a otras personas (como sucede con los depositados en las Sedes Electrónicas de la Administración). No tiene sentido crear un documento dirigido a terceros y firmarlo electrónicamente para ser guardado en el propio sistema informático.

- El que el precepto hable del **Registro que corresponda**, sin especificar cuál sea éste, debe ser interpretado, en coherencia con lo expuesto anteriormente, como referido a los **registros administrativos** que existan o que se puedan crear en el futuro para utilidad de la Administración, de manera que pueda saber con un elevado grado de certeza que existe un poder y que no está revocado.

- El sentido de la norma **no puede referirse al Registro Mercantil**, porque choca con la normativa que lo rige. El artículo 18 del Código de Comercio y el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil dicen, en coincidente redacción, que la inscripción se practicará en virtud de documento público y sólo permiten la inscripción de documentos privados en los casos expresamente prevenidos en las Leyes o en el propio Reglamento.

En lo que se refiere al Reglamento, **el artículo 95.1, en relación con el 94.5º, exige siempre la escritura pública para inscribir los poderes, su modificación, revocación y sustitución**. Por tanto, no

prevé la admisión de documentos privados de apoderamiento remitidos mediante firma electrónica.

En cuanto a la Ley, el comentado artículo 41 de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización no dice que los poderes a que se refiere se inscribirán, sino que podrán ser remitidos directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda.

Entender este precepto referido al Registro Mercantil llevaría al absurdo de interpretar que puede remitirse electrónicamente un documento que no va a poder ser inscrito.

- La razón de la imposibilidad de su inscripción deriva de la propia **naturaleza del documento firmado electrónicamente**. Hay que recordar que, conforme al artículo 1.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, *«las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten.»*

Por tanto, las normas que rigen la formalización y eficacia de los poderes siguen siendo las sustantivas que, como veremos más adelante, exigen en todo caso el documento público y así lo reconoce correctamente el Reglamento del Registro Mercantil, al exigir la escritura pública para su inscripción.

- La misma Ley 59/2003, señala claramente en su artículo 3.4 que *«la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.»* De aquí que, el segundo párrafo del número 5 del mismo artículo disponga que *«para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable.»*

Correctamente, el número 6 de este artículo 3 dice: «El documento electrónico será soporte de:

»a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

»b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

»c) Documentos privados.»

- **En el caso de los apoderamientos a que se refiere el artículo 41, su naturaleza de documento privado es innegable**, por lo que se les aplicará el artículo 3.7 de la reseñada Ley 59/2003, que afirma que «los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.»

- Como tales apoderamientos son documentos privados, pueden inscribirse en aquellos registros que admiten los poderes en tal formato, como sucede con los apoderamientos para actuar frente a la Administración o la Seguridad Social, como antes vimos. La novedad del precepto es hacer extensivo el sistema a todos los demás registros administrativos que existan o puedan crearse en el futuro, para facilitar las relaciones de las empresas y emprendedores con la Administración, lo que está en la línea de la simplificación de las cargas administrativas.

- El Registrador mercantil, si se presentase telemáticamente un poder otorgado con la firma electrónica de un administrador o apoderado de una sociedad, o por un emprendedor de responsabilidad limitada, no tendría más remedio que denegar la inscripción, por aplicación de las normas sustantivas y registrales.

Además, se vería imposibilitado de calificarlo adecuadamente, pues los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil le obligan a calificar, no sólo la legalidad de las formas extrínsecas del documento, sino también la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro.

Es evidente que la firma electrónica sólo acredita que el documento ha sido encriptado mediante el uso de una determinada tarjeta de firma electrónica, pero no que procede de la persona a cuyo favor se emitió el certificado, como tampoco puede acreditar su capacidad, ni incluso su legitimación, ya que, aunque el juicio de suficiencia de facultades se basa en documentos, los juicios de identidad y de capacidad sólo pueden emitirse en presencia de la persona y esto únicamente corresponde, conforme a nuestras leyes, al notario delante del cual se presta el consentimiento.

Ni siquiera podría afirmarse que el consentimiento ha sido prestado de forma consciente, pues podrían darse casos de otorgamientos bajo los efectos del alcohol o de las drogas, además del riesgo claro de suplantación de la personalidad, pues una tarjeta y un pin pueden ser utilizados fácilmente por una persona distinta de aquella a la que se concedieron, de buena o mala fe.

- A esto hay que añadir los **riesgos** tan importantes que, para el tráfico jurídico y para la propia empresa, puede tener el hecho de que la revocación de los certificados no sea automática, sino que siempre medie un tiempo, más o menos largo, entre la causa de la revocación y su efectiva anulación informática, lo que puede conducir a que un apoderado o administrador confieran o revoquen poderes después de su cese e, incluso, a que alguien siga utilizando la firma electrónica de una persona después de su muerte.

Todos estos supuestos, que en el sistema actual de formalización de un documento público ante notario se minimizan, hasta prácticamente desaparecer, como prueba el escaso índice de litigiosidad, se

multiplicarían de entender que el artículo 41 se refiere en general a toda clase de apoderamientos inscribibles en el Registro Mercantil.

La prueba de que el legislador es consciente de estos riesgos se encuentra en la citada Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, cuyo artículo 3.3, referido a los poderes otorgados electrónicamente por personas jurídicas, exige que con carácter previo al registro de un poder electrónico, *«el representante habrá presentado en una oficina adherida al Registro sus poderes como representante»*, para que la Asesoría Jurídica los examine y emita un informe favorable. Por tanto, la aceptación de un apoderamiento electrónico requiere que antes se haya presentado físicamente el documento del que deriven las facultades del representante del poderdante.

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

- Hay que partir inexorablemente del **número 5º del artículo 1280 del Código Civil**, según el cual deben constar en documento público *«el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.»*

- La mera lectura del precepto pone de manifiesto la **imposibilidad de admitir en los despachos notariales poderes que consten en documento privado**, aunque vengán firmados electrónicamente. La propia Ley 59/2003, de Firma Electrónica, como hemos señalado más arriba, se remite en cuanto al valor y eficacia del documento a su propia naturaleza, es decir, no da más valor a un documento porque vaya firmado electrónicamente. O, dicho de otro modo, la firma reconocida de un documento electrónico no modifica su naturaleza. Es lo que se conoce como principio de neutralidad tecnológica.

- Esta conclusión no cambiaría aunque llegaran a inscribirse en el Registro Mercantil, porque **la inscripción tampoco modifica la naturaleza del documento inscrito**. Por su propia esencia, el Registro se limita a publicar documentos en los que figuran hechos, actos o negocios jurídicos, pero el Registro no tiene fuerza convalidante, como demuestra el artículo 7.2 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual *«la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes»*, sin perjuicio de que los asientos produzcan ciertos efectos a favor de los terceros de buena fe.

Por eso, la certificación de la inscripción de un apoderamiento electrónico, aunque como tal certificación se considere documento público, sólo produce sus efectos específicos, esto es, dejar constancia fehaciente de que existe practicado un asiento, pero no es suficiente para entender cumplido el artículo 1280.5º del Código Civil. Este precepto exige que sea el propio negocio de apoderamiento el que conste en documento público, como una garantía para los terceros de que el poder ha sido regularmente otorgado por el poderdante.

Esta garantía no la puede proporcionar una certificación registral, porque tampoco la proporciona el uso de una firma electrónica reconocida y aquélla no es sino un reflejo de ésta. Si al Registro accede un documento otorgado sin garantías, el asiento que se practique tendrá también pocas garantías, el contenido del Registro se irá progresivamente devaluando y cada vez habrá menos confianza real en sus declaraciones, digan lo que digan las leyes.

Además, la certificación está pensada, como acabamos de ver, para dar publicidad al contenido del Registro, pero no para ser un título de legitimación en el tráfico que sirva para el ejercicio de derechos o facultades, papel que sólo corresponde a la escritura pública.

- Por eso, la doctrina sostenida por un sector registral (Fernández del Pozo, Guilarte, etc.), que trata de asimilar los documentos firmados electrónicamente a los otorgados en presencia del notario, parte de planteamientos completamente erróneos. Esta doctrina considera que el

documento público se basa en tres presunciones legales: autoría, veracidad e integridad del documento. Estas mismas presunciones serían suplidas con creces por el documento firmado electrónicamente.

Con relación a la autoría, no es preciso detenerse mucho, dado lo señalado en los párrafos anteriores. **La firma electrónica no deja de ser un medio de firmar** y el modo en que se materialmente se plasma la firma no altera la naturaleza del documento firmado. La propia Ley 59/2003, de Firma Electrónica, como venimos reiterando, se remite en cuanto al valor y eficacia del documento a su propia naturaleza, es decir, no da más valor a un documento porque vaya firmado electrónicamente. Lo contrario sería tanto como entender que la voluntad de una persona queda incorporada al chip de una tarjeta y se desprende de su cuerpo y de su mente.

Sólo la intervención de un funcionario imparcial como el notario, dotado de fe pública, puede dar lugar a la presunción de que un determinado acto ha sido consentido por su autor y de que, en principio, tenía capacidad y legitimación para otorgarlo. Sólo la presencia ante un notario permite identificar a la persona. Sólo mediante la constancia del poder en un documento público pueden las personas que contratan con un apoderado tener la seguridad de que el poder corresponde a la voluntad del poderdante.

- Estas mismas consideraciones demuestran la falacia de los que, para defender los apoderamientos electrónicos, argumentan que se trata de actos unilaterales, que sólo importan al titular de la tarjeta de firma electrónica y que sólo a él le corresponde la responsabilidad de guardarla y utilizarla debidamente. Sin negar esto último, cualquier jurista entiende que el hecho de que el apoderamiento sea un negocio jurídico unilateral sólo significa que, para que el negocio se entienda perfeccionado, basta con el consentimiento del poderdante, pero no significa que sólo produzca efectos en su esfera jurídica.

Muy al contrario, el poder es un negocio dirigido, por su propia esencia, a ser la base de otros negocios, estos sí bilaterales. En conse-

cuencia, además de quedar afectado el patrimonio y otros aspectos de la esfera jurídica de su autor, al ser utilizado por el apoderado, van a producirse efectos jurídicos, fundamentalmente patrimoniales, en la esfera jurídica de otras personas. Además, estos efectos pueden proyectarse sobre una multiplicidad indeterminada de personas y prolongarse en el tiempo durante muchos años.

Esto justifica la precaución del Código Civil, al exigir la intervención de notario en el acto de otorgamiento del poder, pues, a partir de ese momento, el documento en que consta el poder va a desplegar sus efectos, sin que el poderdante pueda controlarlos, más que por la rendición de cuentas del apoderado. El documento público viene así a cumplir una doble función protectora: la del poderdante y la de los terceros con los que se relacione o contrate el apoderado.

No se entiende muy bien cómo parte de la doctrina registral, que considera que la esencia de su función está en la protección de los terceros, englobando en este término a toda la sociedad, puede defender una forma de otorgamiento que carece de las garantías mínimas para el que otorga el poder y para el resto de ciudadanos.

- Similar crítica puede hacerse respecto de las pretendidas presunciones de veracidad e integridad del documento electrónico. Aquí se parte de un error conceptual evidente. La encriptación de un documento electrónico firmado con una firma reconocida garantiza que el archivo que contiene el documento es el que se ha remitido (veracidad) y que su contenido no ha sido alterado (integridad).

Las presunciones de veracidad e integridad en el documento notarial se mueven en otro ámbito. La veracidad quiere decir que el contenido del documento, el negocio jurídico, ha sido querido por su autor. Por tanto, se conecta con la capacidad y la voluntad. Del mismo modo, la integridad viene a señalar que las manifestaciones hechas por el autor del negocio jurídico son completas, sin que haya cláusulas secretas u ocultas.

Como se aprecia, no tiene nada que ver con cuestiones puramente mecánicas o de transmisión electrónica. Las presunciones notariales se basan en la manifestación de voluntad del autor del documento, modalizada por el asesoramiento imparcial del notario y plasmada en un documento a cuyo completo contenido se ha prestado el consentimiento, previa comprobación por el notario de la capacidad y legitimación del otorgante, y después de advertirle de las consecuencias del otorgamiento. Las presunciones electrónicas se refieren a archivos informáticos en cuyo proceso de creación nadie ha comprobado oficialmente que procedan de la voluntad de su autor y que esté capacitado y legitimado para otorgarlo.

- Por todo lo expuesto, debido a la **trascendencia que para el tráfico mercantil** tiene la actuación de un apoderado, cuya actuación puede comprometer el patrimonio de la empresa y, lo que es aún más importante, el de otros empresarios o consumidores, **sólo deben admitirse en los despachos notariales los poderes que consten otorgados en escritura pública, y esto tanto para la autorización de escrituras públicas como de pólizas mercantiles**. Si, a pesar de la claridad del artículo 286 del Código de Comercio, ningún notario admitiría la actuación de un factor notorio, mucho menos puede admitirse la actuación de un apoderado que derive su representación de un documento privado, aunque haya sido firmado con firma electrónica reconocida.

- Para el caso de que alguna persona pretenda otorgar un acto basándose en un poder firmado electrónicamente e inscrito en el Registro Mercantil, dada la imposibilidad para el Registrador de calificarlos adecuadamente, como antes se ha expuesto, **deberíamos exigir que tales poderes se eleven a escritura pública, con el fin de cumplir el artículo 1280.5º del Código Civil**. Una vez otorgada la escritura, obviamente, ya no sería necesario volverlos a inscribir, es decir, sería un supuesto anómalo en el que se invertiría el orden normal. En lugar de

otorgarse y luego inscribirse, se inscribirían y luego se otorgarían en documento público.

De este modo, sólo cuando estos poderes pretendieran hacerse valer frente a terceros con el fin de otorgar un acto que deba constar en escritura pública o en póliza mercantil, sería necesario su previo otorgamiento en escritura pública. Entre tanto, tales poderes podrían utilizarse en las relaciones con la Administración.

Desde una perspectiva registral, podría decirse que la inscripción de estos poderes produciría una mera publicidad noticia o informativa, con una eficacia limitada al ámbito administrativo, pero sin ninguno de los efectos legitimadores de la inscripción.