

**AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES:  
ESPECIAL REFERENCIA  
A LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

**CONFERENCIA**

PRONUNCIADA EN LA ACADEMIA  
MATRITENSE DEL NOTARIADO  
EL DÍA 14 DE DICIEMBRE DE 2000

POR  
**JOSÉ M.ª NAVARRO VIÑUALES**  
Notario

COLEGIO NOTARIAL  
DE MADRID



BIBLIOTECA

R. 7126/2003  
ST. Gjs 251 n. 1

## SUMARIO

### SALUDO INTRODUCTORIO.

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA.
- II. ADMISIÓN DE LA FIGURA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
  1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.
  2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- III. AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.
  1. IDEAS GENERALES.
  2. TIPIFICACIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE AUTOCONTRATO EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.
  3. SUPUESTOS ESPECIALES DE AUTOCONTRATO EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.
- IV. AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL.
  1. LA PATRIA POTESTAD.
  2. TUTELA, CURATELA Y GUARDA DE MENORES O INCAPACITADOS.
  3. LOS SUPUESTOS DE ASISTENCIA.
- V. AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA.
  1. IDEAS GENERALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA.
  2. LA FIGURA DEL AUTOCONTRATO EN SEDE DE REPRESENTACIÓN ORGÁNICA.
  3. LOS SUPUESTOS DE AUTOCONTRATO.
  4. LA AUTORIZACIÓN DEL AUTOCONTRATO EN SEDE DE REPRESENTACIÓN ORGÁNICA.
  5. OTROS SUPUESTOS DE CONFLICTOS DE INTERESES.
- VI. MEDIOS QUE PERMITEN SALVAR EL CONFLICTO DE INTERESES.
  1. LA AUTORIZACIÓN DEL REPRESENTADO EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.
  2. PREDETERMINACIÓN POR EL PODERDANTE DEL CONTENIDO DEL NEGOCIO.
- VII. LA SANCIÓN DEL ACTO O NEGOCIO QUE INCURRE EN CONFLICTO DE INTERESES.
  1. EL AUTOCONTRATO NO CONSENTIDO COMO ACTO NULO DE PLENO DERECHO.
  2. EL AUTOCONTRATO NO CONSENTIDO COMO ACTO JURÍDICO INCOMPLETO.

## SALUDO INTRODUCTORIO

Es costumbre en este tipo de conferencias, y es una costumbre que me parece muy acertada, comenzar agradeciendo a los anfitriones —en este caso la Academia Matritense del Notariado— la deferencia de haberme invitado a comparecer ante todos ustedes. De modo que, ya de entrada, vaya mi más cordial saludo tanto a la Academia por depositar su confianza en mí, como a ustedes por sacrificar su tiempo libre asistiendo a este acto.

Pero aquí no terminan los agradecimientos. Yo diría que más bien empiezan. Supongo que si he sido invitado a este acto lo he sido en mi condición de Notario. Pues bien si hay una persona que ha sido decisiva tanto en mi acceso a la profesión, en su condición de preparador, como en el posterior modo de afrontarla, en cuanto lo tengo como un ejemplo, esa persona es mi querido amigo y compañero Honorio Romero. Y yo que presumo de tener pocos amigos pero muy buenos me voy a permitir el placer, quince años después de conocernos, de dedicarte esta conferencia. De modo que, querido Honorio, lo que sigue va por ti.

## I

### PRESENTACIÓN DEL TEMA

El presente estudio tiene por objeto el análisis de dos instituciones que aparecen en diversos ámbitos jurídicos, la autocontratación y el conflicto de intereses (1).

Ahora bien la materia escogida tiene una considerable amplitud. Por ello, y dados los límites en que se devuelve la presente exposición, seleccionaremos únicamente aquellos aspectos del tema que, en nuestra opi-

---

(1) La exposición oral, y dada la extensión del presente trabajo, sólo comprendió una selección de temas (aproximadamente una cuarta parte del texto escrito).

nión, presentan un mayor interés práctico. Comencemos, por tanto, delimitando la materia objeto de estudio.

Quizás el modo más sencillo para ello sea indicar qué es lo que no se pretende. Esto es, no se trata de añadir una nueva elaboración doctrinal sobre las dos figuras objeto de análisis. La razón es sencilla: la autocontratación es un tema antiguo que ya ha sido desarrollado repetidas veces desde la perspectiva dogmática, por lo que, entendemos, no tiene sentido reiterar lo que ya cabe dar por conocido. Procede, pues, remitir a la abundante bibliografía sobre el particular (2).

Por tanto, en nuestra opinión, el atractivo del tema no radicaría en los aspectos teóricos, los cuales en buena medida están pacíficamente aceptados por la doctrina, sino en determinar como operan tales principios en nuestra práctica jurídica. Tal conexión entre la teoría y la práctica es la que nos muestra, dentro de nuestro objeto de estudio, qué problemas son verdaderamente relevantes.

Ahora bien la autocontratación y el conflicto de intereses son instituciones que pueden surgir o plantearse en numerosos ámbitos jurídicos. Por nuestra parte únicamente nos ocuparemos ahora de su incidencia en el ámbito notarial, concretado principalmente en el tráfico jurídico inmobiliario y en los actos jurídicos concernientes a la sociedad de capital.

Llegados a este punto procede señalar una cuestión de método. Para examinar la operatividad de los conceptos objeto de estudio, para identificar los conflictos que efectivamente se plantean, tenemos un instrumento de primer orden: las resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante D.G.) decidiendo los recursos gubernativos. Tales recursos, como sabemos, se interponen contra la nota de calificación por la que el registrador deniega el asiento solicitado.

Pues bien, en cuanto surgidas de nuestra realidad jurídica, el estudio de tales RSS. nos ofrecerá un panorama adecuado sobre los temas básicos en materia de autocontratación y conflicto de intereses.

La intervención que sigue a continuación se ordena de acuerdo un esquema estructurado en tres bloques de temas: en primer lugar nos ocu-

(2) Tal bibliografía puede consultarse en la obra DÍEZ DE ENTRESAYOS FORNS, M., «El autocontrato», Madrid, 1990.

paremos de las ideas de carácter general —la admisión de las figuras objeto de estudio, la delimitación conceptual de las mismas, su ámbito de aplicación—; en el segundo conjunto de materias, cotejaremos como operan la autocontratación y el conflicto de intereses en el seno de las tres modalidades de representación —legal, orgánica y voluntaria—; finalmente estudiaremos los medios que nos permiten salvar el conflicto de intereses, así como la sanción aplicable al autocontrato que vulnera los criterios de legalidad impuestos por nuestro ordenamiento.

Comencemos con el primero de los temas apuntados.

## II

### ADMISIÓN DE LA FIGURA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. LA ADMISIÓN DE LA AUTOCONTRATACIÓN

El autocontrato se ha considerado un supuesto de ejercicio anormal del poder (3), en el sentido de que éste se concede por el poderdante para que el apoderado lo ejercite no consigo mismo, actuación que estaría presidida por el riesgo de parcialidad, sino en relación a terceros.

Por ello incluso se ha llegado a negar la licitud del autocontrato. En tal sentido tradicionalmente se ha esgrimido un doble argumento —uno conceptual o dogmático, el otro de derecho positivo— en contra de la admisión del autocontrato en nuestro Derecho. Comencemos por el primero de ellos.

#### 1.º El argumento de índole dogmática.

El contrato tiene carácter bilateral o plurilateral, en el sentido de que se produce por el concurso de dos o más voluntades. Por ello no sería posible que una sola persona, en virtud de su actuación unilateral, celebre un contrato: esto es, autocontrate.

Frente a tal objeción, que actualmente se considera superada, la doctrina ha ofrecido diversas soluciones (4):

(3) Por ejemplo DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, se ocupa de la llamada autocontratación del representante bajo el epígrafe XIX «El ejercicio anormal del poder de representación».

(4) Sobre este tema, ver DÍEZ DE ENTRESAYOS, M., op. cit., pp. 51 y ss. y DÍEZ PICAZO, L., op. cit., pp. 203 y ss.

— Se ha dicho que es cierto que no concurren dos personas, pero que, por contra, si lo hacen dos partes contratantes.

— O bien se entiende que en el autocontrato, aunque intervenga una sola persona, siguen existiendo dos voluntades: la voluntad propia y la voluntad del representado, que concurren para celebrar el negocio representativo. O, alternativamente, cabe entender que aunque la voluntad sea única —la del compareciente— como consecuencia del fenómeno representativo, existen no dos voluntades, sino dos declaraciones de voluntad.

— O se admite que interviene un solo sujeto pero se pone de manifiesto que la esencia del contrato no estaría en la pluralidad de declaraciones de voluntad sino en el hecho de que se produzcan efectos jurídicos entre dos o más patrimonios pertenecientes a diversas personas.

— O bien se prescinde de la bilateralidad o el carácter contractual del autocontrato, admitiéndolo como acto jurídico unilateral que vincula válidamente varios patrimonios.

Como vemos el problema teórico de la admisibilidad ha sido abordado a través de soluciones de carácter conceptual. Posiblemente no sea necesario acudir a las mismas. El autocontrato existe en la práctica, y por cierto con bastante frecuencia, de modo que se autorizan escrituras que lo contienen, las cuales son puntualmente inscritas en el Registro de la Propiedad; eso sí, todo ello siempre que se cumplan los requisitos a que haremos referencia.

En conclusión se trata no tanto de analizar si es posible el autocontrato —tema que la doctrina da por superado— como de precisar que requisitos ha de cumplir para solventar el conflicto de intereses necesariamente producido cuando una persona actúa tanto en nombre propio como en nombre y representación de otra (5).

2.º El argumento de Derecho positivo.

a) La defensa de la licitud del autocontrato que acabamos de exponer sería suficiente, digamos, en relación a los negocios asociativos, o en los de carácter particional.

(5) Ver RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J. I., *Elementos de Derecho Civil*, I, 3.º, 1984, pp. 332-333. También DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 206.

Sin embargo la admisión del autocontrato en el caso concreto de la compraventa, que es el paradigma del contrato sinalagmático, plantea un problema adicional. Tal dificultad deriva de lo ordenado por el art. 1459.2 CC, a cuyo tenor: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia [...]. 2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados».

El precepto citado, a diferencia de su equivalente sobre comisión mercantil (art. 267 C. com.), impone la prohibición sin prever excepción alguna.

b) Por ello un sector doctrinal (6) lo califica como norma imperativa, no susceptible de dispensa. El fundamento de tal prohibición radicaría en supuestas razones de moralidad, relativas a evitar el abuso, o la apariencia de abuso, del mandatario.

c) Sin embargo parece más acertado defender la postura contraria, de modo que la prohibición mencionada quede sin efecto si el mandante autoriza la autoentrada del mandatario. Los argumentos en favor de esta tesis serían los siguientes:

— El art. 1459.2 CC no protege una genérica razón de moralidad, sino el interés patrimonial del mandante (digámoslo así: no la actuación moral de las partes, sino el bolsillo del representado); es más el régimen jurídico del autocontrato no tiene como fin proteger a terceros, sino tan sólo al principal del negocio (7). Luego si el interés protegido por la prohibición es exclusivamente el del mandante, precisamente éste y sólo éste ha de ser quien, valorando las circunstancias concurrentes, pueda considerar oportuno dispensar la prohibición.

— Si en la materia mercantil cabe la licencia del representado no tiene sentido negarla en materia civil: fuera del tenor literal de los textos no hay suficiente diferencia de fondo entre la contratación mercantil y la civil como para justificar una solución distinta para el supuesto de autocontrato.

— La autoentrada en la compraventa, siempre que se solucione el conflicto de intereses inherente a la misma, sirve intereses lícitos de las partes.

(6) Ver GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIX, pp. 136 y ss., Madrid, 1990.

(7) Ver PAZ ARES, C., citado por DÍEZ DE ENTRESOTOS, M., op. cit., pp. 71 y ss.

Por tanto cabe entender que la interpretación del precepto citado de conformidad con la realidad social (art. 3 CC) —en la que por cierto el autocontrato aparece con notable frecuencia— provoca que debamos conceptualizarlo como dispositivo.

— Finalmente señalemos que tal es la postura tanto de la reciente jurisprudencia del TS como de la doctrina de la D.G. (así, entre otras, R. 29 abril 1993), que expresamente consideran el art. 1459.2 CC como un precepto dispositivo.

## 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En el presente epígrafe precisaremos el concepto de «autocontratación» y su conexión con el de «conflicto de intereses», mostrando sus recíprocas relaciones.

### 1.º Autocontratación.

Comencemos por el concepto de autocontrato.

La doctrina nos suministra numerosas definiciones de tal fenómeno. Así, en forma descriptiva, se indica que existe autocontratación cuando una persona, actuando en nombre e interés propio y también en el de otra persona a quien representa, o en nombre de dos personas diferentes cuyas respectivas representaciones ostenta, realiza un negocio que las relaciona y del que derivan consecuencias jurídicas para ambas (8).

La definición transcrita nos parece acertada en cuanto conecta la autocontratación en el ámbito representativo (una persona actúa en un doble concepto, desdoblamiento que logra a través del mecanismo representativo). Sin embargo tal definición es, en nuestra opinión, excesivamente amplia.

Nos explicamos. En ella se incluyen no sólo los supuestos de autocontratación en sentido estricto (aquellos en los que el representante es parte del negocio), sino también aquellos otros que son meramente asimilables al autocontrato (nos referimos a los de doble o múltiple representación, en los cuales el representante no es parte en el negocio representativo pero, en

(8) RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ, tomo I, vol. 3.º, p. 332, Madrid, 1984.

cuanto gestiona simultáneamente intereses de dos o más personas, incurre en conflicto de intereses).

Por nuestra parte, y en base a lo expuesto, entendemos que sólo existe autocontrato en sentido estricto cuando una persona, en virtud de su declaración de voluntad, ejercitada tanto en nombre propio como en nombre de su representado, vincula su patrimonio con el de la persona que representa.

Por tanto para que se produzca un autocontrato se precisa la autoentrada del representante. Tal concepto estricto es, en nuestra opinión, el único gramaticalmente correcto: el término «auto-contrato» necesariamente implica que el representante contrata consigo mismo, siendo así parte en el negocio concluido.

Los casos de doble o múltiple representación, así como algún otro ejemplo que veremos de conflicto de intereses sin autoentrada del representante, no son propiamente autocontrato, sino supuestos asimilados al autocontrato, en cuanto, en principio, quedan sujetos a un mismo régimen jurídico (con algunas salvedades: así el art. 1459.2 CC se refiere únicamente a supuestos de autoentrada del mandatario; o bien señalar que en caso de doble o múltiple representación se precisa la ratificación no de uno, sino de todos los sujetos representados por una misma persona).

La distinción entre autocontrato en sentido estricto y supuestos asimilados al autocontrato tiene apoyo tanto en la jurisprudencia del TS —S. de 27 de octubre de 1966 (9)— como en la doctrina de la D.G. —así R. 20 de septiembre de 1989—. Por tanto, a lo largo de esta exposición, diferenciaremos entre ambas categorías.

El punto relevante, tanto en un caso como en otro, es la aparición de un conflicto de intereses entre representante y representado. Y ello explica que el régimen jurídico aplicable sea básicamente el mismo tanto para el autocontrato como para los supuestos asimilados al mismo, en cuanto se trata de establecer las cautelas precisas para evitar que la parcialidad del representante ocasione un perjuicio al representado.

Si, como venimos diciendo, el centro de gravedad del autocontrato lo constituye el conflicto de intereses procede que, a continuación, nos ocupemos del mismo.

(9) Citada por Díez PICAZO, L., op. cit., p. 208.

## 2.º) Conflicto de intereses.

### a) Concepto.

Hemos visto como nuestro derecho positivo ni regula ni define el autocontrato. Pues bien la situación es similar respecto al conflicto de intereses: no lo define si bien, al menos, lo menciona en diversas ocasiones (ver art. 163 CC —sobre patria potestad— y art. 299 CC —sobre instituciones tutelares—).

Entendemos que existe conflicto de intereses cuando el representante, al concertar el negocio representativo, incurre en riesgo de parcialidad, bien en beneficio propio si se produce su autoentrada, bien en beneficio de una de las dos o más partes que representa.

Por tanto la lesión para el representado o representados, o el riesgo de lesión, puede existir no sólo cuando el representante es parte del negocio representativo, sino también cuando, sin serlo, ostenta una doble o múltiple representación.

### b) Conflicto de intereses y autocontrato.

Hemos reflexionado tanto sobre el concepto de autocontratación como sobre el de conflicto de intereses. Parece oportuno que, a continuación, relacionemos uno con otro.

El autocontrato, como regla general, provoca un conflicto de intereses entre representante y representado. Sin embargo, tal y como veremos, también es posible que surja tal conflicto aunque el representante no autocontrate. Por ello si bien ambos conceptos —autocontrato y conflicto de intereses— pueden aparecer unidos son autónomos entre sí.

Cabe citar varios ejemplos en que el conflicto de intereses se produce al margen del autocontrato:

— El art. 65 LSRL que se refiere a la prohibición de que el administrador, actuando por cuenta propia o ajena, compita con la sociedad en relación al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituye el objeto social.

Nótese que en este supuesto el administrador ni contrata con la sociedad que representa (no autocontrata), ni actúa invocando representación alguna de la misma (no verifica negocios representativos), sino que, por

contra, actúa en nombre propio con terceros. Pese a la inexistencia de autocontrato el conflicto de intereses es evidente, y por ello el legislador regula el supuesto y establece las cautelas oportunas.

También puede existir el conflicto de intereses al margen de la representación. Así el art. 52 LSRL se refiere a diversas circunstancias en que un socio ve suspendido su derecho de voto en la junta general por incurrir en conflicto de intereses con la sociedad.

Lo mismo ocurre en cierto sentido con la asistencia que prestan los padres al menor emancipado: puede existir conflicto de intereses entre padres y emancipado pese a que ni los padres representan legalmente al emancipado (el cual es capaz y manifiesta su propia declaración de voluntad) ni la asistencia produce autocontrato.

Más adelante, a lo largo de nuestra exposición, suministraremos otros supuestos en los que existe conflicto de intereses pero no propiamente autocontrato.

Por nuestra parte, en el presente trabajo, nos ocuparemos del concepto «conflicto de intereses» en un sentido restringido: sólo de aquél conflicto que se produce entre representante y representado como consecuencia de la actuación de aquél.

### c) El carácter actual o potencial de la lesión del representado en el conflicto de intereses.

Uno de los temas sujetos a debate es el de precisar si las normas sobre conflicto de intereses sólo se activan si se produce una lesión —daño actual— en el patrimonio del representado o, por contra, basta con el riesgo de que se produzca tal lesión —daño potencial—.

Son tres los criterios que cabe invocar:

— Según el primero de ellos las normas que disciplinan el conflicto de intereses tienen carácter restrictivo del ámbito de actuación de los sujetos jurídicos, por lo que únicamente deberían operar en caso de que existiera un daño efectivo en el patrimonio del representado.

— Un segundo criterio diferenciaría según tal conflicto se produzca en el ámbito de la representación voluntaria o en el de la legal.

Tratándose de representación voluntaria se exigiría que el daño fuera actual y efectivo.

Por contra tratándose de representación legal sería suficiente el mero riesgo de que se produjera tal daño (10). El fundamento de este criterio más restrictivo radicaría en el carácter tuitivo de las instituciones representativas legales, orientadas a la protección de menores e incapacitados.

— Por nuestra parte consideramos que, en cualquier modalidad de representación (sea legal, voluntaria u orgánica), el mero riesgo de lesión ha de ser suficiente para apreciar conflicto de intereses.

Nos basamos para tal afirmación en que las normas que disciplinan el conflicto de intereses actúan en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva. Por ello no será preciso un daño actual en el patrimonio del representado, sino que bastará con la posibilidad de que éste se produzca. La finalidad que se desprende de las normas que integran el régimen jurídico del conflicto de intereses no es la de resarcir el daño del representado, sino la de prevenirlo.

Precisamente por ello la función notarial, en cuanto instrumento dirigido a materializar la seguridad jurídica preventiva en las relaciones patrimoniales, es la función idónea para recibir el autocontrato y dotarle de los elementos y garantías que permitan solventar el conflicto de intereses ínsito en el mismo. Más adelante nos ocuparemos de los medios idóneos para salvar tal conflicto.

3.º) Supuestos de autocontratación que no conllevan conflicto de intereses.

Hemos indicado que, por regla general, todo autocontrato lleva ínsito un conflicto de intereses provocado por la actuación unilateral del representante.

Sin embargo existen supuestos en que, por la propia estructura del negocio que celebra el representante, se excluye el citado conflicto. En estos casos el autocontrato es directamente admisible.

Podemos aportar los siguientes ejemplos:

(10) En favor de tal criterio se manifiesta Díez DE ENTRESOTOS, M., op. cit., pp. 140 y ss.

a) Existe autocontrato pero no conflicto de intereses si el representante transmite el bien al representado a título lucrativo.

Pensemos, a título de ejemplo, en la donación pura y simple de los padres en favor de un hijo menor de edad. No puede existir conflicto por la sencilla razón de que no cabe perjuicio para el hijo representado: la actuación de los padres representantes lo es necesariamente en su beneficio, sin perjuicio de que el hijo sea sujeto pasivo del impuesto devengado por la donación.

La determinación de la existencia de conflicto de intereses en relación a otros pactos que pueden acompañar la donación exigiría un estudio de los mismos caso por caso. Haremos referencia a alguno de ellos:

— La donación con reserva de la facultad de disponer (art. 639 CC).

Diferenciaremos dos supuestos:

La donación con reserva total de la facultad de disponer en favor de los padres titulares de la patria potestad provoca, en nuestra opinión, un conflicto de intereses (11).

El motivo radica en que el representado ha satisfecho el impuesto correspondiente a la donación (más los gastos y tributos que conlleva la propiedad) y, sin embargo, puede verse privado en cualquier momento de la cosa donada en virtud del acto dispositivo de los padres. Además, la contraprestación resultante de tal enajenación corresponde no al menor sino a sus padres.

Por contra si la reserva es parcial, afectando tan sólo a una parte de lo donado, la respuesta no es tan sencilla. Posiblemente habría que resolver caso por caso atendiendo a si el menor mantiene o no un beneficio suficiente. En principio somos favorables a entender que no se suscita conflicto de intereses.

— La donación con facultad de reversión (art. 641 CC). De nuevo diferenciaremos:

Si la reversión es en favor de los padres donantes se plantea la duda de si existe conflicto de intereses. Si el hecho que desencadena la reversión es el

(11) Sobre la posibilidad de que la reserva de la facultad de disposición recaiga sobre la totalidad de la cosa donada ver LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II, 3.º, pp. 165-166, Barcelona, 1986.

falocimiento del menor no existirá tal conflicto. En los restantes supuestos habrá que distinguir caso por caso si existe un beneficio real para el menor.

Si la reversión lo es en favor de otras personas distintas de los padres donantes, en principio hay que entender que no existe tal conflicto (en cuanto los padres no son los beneficiados del hecho reversional).

— La donación con prohibición de disponer.

En nuestra opinión no existe conflicto de intereses (12). Tal criterio se mantiene aunque la facultad de dispensar tal prohibición corresponda precisamente a los propios padres donantes.

El fundamento radica en que, por una parte, el hijo menor incrementa su patrimonio, y por otra, los padres sufren un correlativo empobrecimiento. No hay, por tanto, perjuicio; o mejor dicho el perjuicio es de cargo de los padres representantes legales.

b) Cuando el representante verifica en su favor un acto consistente en el cumplimiento de una obligación que el representado tiene contraída con aquél.

Podríamos citar como ejemplo el supuesto en que los padres toman dinero del patrimonio de su hijo para pagar una deuda vencida, líquida y exigible que el menor tiene contraída con aquéllos. Tal acto, en principio, sería admisible y no cabría entender que existe conflicto de intereses, ya que el cumplimiento de lo debido no puede entenderse como perjuicio para el menor cumplidor.

Sin embargo el tema no es tan sencillo. Las dudas pueden surgir no tanto por el hecho del pago sino propiamente en el tema de la acreditación de la realidad de la obligación que se paga. Esto es los padres pueden incurrir en conflicto de intereses si son ellos mismos quienes aprecian la existencia de la obligación a cargo del hijo, y no lo hacen con medios estricta-

(12) En tal sentido tiene interés el *Boletín del Colegio de Registradores* número 284, en el que se indica en su página 2613: «[...] se negó en Alicante que una donación de padres a hijo menor (representado por ellos mismos) con prohibición de disponer incurría en autocontrato, por tratarse de una simple donación disminuida y no condicional y onerosa».

Estoy de acuerdo con lo dicho, pero con un maliz: es evidente que sí existe autocontrato (sólo actúan los padres: como donantes y como representantes de los donatarios). Lo que ocurre es que no hay conflicto de intereses porque no existe perjuicio para los representados: por tanto existe autocontrato pero éste es directamente lícito y admisible, por lo que no es precisa la intervención del defensor judicial.

mente objetivos (como sería, por ejemplo, una Sentencia firme que fijare el importe vencido, líquido y exigible de la deuda).

c) Cabe precisar, en el ámbito notarial, otros supuestos en los que el cumplimiento de lo debido excluye el conflicto de intereses.

Así ocurre si, en virtud de una previa permuta de solar a cambio de obra futura, el hijo está obligado a entregar a sus padres ciertos pisos debidamente identificados; en este caso, si tal contraprestación está suficientemente determinada con carácter previo, cabría considerar que es posible otorgar la escritura de entrega de los mismos sin necesidad de intervención de defensor judicial.

4.º) Conclusiones.

Recapitulemos lo dicho fijando las dos primeras conclusiones:

1.º) El autocontrato en sentido estricto sólo existe si se produce la autoentrada del representante, de modo que éste sea parte en el negocio representativo. Ahora bien junto al autocontrato existen los denominados supuestos asimilados al mismo los cuales están sujetos, en principio, a un análogo régimen jurídico.

2.º) Los conceptos de «autocontratación» y «conflicto de intereses» forman dos círculos secantes, en cuanto presentan una zona común a ambos y otra zona diferenciada. El autocontrato, como regla general, lleva ínsito un conflicto de intereses; pero, tal y como vimos, existe conflicto de intereses sin autocontrato, y autocontrato sin conflicto de intereses.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el epígrafe anterior hemos delimitado el concepto de autocontratación.

El siguiente paso es determinar cuales son las coordenadas jurídicas que definen su ámbito de actuación. Tal aproximación nos sugiere dos temas de interés: el primero es determinar si el autocontrato sólo se origina en el seno de una relación representativa; el segundo consiste en identificar en que concreta modalidad de actos o negocios jurídicos puede surgir la figura que estudiamos. Comencemos por el primero de ellos.

1) Autocontrato y relación representativa.

a) En principio el autocontrato surge como consecuencia del ejercicio por parte del representante, y en favor de éste, de las facultades conferidas por el representado.

El contrato consigo mismo presupone un desdoblamiento del otorgante, que actuará tanto en nombre propio como en nombre y representación de su representado. Precisamente es la figura de la representación directa la que posibilita tal desdoblamiento; por ello, en principio, autocontrato y representación son, o parecen ser, conceptos inseparables.

b) Sentado el criterio general se trata de averiguar si existen supuestos en los que el autocontrato surja al margen de la representación.

Haremos referencia a varios supuestos objeto de debate.

a') El primero de ellos se produce cuando un sujeto es titular de dos o más patrimonios separados.

Como sabemos una persona puede, junto a su patrimonio personal y sin mezclarse jurídicamente con él, ser titular de otros patrimonios autónomos, afectos a ciertas deudas o responsabilidades (13). Pues bien su titular puede, actuando de modo unilateral, establecer relaciones obligacionales y reales entre ambas masas patrimoniales.

Citemos los siguientes ejemplos:

— Así ocurre con el heredero que acepta a beneficio de inventario, ya que en este caso es titular de dos patrimonios, el suyo propio y el correspondiente a la herencia inventariada. Pues bien los negocios que celebre el heredero entre ambos patrimonios cabría considerarlos como un supuesto en que se produce autocontratación al margen de una relación representativa.

Sin embargo, en este caso, no existe verdadero autocontrato, sino tan sólo una apariencia de autocontrato. La razón es la siguiente: en el autocontrato, tal como vimos, necesariamente se ponen en relación las esferas jurídicas de dos personas distintas. Por contra, en este caso, se relacionan dos patrimonios pero no dos sujetos jurídicos diferentes. Por tanto hay pluralidad o desdoblamiento en el aspecto objetivo (patrimonios) pero no se cumple el requisito de que se produzca tal desdoblamiento en el aspecto subjetivo (personas).

(13) Para el concepto de patrimonio autónomo, ver LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, I. 3.º, Barcelona, 1984, pp. 73 y ss.

Además la unidad de titular excluye lo que es el contenido central del autocontrato, el conflicto de intereses que se produce entre varios sujetos como consecuencia de la actuación unilateral de uno de ellos.

— Las reflexiones hechas anteriormente son trasladables al supuesto de heredero fiduciario, el cual es titular tanto de su patrimonio personal como del patrimonio autónomo constituido por la herencia fideicomitida (que le pertenece si bien sujeta a la obligación de conservar sus elementos integrantes con el objeto de entregarlos al fideicomisario en su debido momento).

— El tercer ejemplo que ofrecemos tiene un notable interés práctico. Se trata de las transmisiones que se verifican desde el consorcio matrimonial, integrado por ambos cónyuges, en favor de uno de ellos; o viceversa: del cónyuge o cónyuges al patrimonio consorcial.

A este respecto es irrelevante que tal consorcio se configure como régimen de gananciales, comunidad legal tácita aragonesa o régimen de conquistas navarro.

Tomemos como punto de partida el supuesto en que el marido compra un bien ganancial.

En este caso cabría entender que existe autocontratación al menos en un sentido formal, ya que por un lado el marido es parte compradora y, por otro lado, es codenador (en cuanto cotitular del patrimonio ganancial). De modo que la posición jurídica del marido presenta un desdoblamiento en dos partes sin que exista relación representativa alguna, ya que no cabe entender que los cónyuges sean representantes del consorcio matrimonial.

Se trataría de un autocontrato singular en el que, además, el conflicto de intereses queda genéticamente salvado, en cuanto que el acto está, desde el momento inicial, necesariamente consentido por ambos cónyuges, con lo que se elimina todo riesgo de perjuicio para uno de ellos.

Sin embargo no está claro que debamos de hablar en este caso de un autocontrato. En efecto si un apoderado compra la finca del poderdante está comprando lo que no es suyo; por contra el cónyuge que compra al consorcio matrimonial podemos decir que, en cierta medida, adquiere lo que ya es suyo, si bien bajo otra forma de organización de la propiedad y en situación de cotitularidad.

Por ello el supuesto analizado no se responde exactamente al concepto de autocontrato.

b') El segundo supuesto que analizaremos lo constituyen las sustituciones pupilar y ejemplar.

El ascendiente puede disponer quien hereda al descendiente menor de catorce años (sustitución pupilar) o al descendiente mayor de catorce años declarado incapaz (sustitución ejemplar). Pues bien la pregunta que nos planteamos es si tal ascendiente puede designarse a sí mismo como heredero del menor o incapaz, al menos en relación a los bienes que le donó en vida.

La respuesta ha de ser negativa. Pero el motivo no radica en un posible conflicto de intereses entre el ascendiente y el descendiente. La imposibilidad apuntada deriva de la propia estructura jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar, ya que recordemos que la eficacia de las mismas queda supeditada, entre otros requisitos, a la premoriencia del ascendiente respecto al menor o incapaz sustituido. Luego si el ascendiente premuere al menor no es posible que le herede, con lo que ni siquiera cabe que se plantee el problema que apuntamos (14).

c') Sociedad de capital unipersonal.

Se trata de determinar si determinados actos que verifica por sí el socio único suponen autocontratación.

Pensemos en el supuesto en que el socio único se nombra a sí mismo administrador social. ¿Cabe hablar en estos casos de autocontratación o conflicto de intereses? La respuesta, en nuestra opinión, es negativa.

En efecto la sociedad de un solo socio mantiene sus órganos legales, incluyendo la junta general; pues bien el socio único se identifica con la junta y tiene las competencias propias de la misma. Por tanto al nombrarse como administrador no hace sino ejercitar las competencias que legalmente le corresponden. No hay que confundir al socio como órgano con el

(14) El ascendiente puede lograr el efecto pretendido —recuperar los bienes que donó— de otro modo. Por ejemplo incluyendo en la donación un pacto de reversión o en virtud de la reversión legalmente prevista en el art. 811 CC (pero en este caso sólo si el descendiente a su vez no deja descendientes).

socio como persona; en caso de nombramiento de administrador actúa el socio en cuanto junta general (15).

Sobre el tema de la sociedad unipersonal volveremos más adelante al ocuparnos de la representación orgánica.

### Conclusión

Tras la exposición realizada cabe señalar que, en principio, el autocontrato, en cuanto figura jurídica que lleva ínsito un conflicto de intereses, tiene su ámbito propio de aplicación en relación a una relación representativa. Por contra el conflicto de intereses, como venimos diciendo, puede existir fuera del ámbito representativo.

2) Actos y negocios en los que puede producirse la autocontratación.

Vamos a cambiar la perspectiva de nuestro análisis. Nos ocuparemos del segundo tema que anunciamos como objeto de estudio, de modo que se trata ahora de determinar en qué tipo de negocios puede surgir el autocontrato, y en qué términos se plantea en los mismos. Para ello retomaremos la clasificación de los contratos que distingue entre los de cambio, asociativos y liquidativos.

a) Los contratos de cambio.

Comenzaremos con los contratos de cambio. Dentro de éstos el supuesto en que con mayor frecuencia se plantea la autocontratación es el que se produce en el seno del negocio bilateral.

Dentro de la categoría de negocios bilaterales quizás el más susceptible de originar un conflicto de intereses sea el denominado negocio sinalagmático, que son aquellos en que las prestaciones asumidas por ambas partes son correspectivas, esto es, cada una de ellas actúa como causa de la otra, con la consecuencia de que ambas partes quedan recíprocamente acreedoras y deudoras la una respecto de la otra.

El carácter correlativo de las prestaciones provoca que, en este caso, exista una contraposición frontal entre los intereses de ambas partes, de modo que el beneficio de una es el perjuicio de la otra.

(15) En tal sentido, CABANAS TREJO, R., comentario a la R. 3 de junio de 1999, en *La Notaría*, 7/8, p. 371.

Por ello la actuación de una sola parte regulando los intereses de ambas genera una lesión, o riesgo de lesión, en perjuicio del representado; cabe señalar, por tanto, que el negocio sinalagmático nos ofrece el ejemplo típico de autocontrato.

Señalemos que también puede existir autocontratación en ciertos negocios plurilaterales (aquellos que tienen tres o más partes), como ocurre con la cesión de una posición contractual. En este caso intervienen cedente, cesionario y cedido, y también puede existir contraposición de intereses entre dichas partes.

#### b) Los contratos asociativos.

Pero la autocontratación puede existir no sólo en los contratos de cambio, sino también en los de carácter asociativo. El tema se plantea con cierta frecuencia en relación a la constitución de sociedades (16).

En efecto lo que define la existencia de autocontratación, y la subsiguiente aplicación de su régimen cautelar, es la existencia de un conflicto de intereses. Pues bien tal conflicto puede existir aunque las obligaciones que asumen los asociados estén encaminadas al cumplimiento de un fin común a todos ellos. Esto es, en el contrato asociativo hay comunión en el fin pero existe contraposición de intereses en lo que respecta a las concretas obligaciones que asumen los asociados para cumplir tal fin común (17). Por ejemplo, la valoración de un inmueble aportado por cierto socio a la constitución social es un tema en el que, como veremos, existen intereses enfrentados (recordemos que tratándose de sociedad anónima el legislador impone un control externo a la valoración — ver el informe pericial del art. 38 LSA—).

La posibilidad de conflicto de intereses en el seno del negocio asociativo ha sido reconocida tanto por la doctrina (18) como por la propia D.G., como tendremos ocasión de ver más adelante al analizar las RSS. 9 de mayo 1978 y 14 de mayo de 1998.

(16) El carácter asociativo en relación al contrato de sociedad anónima o limitada queda un tanto atenuado desde el momento en que se admite la constitución por un solo socio; entonces predomina no el aspecto subjetivo, que pone el énfasis en las personas que se asocian, sino el objetivo, que ve en la sociedad una estructura jurídica y centro de imputación de relaciones patrimoniales.

(17) El fin común no provoca necesariamente que las declaraciones de voluntad de los socios sean paralelas, sino que como veremos pueden estar enfrentadas.

(18) Ver en tal sentido Díez Pícazo, L., *La representación...*, op. cit. p. 213.

#### c) Los contratos liquidativos.

El autocontrato es particularmente relevante en los denominados negocios o contratos liquidativos (19), tales como la división de la herencia o de la cosa común.

El contrato liquidativo se diferencia del contrato de cambio, entre otros extremos, en que en aquél existe una finalidad común a todas las partes, consistente en que una situación de comunidad se transforme en unas titularidades individuales y exclusivas sobre bienes concretos.

Ahora bien pese a la existencia de una finalidad común las partes se encuentran en una situación de contraposición de intereses, ya que cada una de ellas defiende su interés propio; en efecto lo que percibe uno de los copartícipes dejan de recibirlo los restantes.

Más adelante estudiaremos la doctrina de la D.G. en relación a diversos contratos liquidativos.

#### d) Autocontratación y actos jurídicos de carácter no contractual.

La autocontratación se origina normalmente en relación a contratos, pero también es perfectamente posible respecto a otros actos jurídicos cuya naturaleza contractual está discutida. En tal sentido podemos citar dos ejemplos:

— En primer lugar la donación, la cual es configurada por algunos autores no como un contrato, sino como un acto dispositivo (20).

— El segundo ejemplo nos lo suministra el pago de la obligación, que para un sector doctrinal es un acto jurídico de naturaleza no contractual (21) (se habla, en tal sentido, no de acto negocial, sino de acto debido).

Por ejemplo el pago de legítima por parte del viudo en favor de los hijos menores catalanes (22) es un supuesto de autocontrato que, respecto a la valoración de tal crédito, plantea un conflicto de intereses.

(19) La terminología y definiciones empleadas en este epígrafe en relación a los diversos tipos de contratos procede de LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II. 2.º, Barcelona, 1977.

(20) No obstante parece más acertado conceptualmente a la donación como un contrato, si bien con la particularidad de que produce efectos no obligacionales sino dispositivos. Ver sobre este particular LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II. 3.º, pp. 123-124, Barcelona, 1986.

(21) Para una crítica de la teoría negocial del pago ver Díez Pícazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pp. 612-613, Madrid, 1979.

(22) Recordemos que el derecho a la legítima en Cataluña se trata de un mero derecho de crédito. Sobre el particular ver JOU I MIRABENT, L., en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1994, pp. 1187 y ss. (sobre todo p. 1188).

Tanto en la donación como en el pago cabe que surja la figura del autocontrato.

e) Los actos jurídicos unilaterales.

Finalmente señalemos que la autocontratación es ontológicamente incompatible con los actos jurídicos de carácter unilateral: es cierto que, en estos casos, hay una sola persona pero no se ponen en relación dos esferas de intereses pertenecientes a distintos titulares, lo que excluye el conflicto de intereses.

### III

#### AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

##### 1. IDEAS GENERALES

En la representación voluntaria, como sabemos, el poderdante, en virtud de la correspondiente declaración de voluntad de apoderamiento, legitima al apoderado para actuar con eficacia en su esfera jurídica.

El debate sobre el régimen jurídico de la autocontratación se ha planteado de forma paradigmática en sede de representación voluntaria, en orden a precisar que facultades puede ejercitar el representante sin incurrir en un conflicto de intereses con su representado.

Como consecuencia de lo dicho buena parte de las afirmaciones de índole general que se han expuesto con anterioridad son directamente trasladables al autocontrato que se produce en sede de representación voluntaria.

Por ello ahora sólo nos ocuparemos de dos temas concretos: en primer lugar tipificaremos las distintas modalidades de autocontrato así como los supuestos asimilados al mismo, y en segundo lugar examinaremos alguna modalidad concreta de apoderamiento que provoca, por su propia naturaleza, un conflicto de intereses.

##### 2. TIPIFICACIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE AUTOCONTRATO EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Procede ofrecer un esquema de los diversos supuestos en que cabe, o puede ser posible, el autocontrato o la situación jurídica asimilada al mismo:

a) El primero de ellos es aquél en que el apoderado directamente ejercita en su propio beneficio las facultades que le confiere el poder (lo que anteriormente denominamos autoentrada).

El ejemplo clásico lo constituye el apoderado que compra para sí la finca que el poderdante le ha encomendado vender. Es la modalidad que presenta un esquema más sencillo, por lo que, en cuanto a su estudio, remitimos a las ideas generales examinadas con anterioridad.

b) El segundo ejemplo, ya visto, lo constituye los supuestos de doble o múltiple representación.

Tal y como vimos en estos casos, aunque no se produzca la autoentrada del apoderado, al ser éste representante, en forma simultánea, de varios sujetos distintos incurre en un riesgo de parcialidad que provoca un conflicto de intereses cuyo régimen jurídico se asimila al autocontrato (ver, entre otras, la R. de 20 de septiembre de 1989). Nos remitimos a lo que ya se comenta en otros puntos de este trabajo.

c) Es interesante señalar que también es posible que surjan otros supuestos equiparables al autocontrato aunque el representante no incurra en doble o múltiple representación ni tampoco, en el ejercicio de su poder, vincule su patrimonio con el del representado. No hay autoentrada, no hay múltiple representación y, sin embargo, apreciamos la existencia de un conflicto de intereses.

Veamos dos ejemplos que ilustran la afirmación anterior:

1.º) En primer lugar imaginemos que el apoderado se vende no a sí mismo (formalmente, por tanto, no hay autocontrato), sino a su propia esposa, la cual está casada con él en régimen de comunidad.

En este caso el apoderado se está vendiendo no exactamente a sí mismo pero sí a una comunidad de la que forma parte integrante. Por ello cabe hablar de autocontrato, o mejor aún de situación asimilable al autocontrato. Precisamente porque el apoderado no es ajeno al resultado del negocio no está en situación de neutralidad, razón por la que hemos de entender que carece de facultades para tal acto, siendo por ello preciso la ratificación del poderdante.

2.º) El segundo ejemplo es más complejo, y resulta del estudio de los hechos enjuiciados por la R. de 14 de julio de 1998.

Se trataba de una escritura de préstamo hipotecario en la que, junto al Banco acreedor, actuaba una persona en un doble concepto: por un lado, en nombre propio recibe un préstamo (23); por otro actúa como apoderado de los dueños de la finca hipotecando la misma en garantía de tal préstamo.

En la nota de calificación el Registrador señala como defecto la existencia de un conflicto de intereses.

Sin embargo en favor de la admisibilidad del negocio concertado cabe señalar que en este caso no existe contraposición de intereses, ya que el apoderado no ostenta una doble representación (sólo representa a los hipotecantes) y tampoco está vinculando su patrimonio con el de los poderdantes. En tal sentido cabe indicar que, como consecuencia del ejercicio de tal poder, se crea una relación jurídica de derecho real de hipoteca entre el Banco y los poderdantes; por tanto el apoderado no es parte en la misma.

Sin embargo la D.G. considera que en este caso existe un conflicto de intereses, asimilable al autocontrato *strictu sensu*, y ello en base al siguiente razonamiento:

Es cierto que el derecho real de hipoteca constituido en uso del poder es una relación jurídica en la que no participa el apoderado, ya que surge únicamente entre el banco acreedor y los poderdantes, pero tal relación está subordinada a la relación de préstamo que crea el apoderado con el banco acreedor. Y lo cierto es que el apoderado para obtener tal préstamo ha tenido que constituir la hipoteca, por lo que ambos actos jurídicos están funcionalmente vinculados. Por ello procede hacer una valoración conjunta de ambas relaciones jurídicas (la principal de obligación, la subordinada de garantía), de donde resulta la existencia de un evidente conflicto de intereses.

Concluye la D.G. señalando que la situación jurídica resultante se asimila al autocontrato *stricto sensu* siendo preciso que los representados autoricen la hipoteca que se constituye.

d) Otra modalidad de autocontrato, o supuesto asimilado al mismo, tiene lugar cuando se autocontrata por medio de persona interpuesta.

(23) En realidad eran varios prestatarios, pero tal dato, a los efectos del razonamiento, es irrelevante. Por ello simplificamos las circunstancias fácticas.

En estos casos el representante no contrata directamente consigo mismo, sino con una persona en quien previamente ha delegado sus facultades (por ejemplo, un subapoderado).

El debate jurídico sobre el particular está adecuadamente analizado en la R de 21 de mayo de 1993 (que sigue el criterio de la R. de 30 de julio de 1976, si bien con una fundamentación más interesante).

Los hechos enjuiciados en la R. de 1993 eran los siguientes. Una persona ostentaba la doble condición de administrador de la sociedad compradora y apoderado de los vendedores. Pues bien tal persona, actuando en representación de la sociedad, a su vez apodera a un tercero, de modo que la escritura de compraventa no la otorga una persona, sino dos: por un lado, tal persona como apoderado de los vendedores, por otro la persona a quien ha apoderado en nombre de la sociedad compradora. La sociedad, además, ratificó la compraventa.

El Registrador consideró que, pese a la existencia de persona interpuesta, existía un autocontrato que debía ser autorizado no sólo por la sociedad compradora, sino también por los vendedores.

El Notario recurrente negó la existencia de autocontrato, ya que cada parte contratante actuaba por medio de una persona distinta, cada una de ellas dotada de su propia capacidad volitiva.

La D.G. desestima el recurso interpuesto.

El motivo radica en que, pese al mencionado apoderamiento en favor de un tercero, una sola persona sigue concentrando en sus manos el poder de disposición efectivo sobre ambos patrimonios. En efecto el administrador tiene un triple control sobre el poder que concedió: en su origen (es él quien elige la persona del apoderado), en su mantenimiento (puede revocarlo cuando desee) y, finalmente, en su ejercicio (el apoderado que nombra ha de ajustarse a las instrucciones que reciba del administrador concedente).

Por tanto la existencia de conflicto de intereses hace necesaria la ratificación de ambas partes contratantes.

El criterio expuesto ha sido posteriormente confirmado por la D.G. en la R. de 2 de diciembre de 1998.

Adicionalmente cabe apuntar que, en nuestra opinión, la solución sería distinta si el representante en vez de sustituir (subapoderar) su poder lo transmitiera, esto es colocare a otro sujeto en su lugar quedando él al margen de la relación representativa: en este caso desaparece el triple control sobre el apoderado a que aludíamos y cesa el fundamento para entender existente un conflicto de intereses.

e) Un último supuesto de autocontrato, o mejor de autocontrato encubierto, se produce si una persona actúa como representante de una parte y de otro lado actúa el administrador de una sociedad de la que todo el capital social, o una parte relevante del mismo, pertenece al primer representante.

En este caso, formalmente, no existe un autocontrato en cuanto comparecen dos personas, el que hemos denominado primer representante y también el administrador de la sociedad, cada una de ellas dotada de una declaración de voluntad; además aquel representante no es parte en el negocio representativo. Sin embargo, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, constatamos que el representante no puede ser neutral, ya que, a través de la sociedad interpuesta, se beneficia o perjudica en función de como se plasme el negocio. Por ello se precisará que los representados consientan la actuación de su representante.

Nótese que este supuesto, a diferencia de los anteriores, escapa al control de legalidad del Notario y al ámbito de la calificación del registrador, ya que el dato sobre el control de la sociedad no se manifiesta externamente (recordemos que incluso puede tratarse de una sociedad anónima cuyo capital está integrado por acciones al portador). Por tanto queda al margen del sistema de seguridad jurídica preventiva de modo que la apreciación del posible conflicto se encomienda a los Jueces y Tribunales.

### 3. SUPUESTOS ESPECIALES DE AUTOCONTRATO EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

La representación voluntaria cubre la práctica totalidad del ámbito patrimonial. Sin embargo ahora nos vamos a referir únicamente a dos modalidades de apoderamiento que directamente remiten al tema del autocontrato.

1.º) El poder conferido por una parte a la otra parte contratante con la finalidad de subsanar los posibles defectos que padezca el documento otorgado.

Tal tipo de poderes, aunque posible en todo tipo de negocios de índole patrimonial, se da con cierta frecuencia en relación a las escrituras de constitución de sociedad y de concesión de préstamo hipotecario.

En estos supuestos una de las partes confiere facultades a la otra (normalmente al Banco acreedor o a uno de los fundadores de la sociedad, según los casos) para que, en caso de apreciarse defectos en la calificación registral, proceda unilateralmente a verificar un nuevo otorgamiento subsanatorio de tales defectos.

Fijémonos que lo que tal poder contempla, o autoriza, no es propiamente la celebración de un autocontrato, sino algo similar o equiparable: la modificación unilateral del contrato previamente celebrado.

Tal apoderamiento es, en principio, válido y eficaz e implícitamente, dada su finalidad, se entiende que salva o permite el conflicto de intereses.

Ahora bien se plantea el problema de determinar cual es su posible alcance. En tal sentido diferenciaremos los siguientes casos:

Primero. Está claro que es admisible en orden a subsanar los defectos u omisiones de índole meramente formal o material.

Segundo. Es más dudoso que permita a la parte apoderada complementar declaraciones de conocimiento relativos a hechos o circunstancias que sólo competen a la contraparte: así no parece admisible que la entidad acreedora pueda subsanar la falta de declaración del hipotecante relativa al carácter familiar de la vivienda que se hipoteca.

Tercero. Parece que ha de quedar fuera de tal apoderamiento la posibilidad de subsanar unilateralmente los aspectos de fondo del negocio, como puede ocurrir si se pretende, por vía de subsanación, la sustitución de una finca hipotecada por otra.

De conformidad con lo indicado la autorización o apoderamiento contenido en el préstamo hipotecario no puede contemplar la posibilidad de cambiar las condiciones financieras, o incluso otras de índole no financiero como, por ejemplo, el lugar señalado para la práctica de las notificaciones o requerimientos.

En efecto si, en los casos apuntados, admitiéramos la posibilidad de modificación unilateral el contenido del contrato quedaría prácticamente indeterminado, además de vulnerarse el art. 1256 CC que impide que el cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de una de las partes.

La autorización, recordemos, no lo es para fijar las condiciones negociales del contrato, sino para subsanar los defectos padecidos.

La R de 21 de marzo de 1994 acepta, en términos generales, la validez y eficacia de tales apoderamientos si bien, lógicamente, no tienen carácter inscribible.

2.º) El mandato concedido al acreedor hipotecario en relación al procedimiento de ejecución extrajudicial.

El procedimiento de ejecución extrajudicial regulado en los arts. 129.2 LH y 234 y ss. RH permite que el deudor designe al acreedor como mandatario suyo en orden a que, en su caso, pueda otorgar la escritura de venta resultante de la ejecución (24).

La actuación unilateral del acreedor en el otorgamiento de la compraventa podría conducir a un autocontrato, en el supuesto de que el adquirente de la finca lo sea precisamente tal acreedor.

Sin embargo en favor de tal actuación cabe hacer dos afirmaciones:

— Sería un supuesto en que tal modalidad de otorgamiento unilateral está legalmente prevista y tolcrada.

— En realidad no se trata propiamente de un autocontrato, en cuanto tal actuación unilateral no se manifiesta en la fase decisoria, sino en la fase ejecutoria (25): se trata de la formalización documental de un acto ejecutivo previo tramitado ante la autoridad notarial competente.

Esto es, la escritura no resulta del libre concurso de la voluntad de dos partes, sino de la ejecución forzosa de una deuda. Por ello al no existir

(24) Tiene interés recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de mayo de 1998 que considera inconstitucional el art. 129.2 LH y, consiguientemente, este procedimiento de ejecución extrajudicial.

(25) Idea tomada de RODRÍGUEZ BOIX, F., comentario a la R. de 2 de diciembre de 1998, ya citada, p. 417, citando la opinión de BUENAVENTURA CAMY.

auténtica concurrencia de voluntades no existe posibilidad de conflicto entre las mismas.

Finalmente deberíamos ocuparnos ahora de los modos de salvar el conflicto de intereses en sede de representación voluntaria. Sin embargo, dado lo relevante del tema, y la extensión del mismo, le asignaremos un epígrafe independiente (en concreto el número 6.º) con objeto de dedicarle la atención que merece.

#### IV

### AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Tiene lugar la representación legal cuando la legitimación del representante para actuar en nombre e interés del representado deriva no de la voluntad de éste, sino de una norma legal.

La representación legal es un fenómeno plural pues incluye una variedad de supuestos, cuyo denominador común es la necesidad de protección y/o control del representado, cuya voluntad es sustituida por la del representante.

La Ley es la causa de la representación legal, pero también su límite: por ello señala en qué concretos supuestos existe representación legal, quién es el representante y qué amplitud tienen sus facultades. También, y éste es el aspecto que ahora nos interesa, prevé qué ocurre si se produce un conflicto de intereses con el representado.

En el presente estudio nos ocuparemos de esta última cuestión. Comenzaremos con la patria potestad, haremos una breve referencia a la tutela y finalizaremos con una mención a los supuestos de asistencia legal (si bien no son casos de representación legal si presentan cierta semejanza con la misma, razón por la que los tratamos en el presente capítulo).

#### 1. LA PATRIA POTESTAD

Los padres, como regla general, tienen la representación legal de sus hijos menores y también de aquellos mayores incapacitados sobre los que se prorroga la patria potestad (arts. 162 y 171 CC).

Lógicamente tal representación no se da si entre los progenitores y el menor existe un conflicto de intereses (art. 162.2.º CC). En este caso cesan facultades representativas de los padres, los cuales quedan sustituidos para ese asunto concreto por el defensor judicial (art. 163 CC). Advertimos ya desde este primer momento que las referencias que en adelante hagamos al menor son trasladables, en principio, al mayor incapacitado sujeto a patria potestad prorrogada (art. 171 CC).

Nos ocuparemos a continuación de los conflictos que surgen con ocasión de la constitución de sociedades, división de la cosa común, partición hereditaria y liquidación de la sociedad conyugal. Comencemos por el primero de ellos.

1) La concurrencia de los padres e hijos menores en la constitución de la sociedad de capital.

Es frecuente la constitución de las denominadas «sociedades familiares» (la categoría es meramente doctrinal, sin apoyo en el derecho positivo). Se trata, normalmente, de sociedades anónimas o limitadas en las que comparecen los progenitores, actuando en nombre propio y en representación legal de sus hijos menores. Por tanto, la condición de fundadores corresponde tanto a padres como a los hijos menores, si bien sólo aquéllos son los otorgantes de la escritura.

La doble intervención de los padres plantea la pregunta sobre si dicha concurrencia provoca o no un conflicto de intereses entre padres e hijos menores.

En principio la respuesta es negativa, ya que entre los fundadores de la sociedad (en este caso, padres e hijos menores) no existe contraposición de intereses, sino confluencia de los mismos. En efecto existe un fin común al que se dirigen conjuntamente todas y cada una de las voluntades fundacionales.

Sin embargo tal regla general presenta excepciones, ya que la concurrencia de voluntades puede tornarse en contraposición de intereses si los pactos fundacionales o las cláusulas estatutarias introducen ventajas o privilegios excesivos en favor de los padres representantes.

Con carácter previo señalaremos que si la ventaja o beneficio concurre en uno solo de los progenitores, el consentimiento del otro subsana la contradicción de intereses; en efecto el art. 163.2 CC señala que si el conflic-

to existe sólo con uno de los progenitores corresponde al otro, por Ley y sin necesidad especial nombramiento, representar al menor o completar su capacidad.

Pues bien la dificultad consiste en concretar qué se entiende por ventaja excesiva o injustificada. La respuesta sólo puede hacerse en forma individualizada analizando caso por caso. A título de ejemplo señalárcinos los siguientes:

a) La reserva de derechos económicos especiales en favor de los padres (ventajas en favor del fundador).

El art. 11 LSA permite expresamente tal posibilidad en favor de los fundadores (fijando unos límites); por otro lado, tratándose de sociedades limitadas, tales ventajas podrían introducirse por vía de pacto.

La cuestión que se plantea es si, siendo fundadores tanto los padres como los hijos, es posible que las ventajas queden establecidas sólo en favor de los padres, o por contra, en tal supuesto, surge un conflicto de intereses que exige el nombramiento de defensor judicial.

No es fácil dar una respuesta. Si las ventajas son de pequeña cuantía, cabe entender que compensan el trabajo asumido por los padres en orden a constituir la sociedad (labor que, según los casos, puede ser compleja). Por contra si no son proporcionadas podría surgir un conflicto de intereses. Tal precisión no se puede hacer con carácter general, sino caso por caso.

b) La valoración de la aportación no dineraria en la constitución social o el aumento del capital social.

Tanto en la constitución de la sociedad como en el aumento de capital puede producirse la aportación de un inmueble.

Pues bien el conflicto de intereses entre padres e hijos puede existir en dos supuestos:

— Si quienes aportan son los padres, el riesgo radica en que sobrevaloren el bien de modo que su participación en el capital social será superior a lo que realmente debería corresponderles. Correlativamente la participación del menor será inferior a lo debido.

— Si los padres actúan como representantes legales del menor aportando el inmueble en su nombre, el menor corre el riesgo inverso: que su aportación se infravalore y reciba una participación inferior a la debida.

Tratándose de sociedad anónima o sociedad comanditaria por acciones el conflicto no existe o, mejor dicho, queda superado, ya que la fijación del valor del bien se verifica en forma objetiva por medio de un informe pericial expedido por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil (art. 32 LSA). Por tanto, en este caso quienes valoran no son los padres ni tampoco eligen a quien valora.

Por el contrario, tratándose de sociedad limitada la valoración, a reserva de lo que diremos, la verifican los padres (26). En este caso surge la contraposición de intereses entre los padres y el menor.

Son tres las posibles vías existentes para superar tal conflicto:

— Si sólo es aportante uno de los progenitores, el otro, por disposición legal, puede salvar el conflicto consintiendo la valoración propuesta (art. 163.2 CC). Si quien aporta es el menor, el conflicto puede salvarse si uno de los progenitores no es socio —no es parte en el negocio—; entonces en él no se produce el conflicto, por lo que en base al art. 163 CC será persona idónea para consentir en nombre del menor la valoración propuesta.

— El informe pericial sobre valoración de la aportación no dineraria tiene, en la sociedad limitada, carácter facultativo. Pues bien, el conflicto queda superado si voluntariamente se solicita que la valoración se realice por un técnico independiente en los términos previstos por la normativa sobre sociedades anónimas. La objetividad de la valoración excluye el conflicto.

Se plantea en este punto, tanto para sociedad anónima como para sociedad limitada, una cuestión adicional. El art. 133.2 RRM permite inscribir la constitución social o aumento de capital aunque exista una sobrevaloración de la cosa aportada de hasta un veinte por ciento respecto al informe pericial. Pues bien tratándose de una sociedad en la que participen los padres y sus hijos menores tal sobrevaloración sólo será posible si el aportante es el hijo (ya que entonces los padres están reforzando la posición del

(26) Los menores además, en cuanto fundadores, quedan respondiendo frente a la sociedad y los acreedores sociales de la realidad y valoración de su aportación no dineraria, lo que refuerza su interés en que la actuación de sus padres sea correcta (art. 21 LSRL).

menor en el capital social al darle una mayor participación, con lo que se excluye la posibilidad de perjuicio, y con ello el conflicto), pero no si lo son los progenitores (ya que resurgiría el conflicto).

— En defecto de alguna de las dos soluciones apuntadas con anterioridad la existencia de conflicto de intereses obliga a que, en nombre y representación del menor, actúe el defensor judicial (art. 163.1 CC).

El problema examinado, y las soluciones apuntadas, se plantean en los mismos términos si se trata de aportación de inmueble como desembolso del aumento de capital social.

c) La designación de los padres como titulares del órgano de administración.

La designación de los administradores ha de hacerse en el acto constitutivo por todos los fundadores actuando en forma unánime. Si la sociedad la constituyen los padres actuando por sí y en representación legal de los hijos menores se plantea si tales padres pueden autonombrarse administradores.

Una ya antigua R. de 9 de marzo de 1943 se manifestó en contra de tal posibilidad (pero lo cierto es que el padre se reservaba en los estatutos no sólo la administración vitalicia y exclusiva, sino también ciertas facultades adicionales; la D.G. consideró que tal actuación incurría en contradicción de intereses, pero recordemos que los hechos eran un tanto atípicos y la legislación sobre sociedades limitadas distinta a la actual).

Por contra hoy en día entendemos que los padres pueden nombrarse administradores de la sociedad en que sus hijos menores son socios sin incurrir en conflicto de intereses. El argumento en favor de tal criterio es doble:

— En este punto no hay contraposición, sino concurrencia de intereses: tanto los padres titulares de la representación legal como los menores que representan están recíprocamente interesados en el mejor cumplimiento del objeto social, y en la obtención de la mayor ganancia.

— Por otro lado los padres, por disposición legal y como regla general, ya son administradores del patrimonio de los hijos menores. Pues bien cabe decir que, en virtud del nombramiento como administradores sociales, no hacen sino administrar, de acuerdo a las normas del derecho de sociedades, esa concreta porción del patrimonio de los menores que ha sido objeto de aportación social. Una forma de administración —la social— sustituye a la

existente con anterioridad —la paterna— pero no varía ni la persona del representante ni la finalidad pretendida (la gestión adecuada del patrimonio del menor).

d) Fijación de una retribución en favor de los padres administradores.

Si los padres, en cuanto administradores, se atribuyen una remuneración que es conforme a los usos mercantiles no parece que tal pacto provoque un conflicto de intereses con los menores representados. En tal sentido distinguiremos según la modalidad de retribución:

— Si se trata de participación en beneficios el conflicto de intereses no surge en cuanto la propia Ley señala los límites (ver art. 66 LSRL —que señala un tope del diez por ciento de tales beneficios— o, más flexible, el art. 130 LSA).

— Si se trata de otra modalidad de retribución (cantidad alzada, honorarios mensuales), y ésta es excesiva según la práctica habitual, puede surgir el conflicto de intereses. Habría que analizarlo caso por caso.

Una vez analizados los problemas que se plantean en relación al negocio societario examinaremos el conflicto de intereses en relación a los negocios liquidativos (división de la cosa común, partición hereditaria y liquidación de la sociedad de gananciales).

2) La división de la cosa común perteneciente a los padres y sus hijos menores.

Si los padres y los hijos menores son cotitulares de la cosa la división de tal comunidad puede plantear un conflicto de intereses.

En efecto, en estos casos los progenitores autocontratan en cuanto actúan en su propio nombre y derecho y también en representación legal de sus hijos menores.

La contraposición de intereses deriva del hecho de que lo que se atribuye el padre no lo percibe el hijo, y viceversa. Por ello el beneficio de una parte puede redundar en el perjuicio de la otra.

Ahora bien la determinación de la existencia de conflicto de intereses hay que hacerla caso por caso, diferenciando asimismo el tipo de titularidad que ostenta cada persona.

Distinguiremos los siguientes supuestos:

a) Progenitor titular del usufructo e hijo menor nudo propietario de una cuota de la cosa.

La división de la cosa común, como sabemos, han de formalizarla todos los condóminos. En este caso, el padre actúa tanto en nombre propio como en representación del menor.

Pues bien, en principio, la actuación del padre no provoca un conflicto de intereses, ya que los intereses del mismo son concurrentes con los del menor: simplemente el usufructo del padre continuará sobre la porción adjudicada al menor.

La solución expuesta es defendible, en principio, tanto si el usufructo recae sobre toda la cosa como si sólo grava la cuota correspondiente al menor.

El criterio expuesto se contiene en la STS 5 de diciembre de 1959 que señala que no existe conflicto pues «la madre tenía un interés armónico con el del hijo, pues a mayor participación de éste, mayor sería su participación usufructuaria».

El planteamiento es el mismo si el usufructo corresponde al menor y la nuda propiedad al padre.

b) División de la cosa común con adjudicación de la misma a uno de los condóminos y compensación en metálico a los demás.

Veamos dos posibilidades:

1.º) La primera retoma el supuesto anterior —una de las cuotas corresponde en nuda propiedad al hijo menor y en usufructo a su progenitor—, pero ahora la división de la cosa común se hace adjudicando a otro de los condóminos la plena propiedad de la cosa y recibiendo los restantes una compensación en metálico.

Tal procedimiento es el razonable tratándose de cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división (art. 1062 CC).

Pues bien la R. de 27 de noviembre de 1986 acertadamente considera que, en este caso, sí existe conflicto de intereses entre la madre viuda y los hijos menores que representa.

La D.G. señala que es cierto que tanto la madre como el menor están interesados en obtener el mayor importe dinerario. Hasta aquí la coincidencia de posturas.

Sin embargo, y ahora surge el conflicto, la madre, con tal proceder, modifica el objeto de su derecho de usufructo en cuanto ya no recaerá sobre un inmueble, sino sobre una cantidad de dinero. Y tal modificación correlativamente altera la naturaleza del derecho del menor.

Lo cierto es que la transmutación operada en la relación jurídica puede perjudicar al menor, ya que no es lo mismo ser titular de la nuda propiedad de un inmueble que de la nuda propiedad de una cantidad de dinero. En efecto la viuda, como usufructuaria, pasará a cobrar el interés que produzca el dinero; y sin embargo tal interés más que verdadero beneficio quizás sea una mera compensación de la pérdida de valor del dinero provocada por la inflación.

Existe el riesgo de que tal división de la cosa perjudique al menor —recordemos que basta el riesgo, aunque no conste daño efectivo—, y eso es suficiente para exigir la actuación de un defensor judicial.

Pero es que además la concreta modalidad particional que analizamos implica la transmisión onerosa de un inmueble del menor, por lo que si éste se adjudica a un condómينو a cambio de una compensación en metálico se precisaría autorización judicial en base al art. 166 CC. No obstante habrá que entender que el Juez al nombrar el defensor judicial para que verifique tal acto ya lo está tácitamente autorizando, por lo que sería innecesario añadir una autorización judicial adicional (27).

2.º) El segundo supuesto es aquél en que el menor y el progenitor son titulares de sendas cuotas en la comunidad. Son varias las posibilidades:

— Si la división se hace adjudicando la cosa al padre el cual compensa en metálico a los demás condóminos, incluyendo el hijo, existe conflicto de intereses.

Tal conflicto se plantea tanto en la decisión de comprar como en la valoración de la compensación en metálico. Además tal modalidad parti-

(27) De todas formas si el acto para el que se precisa defensor judicial está incluido en el art. 166 CC —actos que precisan autorización judicial— parece una medida oportuna incluir en el auto judicial de nombramiento una referencia expresa a tal autorización.

cional equivaldría a una venta del hijo en favor del padre, de modo que se precisaría la autorización judicial prevenida en el art. 166 CC.

— Si la división se hace adjudicando la cosa al hijo también existe un conflicto de intereses con el padre, en cuanto la operación equivale a una venta del padre en favor del hijo. El riesgo de parcialidad existe a la hora de fijar la contraprestación a satisfacer por el menor.

— Si la división se hace adjudicando la cosa a otro de los condóminos en mi opinión no existe conflicto de intereses, si bien en cuanto es equiparable a la venta de la cuota de un inmueble del menor el representante legal precisará autorización judicial (art. 166 CC).

### 3) La partición de la herencia.

#### a) Idea general.

La partición hereditaria es el negocio jurídico por el que se liquida y pone fin a la comunidad hereditaria.

En la práctica es frecuente que, como consecuencia del fallecimiento de un progenitor, el viudo ostente un derecho de usufructo sobre la totalidad o una parte alícuota de la herencia, y que el hijo o hijos sean los titulares de la nuda propiedad del caudal hereditario (28); o bien, si el viudo es nombrado coheredero, aparece como cotitular junto a sus hijos menores.

Son varias las modalidades de partición por las que pueden optar los interesados. Las examinaremos desde la perspectiva de la posible existencia o no de un conflicto de intereses.

b) Partición con atribución de los bienes por cuotas indivisas en la proporción que resulta de la Ley o del testamento.

Tal fue el caso planteado en la R. de 27 de enero de 1987.

El premuerto, que era de vecindad civil balear, instituye heredera a su esposa y atribuye la legítima a sus tres hijas menores. El importe de la legítima balear en tal caso es de un tercio de la herencia, correspondiendo a la viuda heredera los dos tercios restantes.

(28) La extensión del usufructo del cónyuge viudo varía según el Derecho aplicable (común o foral, y dentro de esta última categoría son varias las posibilidades existentes), así como de la existencia o no de una atribución testamentaria en usufructo en favor del supérstite.

La viuda, actuando por sí y en representación de las hijas, otorga la escritura de herencia adjudicando cada bien hereditario por cuotas indivisas en la proporción señalada.

El Registrador de la propiedad deniega la inscripción de la escritura por entender que la viuda incurría en un conflicto de intereses siendo precisa, por tanto, la intervención de defensor judicial en representación de las hijas. El Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirma el criterio registral.

Apelado el citado auto la D.G., como no podía ser de otra forma, estima el recurso interpuesto considerando que no existe tal conflicto. Las razones son las siguientes:

— La aceptación de la herencia por la madre en nombre propio y en nombre de las hijas no implica oposición de intereses. El carácter de coherederas de madre e hijas ni mejora ni perjudica sus respectivas posiciones jurídicas. De hecho la madre puede aceptar en nombre de los menores, y tal circunstancia no queda alterada si la madre es coheredera.

— La atribución de un bien por cuotas indivisas cabe considerarla desde una doble perspectiva:

Desde un punto de vista económico la operación es irrelevante, ya que ni mejora ni empeora el valor de la cosa. Desde un punto de vista jurídico la transformación de una comunidad hereditaria en una comunidad romana no plantea problema alguno de lesión para los hijos, ya que las deudas hereditarias operan de igual forma en ambos supuestos (cfr. art. 1084 CC). Además si se ha omitido la inclusión de bienes partibles, en un momento posterior se puede complementar la partición verificando la adjudicación de los mismos en idéntica proporción.

Por ello la D.G. estima acertadamente que la modalidad particional estudiada no plantea conflicto de intereses entre los padres y los hijos menores.

#### c) Partición con adjudicación de bienes concretos.

1.º) Si el padre y los hijos menores son coherederos y la partición se verifica por aquél distribuyendo los concretos bienes entre sí y los restantes interesados surge un conflicto de intereses.

Tal conflicto tiene un doble carácter:

— Existe en la valoración de los bienes, ya que el progenitor se beneficia infravalorando los que recibe él y sobrevalorando los que reciben los hijos.

— También existe el riesgo en la distribución de los mismos. En efecto ni aún tratándose de bienes con idéntico valor actual se evita el peligro de parcialidad, ya que las expectativas de revaloración futura pueden ser distintos, de modo que, aun en igualdad de valor, puede ser más interesante recibir un bien que otro.

Por tanto, en este supuesto, la representación legal de los hijos menores corresponde no al progenitor, sino al defensor judicial que se designe.

La R. 11 de mayo de 1998 se ocupa de un supuesto en que un heredero es a la vez apoderado de otro coheredero. Se trata de un supuesto de representación voluntaria pero sus conclusiones son aplicables a la representación legal. Pues bien de tal R. cabe extraer dos ideas de interés:

— Si la partición la hace el apoderado adjudicando cada bien en la proporción correspondiente a las respectivas cuotas hereditarias, no existe conflicto de intereses.

— Pero si las adjudicaciones se verifican en forma distinta, existe conflicto de intereses; en tal caso los representados habrán de consentir tal partición.

2.º) Si el progenitor no es coheredero, sino que, en virtud de su representación legal, distribuye los bienes hereditarios entre los diversos hijos menores entonces no existe conflicto entre padre e hijos.

Sin embargo se plantea si tal conflicto existe en relación a los diversos hijos, ya que, al formalizar la partición, existe el riesgo de que el representante sea parcial en el sentido de que favorezca a algún hijo en perjuicio de otro.

Al ocuparnos de los conceptos generales ya hemos señalado que el supuesto de doble representación se equipara al de autocontrato. Por tanto parecería que, en coherencia con lo expuesto, si el padre ostenta la representación simultánea de varios hijos menores procede nombrar un defensor judicial para evitar el riesgo mencionado.

Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en nuestro derecho positivo, no se considera que existe conflicto de intereses. En efecto el art. 163 CC sólo prevé el nombramiento de defensor judicial si existe conflicto entre el pro-

genitor y los menores representados, pero no por el hecho de que el progenitor represente a varios hijos menores.

El fundamento radicaría en la mayor confianza que deposita el ordenamiento en el titular de la patria potestad.

La doctrina, en mi opinión acertadamente, se ha manifestado en contra de exigir defensor judicial en este supuesto (29).

d) Partición concurrendo viudo usufructuario e hijos menores herederos.

En este supuesto el padre no es coheredero junto a los menores, ya que la atribución en usufructo le equipara a un legatario (en el sentido de que no responde de las deudas hereditarias, art. 510 CC).

Procede diferenciar dos supuestos:

1.º) Si el usufructo del viudo es universal entonces la partición de la herencia, tanto se efectúe por conversión de la comunidad hereditaria en comunidad romana como por adjudicación de bienes concretos entre los herederos, no plantea problema. En cualquier caso el usufructo sigue recayendo sobre todos y cada uno de los bienes.

2.º) Si el usufructo del viudo recae sólo sobre una parte alícuota de la herencia (como ocurre con la legítima prevista en los arts. 834 y ss. CC) entonces en la partición procede distinguir las siguientes situaciones:

- Si sobre cada bien perdura el usufructo en la proporción originaria, con independencia de quien se adjudique el bien, no existe conflicto de intereses.

— Si el usufructo se concentra sobre algún bien o bienes concretos entonces surge una contraposición de intereses, ya que el viudo tiene interés en que su usufructo recaiga precisamente sobre los bienes que producen mayores frutos. Si se opta por esta modalidad particional se precisará que, en nombre de los hijos menores, intervenga el defensor judicial.

— Si los menores son herederos y el viudo, actuando en representación de ellos, conmuta el usufructo en base a los arts. 839 y 840 CC surge un evidente conflicto de intereses.

(29) Me refiero a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, p. 541, 1989.

— Si el viudo renuncia a su derecho entonces ya no forma parte de la comunidad hereditaria, ni ostenta derecho alguno sobre los bienes hereditarios. Por tal motivo desaparece la posibilidad de concurrencia con los hijos, y con ello la posibilidad de conflicto.

c) Partición en la que se ejercita una opción compensatoria de legítima.

a) Primer supuesto: La atribución al viudo del usufructo universal existiendo hijos menores legitimarios.

Es frecuente en el ámbito del Derecho común que el testador atribuya a su cónyuge el usufructo universal, de modo que los hijos reciban una porción mayor que lo que les correspondería por legítima pero sujeta a tal gravamen.

Tal atribución de usufructo universal es una de las posibles modalidades de las llamadas «cautelae socinianas», cuyo contenido lo constituye una opción compensatoria de legítima.

El testador, que actúa en base al art. 820.3 CC, simultáneamente reconoce el derecho del legitimario a oponerse a tal disposición testamentaria; ahora bien si éste se opone su derecho queda reducido a la legítima estricta, o, si la oposición lo es de todos los legitimarios, les lega lo que por legítima (larga) les corresponda.

Pues bien el posible conflicto puede surgir debido a que la decisión en nombre del legitimario menor sobre la conveniencia de aceptar o rechazar lo propuesto por el testador la toma precisamente el cónyuge a quien se quiere beneficiar con el usufructo universal.

Hemos de plantearnos si en este caso el viudo es neutral de modo que el ejercicio de la opción corresponda tal viudo o, por contra, se precisa un defensor judicial:

1.º) De acuerdo a un primer criterio cabe considerar que no es preciso tal nombramiento, ya que el viudo, al aceptar el usufructo universal, se limite a cumplir la voluntad del testador y, en definitiva, aceptando la opción propuesta también proporciona un mayor beneficio al menor (esto es, se benefician ambos: tanto el viudo como el menor). Son cuatro las razones que cabe aportar en defensa de tales afirmaciones:

— Aún computando el gravamen usufructuario el menor recibe un valor económico superior a lo que por legítima le corresponde.

— El viudo se limita a hacer efectiva la válida voluntad testamentaria del causante. En realidad no se trata de un conflicto entre la voluntad del viudo y la del menor que representa, sino que estamos ante un supuesto de prevalencia de la válida voluntad del testador sobre la del menor.

— La representación legal de los padres es la regla general, por lo que las excepciones hay que interpretarlas restrictivamente.

— Además el nombramiento de defensor judicial conlleva gastos económicos y retrasos en el otorgamiento del título, y, dado lo frecuente de la cláusula debatida, provocaría un exceso de trabajo en los Tribunales de Justicia. Por ello, en este caso, el hecho de que el viudo no haga sino confirmar la voluntad del testador debe inducirnos a mantener su representación. Es el tema, sobre el que volveremos más adelante, de encontrar el punto de equilibrio entre la verdadera necesidad de un defensor judicial y la asunción de los costes y retrasos que provoca su nombramiento.

Por otro lado si el viudo rechaza la mayor atribución gravada en favor del menor legítimo puede, o puede que no, esté perjudicando a su hijo menor pero, en cuanto no recibe beneficio alguno de ello, no cabe hablar de conflicto de intereses. Tampoco en este caso se precisará nombrar defensor judicial.

2.º) Un segundo criterio, por contra, estimaría que, siempre que el progenitor ha de ejercitar la facultad decisoria concedida por esta concreta cautela sociniana, existe un conflicto entre su interés y el del hijo representado, por lo que cesa su representación legal respecto a los hijos menores, procediendo el nombramiento de un defensor judicial.

De conformidad con este segundo planteamiento la contraposición de intereses entre el viudo y los menores está clara, ya que incluso cuando el viudo mantiene la voluntad del testador puede estar experimentando un beneficio, en cuanto que él mismo percibe un derecho de usufructo; por ello, porque existe ese beneficio, hay un riesgo de parcialidad. Es cierto que al aceptar la cautela propuesta se confirma la voluntad del testador, pero puede que ello se haga a costa del interés económico de los hijos menores.

El conflicto de intereses existe, y por ello se precisa el nombramiento de un defensor judicial.

A la hora de establecer las conclusiones no resulta fácil pronunciarse. En nuestra opinión, aún admitiendo lo dudoso del caso, consideramos suficientes las razones expuestas en favor de la innecesariedad del nombramiento de defensor judicial.

b) Otros supuestos de cautela sociniana.

La modalidad de cautela expuesta (usufructo viudal que grava la porción legitimaria), tal y como vimos, afecta directamente el interés patrimonial del cónyuge superviviente.

Sin embargo cabe plantear otros ejemplos de opción compensatoria de legítima en la que la decisión del viudo no provoca un conflicto de intereses, en cuanto que no afectan a su esfera patrimonial.

Así ocurre, por ejemplo, cuando el menor legítimo recibe una porción de bienes mayor que la legalmente debida pero sujeta a una prohibición de disponer. Pues bien, en este caso, parece razonable entender que no hay conflicto, por lo que el progenitor viudo mantiene la representación legal del hijo menor pudiendo determinar por sí, sin necesidad de acudir al nombramiento de un defensor judicial, si es o no conveniente aceptar lo propuesto por el testador.

Pero hay casos más dudosos. Imaginemos que el menor legítimo percibe una porción de bienes superior a su legítima pero sujeta a una limitación consistente en que la administración de tales bienes hereditarios, hasta que el menor cumpla los veinticinco años, corresponderá al progenitor superviviente.

Hemos de responder si el progenitor, a la hora de aceptar o no tal provisión testamentaria, se encuentra o no en una situación de conflicto de intereses con el menor:

— Una primera postura entendería que sí existe contraposición de intereses, ya que si la cláusula se acepta el viudo ve aumentar el patrimonio que queda bajo su administración. Además el aumento de tales facultades es correlativo a la disminución de las correspondientes al hijo: por ello procedería el nombramiento de defensor judicial.

— Sin embargo, en nuestra opinión, el viudo que acepta o no tal opción no incurre en contraposición de intereses con el menor legitimario. Las razones son las siguientes: uno, la función de administrar el patrimonio del hijo se le atribuye precisamente en beneficio de éste, no del propio viudo — desde la perspectiva del administrador se trata más una carga que una ventaja—; y dos, el viudo, por el mero hecho de administrar, no experimenta un beneficio patrimonial, sino que por contra incurre en un riesgo de responsabilidad por razón de la administración que asume.

No procedería por tanto el nombramiento de defensor judicial.

La cuestión, sin embargo, se complica si el testador ha determinado que el viudo administrador perciba una retribución.

En este caso se grava el patrimonio del menor en beneficio del padre o madre administradores, lo que parece sugerir que existe un conflicto de intereses, aunque el tema está menos claro si tal retribución resulta proporcionada al trabajo que le reporta al administrador. Quizás en este caso no quepa ofrecer un criterio general, sino que haya que analizar caso por caso.

4) Liquidación de la sociedad conyugal entre el viudo y los hijos menores.

La sociedad conyugal se disuelve, entre otras causas, por el fallecimiento de un consorte. Pues bien la liquidación de tal consorcio es un paso previo a la partición hereditaria.

Si entre los herederos hay hijos menores la actuación del viudo liquidando la sociedad consorcial se hace tanto en nombre propio como en nombre y representación de tales menores.

Hay que precisar, por tanto, cuando la doble actuación del progenitor superviviente deviene en un conflicto de intereses.

Nos ocuparemos de dos modalidades liquidatorias del haber conyugal:

1.º) Primera modalidad: la mitad indivisa de cada bien se adjudica al viudo; la otra mitad al caudal hereditario.

Es el modo más sencillo de liquidar el consorcio matrimonial, y posiblemente el más frecuente en la práctica jurídica.

Respecto a cada bien que fue consorcial una mitad indivisa se integra en el patrimonio del viudo, la otra en el patrimonio hereditario.

Sencillamente se pasa de una comunidad germana sobre todo el patrimonio consorcial a una comunidad romana sobre cada elemento patrimonial que lo integraba.

Se trata de precisar si, en este caso, la concurrencia del viudo e hijos menores provoca una contraposición de intereses.

Son dos las respuestas posibles. Veamos la primera de ellas.

a) Primer criterio: existe conflicto de intereses.

1.º) Tal es la doctrina de la R. de 14 de marzo de 1991, que estudiamos a continuación.

Cabe resumir su línea argumental en los siguientes términos:

Es cierto que, en lo que respecta a las adjudicaciones derivadas de la liquidación del consorcio, no existe conflicto de intereses porque se respeta para cada bien la proporción legalmente establecida (la mitad corresponde a la viuda, la otra mitad a la herencia del marido).

Sin embargo la adjudicación de los bienes, es sólo la fase final de un proceso liquidatorio que incluye una pluralidad de operaciones jurídicas.

Una de tales operaciones es la formación del inventario de los bienes que integran el haber ganancial. Pues bien tal fijación no tiene carácter automático, ya que hay que precisar, a través de la correspondiente labor interpretatoria, qué bienes son gananciales y qué bienes no lo son. En especial la aplicación o no de la presunción de ganancialidad exige una tarea indagatoria.

El conflicto de intereses entre el progenitor y los menores surge precisamente con ocasión de la formación del inventario. En efecto el viudo está interesado en que los bienes privativos del premuerto se califiquen como gananciales, ya que así tiene una parte en el valor de los mismos; a su vez los hijos menores, que son los herederos del fallecido, tienen el interés opuesto.

Por tanto existe riesgo de parcialidad en la actuación del progenitor, por lo que se aprecia una contraposición de intereses entre éste y los menores. Por ello procede nombrar un defensor judicial que represente a los menores en la liquidación de la sociedad de gananciales.

2.º) En favor de este criterio se manifiesta ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ REYES, básicamente por estas razones:

— En su opinión sí existe conflicto de intereses cuando se convierte la sociedad de gananciales en pro indiviso ordinario. No obstante no razona tal afirmación, que entendemos es errónea (la transformación apuntada carece de relevancia económica).

— El inventario lo integran no sólo los inmuebles, sino también los créditos en favor y a cargo de los cónyuges y de la sociedad de gananciales. Pues bien el cónyuge superviviente es quien determina la inclusión u omisión de tales créditos, por lo que puede tener interés en incluir los que él tiene contra el consorcio pero no aquellos que el consorcio matrimonial tiene contra él, por lo que no cabe decir que esté en situación de neutralidad. Como consecuencia de ello surge el conflicto de intereses.

— En virtud de la propia declaración del viudo sobre cual es la vecindad civil y el régimen matrimonial del premuerto quedan fijados sus propios derechos sucesorios y los de los hijos menores representados: por tanto la propia declaración, no contrastada, del viudo determina en principio que derechos legales sucesorios y matrimoniales le corresponden (recordemos en tal sentido el art. 9.8 in fine CC señala que los derechos sucesorios que correspondan al viudo por ministerio de la Ley serán los que determine la Ley que rige el matrimonio). Por tanto, de nuevo resulta que el viudo no está en situación de imparcialidad, por lo que hemos de concluir que el viudo incurre en conflicto de intereses (30).

b) Segundo criterio: no existe conflicto de intereses.

La doctrina expuesta es, en nuestra opinión, muy desafortunada. Cabe criticarla en los siguientes términos:

Es cierto que el argumento de la D.G. es formalmente correcto, ya que la formación de la masa ganancial partible implica una labor interpretatoria por parte del progenitor viudo que puede redundar en un perjuicio para sus hijos menores.

(30) Comentario a las RSS. de 10 de enero de 1994, 25 de marzo de 1995 y 3 de abril de 1995, RCDI, número 637, pp. 2320 y ss.

No obstante, este autor reconoce que razones de índole práctico (descargar de trabajo a los Tribunales de Justicia) pueden aconsejar prescindir del nombramiento de defensor judicial si no hay daño actual para el representado.

Sin embargo un análisis del fondo del asunto, en base a las circunstancias fácticas del mismo, nos muestra que realmente no existe conflicto de intereses.

Los argumentos en favor de tal afirmación pueden sistematizarse de la siguiente manera:

Uno. La escritura cuya inscripción se denegaba sólo incluía como gananciales ciertos bienes inmuebles.

Pues bien la determinación del carácter ganancial o privativo de un inmueble no se hace en base al arbitrio del viudo, sino a partir de datos de carácter objetivo, que permiten dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas derivadas del documento notarial (se cumplen los requisitos precisos para garantizar la autenticidad sustancial del negocio documentado).

Me explico. El carácter ganancial del inmueble no deriva de una labor interpretatoria del viudo hecha en el vacío, o a su capricho, sino que el propio título adquisitivo público nos informa sobre si la finca se adquiere o no con carácter ganancial.

Por tanto el viudo, al formar el inventario de los bienes partibles, se limitaba a extraer las consecuencias jurídicas derivadas de los datos y declaraciones fijados en un previo documento notarial (entre ellas: el régimen matrimonial del adquirente y la declaración expresa sobre ganancialidad de la adquisición).

Dos. Además si se ha omitido en la liquidación la inclusión de otros bienes o derechos, sean muebles o inmuebles o créditos entre las diversas masas patrimoniales, tal situación puede solventarse, sin perjuicio para los menores, otorgando el correspondiente documento complementario liquidatorio.

Tercero. Es cierto que el cónyuge superviviente señala por sí la vecindad civil y régimen matrimonial del premuerto, lo que puede sugerir que se encontraba en una posición de falta de neutralidad. Sin embargo, en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, la determinación de ambas circunstancias descansa únicamente en la manifestación del otorgante u otorgantes, y ello con independencia del negocio de que se trate. Y tal afirmación es aplicable a cualquier negocio jurídico, por lo que no tiene sentido excepcionar tal regla para uno concreto (en este caso, la liquidación de la sociedad de gananciales).

Cuarto. El presente argumento quizás sea el de mero peso dogmático, pero es el de mayor importancia práctica.

También hay que tener presente que la intervención del defensor judicial tiene un doble aspecto: por un lado dota de mayor seguridad a la posición jurídica de los menores, pero, como contrapartida, ralentiza el tráfico jurídico y aumenta los costes a cargo de los interesados. Además, dada la frecuencia de las liquidaciones de consorcios matrimoniales, la exigencia de defensor judicial congestionaría los Tribunales.

Por ello, al precisar cuando es necesaria su intervención, hay que llegar a un punto de equilibrio. Aquí es donde, en mi opinión se equivoca la D.G.: cree que soluciona un problema (la integridad del interés patrimonial de los menores) cuando en realidad está creando otro de forma artificial (ya que identifica un conflicto de intereses donde no lo hay, aumentando los costes económicos del acto jurídico y dilatando el momento del otorgamiento del título de propiedad).

Procede incluir ahora una afirmación de fondo: el Derecho no ha de ser rígido, esto es, no ha de buscar el mejor de los mundos, sino tan sólo el mejor de los mundos posibles. Por ello a veces es preferible permitir cierto margen de incertidumbre antes que ahogar el tráfico jurídico imponiendo cautelas excesivas e innecesarias.

Pondré otro ejemplo de ello. La escritura de manifestación de herencia se otorga en base al que, de conformidad con el certificado del Registro de Últimas Voluntades, aparece como último testamento. Pero ello no significa que el título sucesorio no deba ser otro, ya que podría existir un testamento ológrafo posterior, o un testamento que se omitió comunicar a tal Registro. Tal posibilidad se conoce pero se considera más oportuno mantener un sistema que funciona —casi siempre— correctamente, y remitir a la tutela de los Tribunales los casos excepcionales que exceden del mismo. Si quisiéramos hacerlo perfecto, simplemente lo haríamos peor.

Una última consideración, como tendremos ocasión de analizar en el último capítulo, el Registrador califica el defecto, la falta de defensor judicial, como insubsanable. Como consecuencia de ello ni siquiera los hijos supuestamente protegidos, una vez alcanzada la mayoría de edad, podrían subsanar o ratificar la liquidación efectuada. La íntegra confirmación de la nota de calificación por la D.G. nos tenemos que implicaba confirmar tal extremo.

c) La propia D.G. modificó la doctrina que acabamos de exponer.

El punto de inflexión lo constituye la R. de 10 de enero de 1994.

En este caso, la viuda, actuando por sí y en representación de su hijo menor, liquida la sociedad de gananciales constituida por un único inmueble, adjudicándose en pago de su haber la mitad indivisa y atribuyendo la otra mitad al caudal relicto, que a continuación recibe el hijo como heredero único.

Pues bien el Registrador, invocando expresamente la citada R. de 14 de marzo de 1991, califica tal escritura como no inscribible por incurrir la actuación de la viuda en un conflicto de intereses con la menor, siendo necesario el nombramiento de defensor judicial. El Presidente del TSJ de Cataluña confirmó tal defecto.

Apelado el auto judicial la D.G., estimando el recurso, considera innecesaria la intervención de defensor judicial.

Veamos la argumentación empleada.

La liquidación de la sociedad de gananciales hecha por la viuda se refería a un único inmueble adquirido por el difunto expresamente con carácter ganancial: se adjudica la mitad a la viuda en pago de su haber en la sociedad de gananciales, y la otra mitad se integra en el caudal relicto, adjudicándose el hijo único menor.

La D.G. acepta tal liquidación en cuanto el carácter ganancial no deriva de la interpretación que el cónyuge viudo hace de la presunción de ganancialidad, sino de la propia declaración del adquirente en el título adquisitivo.

La actuación de la viuda no incurre en conflicto de intereses con su hijo menor, ya que se limita a extraer las consecuencias que se derivan del título notarial adquisitivo y de la inscripción registral.

Hay, por tanto, suficientes datos objetivos como para entender razonablemente que su conducta no causa perjuicio al menor representado.

Por ello la D.G. estima el recurso considerando innecesario nombrar un defensor judicial.

La doctrina expuesta, que en mi opinión es plenamente acertada, quedó confirmada por la R. de 6 de febrero de 1995.

Es más en la R de 3 de abril de 1995 (31) la D.G. reitera, y amplía, el criterio que hemos examinado.

De nuevo se trata de la liquidación verificada por una viuda por sí y en representación de sus hijos menores. Tal liquidación afectaba a un sólo inmueble adquirido por el premuerto, constante la sociedad, con carácter «presuntivamente» ganancial (recordemos que en las RSS. anteriores el inmueble era «declaradamente» ganancial). Por tanto aquí la certidumbre sobre la ganancialidad del bien era menor.

Sin embargo la D.G., al estimar el recurso, considera correcta la actuación liquidatoria de la viuda. El carácter presuntivamente ganancial del inmueble le permite liquidarlo como ganancial sin incurrir en conflicto de intereses con sus hijos menores; por ello no es preciso el nombramiento de defensor judicial.

2.º) Segunda modalidad: adjudicación de bienes concretos.

Entramos ahora en la segunda modalidad a que hacíamos referencia.

La liquidación por el viudo del consorcio matrimonial con adjudicación concreta de bienes provoca un conflicto de intereses con sus hijos menores.

En este caso, un bien o bienes integra su haber en el consorcio y otro bien o bienes concretos se incluyen en la herencia del premuerto. La contraposición de intereses surge por dos motivos:

— El primero radica en la valoración de los bienes.

Existe el riesgo de que el viudo sobrevalore los bienes adjudicados en la herencia, o bien infravalore, a costa de los representados, los bienes que él recibe.

— El segundo se encuentra en la elección de los bienes concretos que integran su lote y el de los representados.

Incluso ante una hipotética igualdad en el valor actual existe el riesgo de que el progenitor se adjudique precisamente aquellos bienes que tienen

(31) Ver el comentario de GIMÉNEZ DIART, T., a la mencionada R. en la revista *La Notaría*, número 4/1995, p. 184.

una mayor expectativa de quedar revalorizados, o bien que presentan una mayor rentabilidad.

Por tanto, en este supuesto cesa la facultad representativa del viudo en favor de la del defensor judicial.

Sin embargo hay un caso concreto que merece mayor reflexión. Como sabemos el art. 1406 CC concede al cónyuge, en la liquidación de la sociedad de gananciales, un derecho de adjudicación preferente sobre diversos elementos patrimoniales (entre ellos el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión o, en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual).

Se trata de determinar si el viudo podrá unilateralmente adjudicarse tal local o vivienda compensando a los hijos mediante la entrega de otros bienes que fueron igualmente gananciales o de una cantidad en metálico.

Son dos las respuestas posibles:

— En favor de tal posibilidad cabe alegar que el viudo, en este caso, se limita a hacer uso de un derecho que la Ley le concede. Por tanto no cabe hablar de perjuicio de los hijos, sino meramente de ejecución de una de las posibilidades legalmente permitidas al viudo.

— Sin embargo, en nuestra opinión, la respuesta ha de ser negativa. En efecto existe un conflicto de intereses entre el viudo y los menores representados, ya que la Ley autoriza al viudo a adjudicarse el bien concreto con preferencia a los otros cotitulares en la comunidad postmatrimonial, pero no a que lo valore unilateralmente. Esto es, el riesgo de daño a los menores representados se produce en el momento de valorar el bien objeto de adjudicación preferente.

Por ello, también en este caso, la representación legal de los hijos menores corresponderá no al viudo, sino al defensor judicial en lo que corresponde al punto concreto de la valoración de los bienes.

## 2. TUTELA, CURATELA Y GUARDA DE MENORES O INCAPACITADOS

Nos limitaremos a exponer algunos puntos de interés, sin pretender ofrecer un tratamiento completo de la materia.

Como señala el art. 215 CC la guarda y la protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante la tutela, la curatela o el defensor judicial.

El art. 221 CC, común a tales instituciones tuitivas protectoras, prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar incurrir en determinados actos que provocan un conflicto de intereses:

1.º) Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2.º) Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.º) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Se discute si los supuestos mencionados en dicho precepto provocan una nulidad de pleno derecho o son susceptibles de ratificación.

En principio el precepto expresamente emplea la palabra «prohíbe», cuya vulneración parece remitirnos directamente al art. 6.3 CC (que prevé la nulidad de pleno derecho para los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas).

Pese a lo dicho es evidente que el art. 221.2 CC —representar al tutelado incurriendo en conflicto de intereses— es reconducible al art. 1259.2 CC (acto realizado por quien carece de facultades, y por ello susceptible de ratificación) (32), luego tal acto es ratificable.

En los restantes supuestos (liberalidades en favor del tutor, adquisición o transmisión de bienes con respecto al tutelado hechas a título oneroso) posiblemente hay que entender que el legislador pretende imponer un precepto prohibitivo en los términos del art. 6.3 CC, de modo que el acto que lo contrarie sea nulo de pleno derecho. El fundamento de tal criterio sería reforzar la protección del tutelado.

(32) VcE PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, 1989, p. 593, nota a pie de página número 91.

Sin embargo, creo que también en estos dos supuestos sería posible la ratificación, por las siguientes razones:

— Si consideramos que el término «prohíbe» que emplea el precepto no impide la dispensa en un caso —el del párrafo segundo, cuya posibilidad de ratificación vemos clara— también podemos hacer lo propio en los dos restantes. El término prohibición, por tanto, no conlleva necesariamente nulidad de pleno derecho.

— Si el tutelado recupera la capacidad o llega a la mayoría de edad (es el caso del menor no sujeto a patria potestad) parece oportuno permitirle enjuiciar si le conviene o no ratificar. Mientras tanto el acto celebrado por el tutor simplemente no produce el vínculo contractual pretendido; es cierto que se crea una apariencia, pero tal apariencia es ineficaz, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el tutor.

Finalmente señalemos que los arts. 299 y ss. CC regulan la figura del defensor judicial en relación a las citadas instituciones tuitivas supletorias.

Finalmente recordemos el art. 237 bis CC, paralelo a los arts. 163.2 CC y 299.1 CC, a cuyo tenor: «Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, en caso de ser varios, por los demás en forma conjunta».

### 3. LOS SUPUESTOS DE ASISTENCIA

Hay determinados supuestos que quedan fuera de la representación legal pero en los que se precisa la asistencia de los padres (caso de los menores emancipados —art. 323—) o del curador (el propio emancipado en defecto de padres o, en general, otras personas necesitadas de asistencia —arts. 286 y 287 CC—).

La persona precisada de asistencia tiene capacidad de obrar, pero tal capacidad está sujeta a ciertas limitaciones, bien por disposición legal, bien por acordarlo así la Sentencia que impone la curatela. El supuesto más importante en la práctica es el del menor emancipado, sobre el que a continuación hacemos una breve referencia.

El menor emancipado tiene un estado civil propio. En cuanto se trata de una persona capaz no está sujeto a representación legal, si bien tal capacidad, en ciertos casos, ha de ser complementada mediante la asistencia de los padres. Por tanto, emite su propia declaración de voluntad, si bien, en los supuestos legalmente previstos (art. 323 CC), precisa el plus de la asistencia de sus progenitores (la falta de tal asistencia provoca un vicio de anulabilidad).

Surge la cuestión de si, en la prestación del asentimiento, también puede plantearse un conflicto de intereses entre los progenitores y el menor emancipado. Imaginemos, por ejemplo, que el emancipado vende un inmueble precisamente a sus padres.

1.º) En contra de entender posible un conflicto de intereses cabe razonar que tal conflicto sólo existe cuando el representante legal actúe simultáneamente en un doble concepto: en nombre propio y en representación de la persona representada.

Sin embargo en los casos de asistencia no cabe hablar de actuación por medio de un representante legal —el hijo emancipado actúa por sí mismo produciendo su propia declaración de voluntad— ni, por tanto, tampoco cabe decir que los padres son sus representantes. De ello concluimos que no existe el desdoblamiento que apreciábamos en los supuestos de autocontrato con conflicto de intereses.

2.º) No ha sido ésta la solución ofrecida por nuestro Derecho positivo.

En efecto el art. 163.1.2 CC considera también en los supuestos de asistencia puede plantearse un conflicto de intereses con los padres. En tales casos los padres no están legitimados para asistir al menor emancipado, sino que procede el nombramiento de un defensor judicial, que será quien asista al menor emancipado.

Pensamos que la respuesta de nuestro ordenamiento es acertada. El fundamento radica, por encima de consideraciones de orden teórico, en que el riesgo de parcialidad de los padres asistentes vacía de contenido su función. Existe, a estos efectos, una equiparación entre patria potestad y asistencia.

Por tanto surge un supuesto de conflicto de intereses fuera del ámbito representativo, ya que entre el menor emancipado y sus progenitores, que son quienes se encuentran en conflicto, propiamente no existe una relación representativa.

## AUTOCONTRATACIÓN Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

### 1. IDEAS GENERALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

En virtud de la correspondiente disposición legal ciertos grupos o patrimonios, personificados o articulados en forma diversa, actúan jurídicamente por medio de órganos.

Pues bien el órgano que se relaciona con terceros —denominado órgano de representación— opera en base a la llamada representación orgánica, en virtud de la cual los actos que verifica dicho órgano producen su efecto en la esfera patrimonial del ente o persona jurídica representada.

Sobre la representación orgánica cabe señalar los siguientes rasgos básicos:

1.º) Se trata de un supuesto de verdadera representación, ya que la persona del representante no se confunde con la organización representada, sino que se trata de un sujeto que actúa en nombre y representación de otro sujeto jurídico: el ente representado (existe, por tanto, una situación de alteridad entre representante y representado) (33).

La representación orgánica, por tanto, constituye una verdadera modalidad de representación, un *tertium genus* respecto a las representaciones voluntaria y legal (34).

2.º) Coincide con las otras dos modalidades representativas —legal y voluntaria— en que legitima o habilita a una persona para que actúe con eficacia en la esfera jurídica de otra.

Pero la representación orgánica presenta características propias que la distinguen de las restantes. Hagamos una breve referencia a las mismas.

a) Respecto a la representación voluntaria:

(33) Sobre el particular ver CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada», Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, pp. 235 y ss.

(34) CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La administración de la sociedad anónima», *Revista Jurídica del Notariado*, número 4 (octubre-diciembre 1992), p. 80.

Las diferencias son, básicamente, dos: una, la existencia del órgano representativo tiene carácter necesario, mientras que el otorgamiento de un poder es voluntario; dos, la extensión de las facultades del representante orgánico viene determinada por Ley (que señala el máximo y el mínimo del ámbito competencial), mientras que es el poderdante quien determina a su arbitrio que concretas facultades confiere a su apoderado.

b) Respecto a la representación legal.

Se distingue de la representación legal en dos aspectos esenciales: uno, que ésta tiene una finalidad de carácter tuitivo, orientada a la protección de ciertas personas físicas tales como menores o incapacitados, o a la gestión de ciertos patrimonios; por contra la representación orgánica carece de finalidad tuitiva o protectora, y se conecta necesariamente con un órgano social. Y dos, que en la representación orgánica el representante lo elige la libre voluntad de los componentes del grupo; tratándose de representación legal la designación del representante corresponde a la Ley (35).

Una vez expuestas las ideas generales limitaremos nuestra exposición a tres temas concretos: en primer lugar, como construir adecuadamente la figura del autocontrato en sede de representación orgánica; a continuación analizaremos las distintas posibilidades de autocontrato en función de la estructura del órgano de administración; finalmente, estudiaremos los modos de salvar el conflicto de intereses.

## 2. LA FIGURA DEL AUTOCONTRATO EN SEDE DE REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

El administrador social, ejercitando sus facultades representativas, puede autocontratar con la sociedad que representa; asimismo si ostenta una doble o múltiple representación en relación a varios sujetos jurídicos el negocio concertado entre los mismos presenta un conflicto de intereses que, por asimilación, queda igualmente sujeto al régimen correspondiente al autocontrato.

Ahora bien a la hora de determinar el tratamiento jurídico que, desde una perspectiva notarial y registral, merece dicho autocontrato hemos de reflexionar sobre dos tesis divergentes; una de ellas es la que cabría denominar «clásica u ortodoxa», la otra, más innovadora, podemos llamarla «heterodoxa».

(35) CÁMARA ÁLVAREZ, M., en la obra últimamente citada, p. 84.

Comencemos por la última de ellas.

a) La tesis heterodoxa.

De conformidad con este planteamiento se considera que el autocontrato celebrado por el administrador social ha de recibir el tratamiento correspondiente a los denominados «actos neutros».

El acto neutro es aquél que, objetivamente considerado, puede ser conveniente o necesario para la realización del objeto social, pero que también pueden ser extraño al mismo, dependiendo una u otra conceptualización del designio de los administradores y de la finalidad perseguida con el acto (36).

Por tanto, de conformidad con esta tesis, si el autocontrato es un «acto neutro» en relación al objeto social el Notario ha de autorizar el autocontrato verificado por el administrador social, y el Registrador inscribirlo (37). Todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad del administrador que se ventilará, en su caso, en vía judicial.

El fundamento de tales afirmaciones responde a la siguiente línea argumental:

1.º) El autocontrato, tal y como hemos indicado con anterioridad, se conceptúa como un supuesto en que el representante actúa sin tener facultades para ello. De esta forma éste carece de legitimación para obrar en la esfera jurídica del representado, de modo que tal negocio representativo no genera un vínculo obligacional (ver art. 1259.2 CC).

Sin embargo, cabe replicar, tal planteamiento, correcto en sede de representación voluntaria, no es admisible en la representación orgánica.

En efecto el administrador social tiene, por disposición legal, plenas facultades para cumplir el objeto social (por ejemplo, art. 129 LSA). Como consecuencia de ello está legalmente facultado para concertar cualesquiera actos, incluyendo el autocontrato, que se acomoden a dicha finalidad.

Pues bien, ante un concreto autocontrato, ni el Notario autorizante del documento ni el registrador que practica el asiento están en condiciones de

(36) La definición de «acto neutro» está tomada de CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Curso...*, op. cit., p. 244.

(37) Sobre la autorización e inscripción del acto neutro, ver RSS. 2 de octubre 1981 y 11 de febrero de 1983.

valorar o apreciar si se está o no satisfaciendo el interés social: para ellos es un «acto neutro» en cuanto que no revela su adecuación o no al objeto social.

Por tanto el autocontrato del administrador social ha de ser autorizado e inscrito en los mismos términos que los restantes actos neutros.

2.º) Con carácter complementario cabe añadir dos argumentos adicionales en orden a reforzar el planteamiento expuesto:

— El primero toma como punto de partida el conflicto de intereses.

Tal y como dijimos la esencia del autocontrato, lo que provoca la aplicación de un régimen restrictivo, es que se genera un conflicto de intereses entre representante y representado. Sin embargo, y como veremos más adelante, en materia de derecho de sociedades la Ley ya indica expresamente cuando existe tal conflicto (así, por ejemplo, art. 52 LSRL); por contra nada ha previsto expresamente respecto al autocontrato.

— La prohibición del art. 1459.2 CC, y éste es el segundo argumento, no es aplicable a la representación orgánica. Son dos las razones que sustentan tal criterio:

Primera, las facultades del administrador social no se definen en los mismos términos que las del mandatario. Tratándose del administrador su ámbito de facultades está legalmente definido; por contra es la voluntad del mandante la que determina las facultades del mandatario.

Segunda, no son equiparables las figuras del administrador social y la del mandatario o del comisionista: por ello, y esto afecta al art. 1459.2 CC, los preceptos aplicables a éstos no son en todo caso directamente aplicables a aquél.

Lo mismo cabe señalar en relación al art. 267 C.com.

3.º) En conclusión, se ha de reconocer que, en principio, todo autocontrato es neutro en relación al objeto social.

Si el autocontrato se ordena a la realización del objeto social el administrador está dotado de facultades para concertarlo; en caso contrario, carece de ellas. Lo que ocurre es que, tanto en un caso como en otro, ni el Notario autorizante ni el registrador que ha de practicar el asiento están en condiciones de valorar la adecuación del acto al objeto social.

Todo ello sin perjuicio de que, si el autocontrato concertado no es medio adecuado para el cumplimiento del objeto social, tal negocio recibirá el tratamiento correspondiente a los actos contrarios al objeto social (con una peculiaridad: en este caso no existen terceros que proteger). Y además el administrador incurrirá en la responsabilidad patrimonial pertinente (arts. 133 y ss. LSA y art. 69 LSRL) (38).

b) La tesis ortodoxa.

El planteamiento dominante en la doctrina y la jurisprudencia considera que el administrador sólo puede autocontratar válidamente con la sociedad si está autorizado para ello o bien si el contenido del negocio representativo está suficientemente predeterminado.

Por tanto, el autocontrato que verifica el administrador no se conceptúa como un «acto neutro», sino que tanto Notario como registrador controlaran si está o no autorizado (por lo que el tratamiento del autocontrato en sede de representación orgánica se equipara al existente en representación voluntaria).

Los argumentos que sustentan tal criterio son los siguientes:

— El criterio «heterodoxo» sólo tendría sentido si las facultades del administrador social fueran omnímodas o generales: entonces su actuación sería válida, aún en el supuesto de autocontrato. Sin embargo, en nuestro Derecho, el objeto social delimita el mínimo pero también el máximo de las facultades del administrador (ver RSS. D.G. 2 de octubre de 1981 y 11 de febrero de 1983).

— El autocontrato, en sí mismo considerado, no implica un acto neutro, sino un posible acto contrario al objeto social. Por ello el administrador precisa autorización de la sociedad representada para poder autocontratar (en caso contrario se aplica lo dispuesto por el art. 1259.2 CC, precepto del que nos ocuparemos más adelante).

— Es cierto que la sociedad puede quedar vinculada con terceros respecto a ciertos actos extraobjeto realizados por su administrador. Sin embargo, tratándose de autocontrato, por hipótesis, no existen terceros.

(38) La formulación de la tesis «heterodoxa» arranca de una conversación con CABANAS TREJO, R., inspirador de la misma. En este punto aprovecho para agradecerle sus sabias orientaciones y consejos.

— El art. 1459.2 CC, que como vimos prohíbe la autocompra, es aplicable con carácter general a toda modalidad de representación directa. En idéntico sentido cabe citar el art. 267 C. de com.

— Quizás el argumento más relevante consista en que el régimen jurídico del autocontrato opera, como vimos, con carácter preventivo: propiamente no se trata de reparar el daño, sino de prevenirlo. Por contra si conceptuamos el autocontrato como «acto neutro» se impide cumplir tal finalidad preventiva.

Recordemos que la finalidad de la actuación notarial es la obtención de la seguridad jurídica preventiva, luego el Notario necesariamente ha de controlar si el autocontrato tiene o no la necesaria autorización de la sociedad. Lo mismo cabe decir del registrador de la propiedad. En caso contrario el tema del autocontrato se remitiría, innecesariamente, al exclusivo control de la autoridad judicial.

### 3. LOS SUPUESTOS DE AUTOCONTRATO

Hay que poner en relación las diversas modalidades que presenta la figura del autocontrato con la concreta estructura que presenta el órgano de administración.

En tal sentido diferenciaremos los siguientes supuestos:

a) Si el órgano de administración (sea administrador único, solidario, dos mancomunados...) contrata con la sociedad actuando en nombre propio y en representación de ésta, surge el supuesto típico de autocontrato.

b) Si el administrador contrata en nombre propio con la sociedad pero ésta actúa a través de otro administrador con facultades suficientes, entonces no existe autocontrato ilícito. Así ocurre, por ejemplo, en los siguientes casos:

— Si un administrador solidario, actuando en nombre propio, celebra el negocio jurídico con otro administrador solidario, que representa a la sociedad.

— Si siendo precisa la firma de dos de los tres administradores mancomunados, actúa uno de ellos en su propio nombre y los otros dos mancomunadamente en nombre de la sociedad.

c) Si se trata de un órgano colegiado de representación (Consejo de Administración) (39) cabe señalar lo siguiente:

Si el Consejo de administración acuerda, actuando en representación de la sociedad, contratar con uno de los consejeros, tal negocio es admisible. Sin embargo en la votación decisoria de tal acuerdo se ha de suspender el derecho de voto a dicho consejero por encontrarse en una situación de conflicto de intereses (análogamente con lo dispuesto por el art. 52 L.SRL).

d) Si el órgano colegiado ha delegado sus funciones en uno o varios consejeros-delegados, cabe señalar lo siguiente:

— Si existen dos o más consejeros-delegados con facultades solidarias uno de ellos actuando en representación de la sociedad puede contratar con otro consejero-delegado que actúa en nombre propio.

— Cualquiera de los consejeros-delegados solidarios, obrando en representación de la sociedad, puede actuar con otro u otros miembros del Consejo que actúan en nombre propio.

— El Consejo de administración, actuando en nombre de la sociedad, puede contratar con el consejero-delegado que actúa en nombre propio. Ahora bien en la decisión del Consejo no participará el citado consejero-delegado.

En todo caso, el órgano delegado ha de ejercer su poder de representación en la forma en que éste fue atribuido (único, solidario, mancomunado).

e) Si el administrador concierta el negocio con un apoderado de la sociedad, estamos ante el supuesto, previamente analizado, de autocontrato por medio de persona interpuesta.

La doctrina distingue en este caso dos supuestos (40):

— Si el poder de la persona que contrata con el administrador depende de éste en su nombramiento, mantenimiento y ejercicio, entonces la relación de subordinación existente provoca que tal administrador mantenga la posibilidad de controlar tal negocio. Por ello, aunque intervengan dos per-

(39) Menos frecuente en la práctica es la Comisión Ejecutiva, que es un órgano colegial de carácter delegado.

(40) Ver sobre este particular ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, tomo II, pp. 675-676, Barcelona, 1997.

sonas, se produce un supuesto asimilable al autocontrato (remitimos a lo ya dicho al estudiar la R. de 21 de mayo de 1993).

— Si el poder de la persona que contrata con el administrador no presenta la mencionada dependencia (así si el apoderado contrata con un miembro del Consejo de administración), entonces el acto jurídico concertado no queda sujeto al régimen del autocontrato.

f) Otro supuesto de posible autocontrato se plantea si una sociedad queda constituida por una persona que actúa en nombre propio y en representación de otra sociedad de la que es administrador. A estos efectos es irrelevante que también comparezcan otros fundadores, por lo que, para simplificar la exposición, partiremos del supuesto de un único compareciente.

La pregunta que se plantea es si en este caso tal administrador, al suscribir acciones o participaciones en nombre propio y también en nombre de la sociedad representada, incurre en conflicto de intereses con la sociedad que representa:

1) La R. de 9 de mayo de 1978 consideró que la actuación de tal persona provocaba un conflicto de intereses. Sin embargo tal conclusión no la apoya en argumento alguno, como si fuere un dato evidente.

2) Sin embargo, la cuestión no es evidente, sino compleja, de modo que para responder la pregunta planteada hemos de hacer las oportunas precisiones.

Por ello entiendo que, en la mencionada constitución, se evita el conflicto de intereses si se dan las tres siguientes circunstancias:

— En cuanto a la aportación:

Si es dineraria se ha de identificar con el oportuno certificado bancario la cifra que aporta cada sujeto (esto es desglosar lo que aporta el otorgante como persona física y lo que aporta la sociedad que representa). Si se trata de aportación no dineraria, y no existe informe de experto independiente (así puede ocurrir en sociedades limitadas), puede existir un conflicto, ya que entonces es el propio otorgante quien valora; en este caso si el bien pertenece al administrador en cuanto persona física existe el riesgo de que lo sobrevalore en perjuicio de la sociedad representada. Por ello se precisará informe de experto independiente o, en caso contrario, surge el citado conflicto.

— En cuanto al nombramiento de administrador:

En nuestra opinión no existe problema en que el otorgante resulte nombrado administrador de la sociedad que se constituye. El administrador de la nueva sociedad intentará cumplimentar su objeto social del mejor modo posible; de modo que en este punto son concurrentes los intereses tanto del administrador persona física como de la sociedad que representa. Todo ello sin perjuicio del respeto a la prohibición de competencia entre la sociedad constituida y la sociedad representada en los términos del art. 65 LSRL.

— En cuanto a los Estatutos:

Tampoco ha de plantearse contraposición de intereses el contenido de los estatutos, lo que se logra si éstos no incluyen privilegios en favor del otorgante persona física, ya que tales ventajas o preferencias lo serían a costa de la sociedad representada por la misma persona (recordemos que el privilegio de una parte es necesariamente el perjuicio de la contraparte: privilegio y perjuicio son las dos caras de la misma moneda). Por ejemplo se produciría un conflicto de intereses si se crean dos series de títulos, uno de ellos dotado de privilegio en el derecho al dividendo, y tal serie privilegiada la suscribe el otorgante como persona física se produce un conflicto de intereses con la sociedad representada (que, por tanto, deberá ratificar la citada constitución social).

g) Si el socio único ostenta la condición de administrador social puede contratar con la sociedad. En este caso, tal autocontrato es necesariamente válido.

En efecto el socio único concentra las facultades correspondientes a la junta general (art. 127 LSRL), de modo que su decisión de autocontratar lleva ínsito el consentimiento societario.

Se trata, en realidad, de un supuesto de autocontrato legalmente regulado (ver art. 128 LSRL, igualmente aplicable a la sociedad anónima en virtud de la remisión contenida en el art. 311 LSA). Tal precepto se ocupa de fijar ciertas reglas sobre la contratación del socio único con la sociedad unipersonal.

En tal sentido se impone al socio único la obligación de consignar el contrato celebrado con la sociedad en el libro-registro correspondiente, que habrá de estar legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades (art. 128.1 LSRL). En nuestra opinión, tal obligación de

asiento tiene un carácter meramente formal y su incumplimiento no afecta a la eficacia del autocontrato.

h) Finalmente recordemos que si el administrador es representante, de modo simultáneo, respecto a dos o más sujetos jurídicos, el supuesto se asimila al autocontrato.

El fundamento, como vimos, radica en que, en estos casos, «una sola persona compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, de forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas» (R. 20 de septiembre de 1989).

#### 4. LA AUTORIZACIÓN DEL AUTOCONTRATO EN SEDE DE REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

De conformidad con lo expuesto anteriormente el administrador puede autocontratar con la sociedad representada si está debidamente autorizado para ello. Si se trata de un caso de doble o múltiple representación entonces se precisa el permiso de todos y cada uno de los sujetos jurídicos representados.

Señalaremos los rasgos básicos de tal autorización:

##### 1.º Órgano que ha de concederla.

Ha de ser la junta general. Ello no supone interferencia en la función representativa del órgano de administración, sino supresión del conflicto de intereses provocado por el mismo.

Sin embargo si el conflicto de intereses se encuentra entre el consejero-delegado y la sociedad posiblemente también el Consejo de Administración sea órgano competente para salvarlo.

##### 2.º Mayoría precisa para tomar el acuerdo autorizador.

En principio el acuerdo por el que se autoriza el autocontrato se toma por mayoría simple, salvo que estatutariamente se haya previsto la necesidad de una mayoría reforzada.

Puede plantearse dudas en algún caso concreto, tal como el supuesto en que el administrador adquiera a la sociedad un elemento esencial para la consecución del objeto social (por ejemplo el establecimiento donde la sociedad verifica su actividad, o todos los elementos patrimoniales inte-

grantes de una rama de actividad). Quizás fuere más oportuno, en tales casos, exigir la unanimidad de todos los socios.

##### 3.º Carácter de la autorización.

Puede ser previa al autocontrato o posterior al mismo (ratificación). Puede referirse a uno o a varios actos concretos.

Ahora bien se plantea si es posible una autorización de carácter general, bien mediante acuerdo de junta general, bien formando parte del contenido de los estatutos sociales. La diferencia entre ambas modalidades de licencia radicaría en su régimen revocatorio, ya que un acuerdo de junta queda revocado por otro posterior, mientras que la supresión de un precepto estatutario exige cumplimentar las reglas sobre modificación de estatutos.

Sin embargo, tal autorización genérica (y a diferencia de lo que diremos en relación a la representación voluntaria) no parece admisible. Los motivos que fundamentan tal opinión se pueden formular en los siguientes términos:

— El primero concierne a la tipicidad legal de las facultades del administrador.

La representación voluntaria descansa sobre el principio de autonomía de la voluntad, que incluye la posibilidad de que el representado autorice, incluso de modo general, la posibilidad de autocontratar. Por el contrario, tratándose de representación orgánica, el ámbito de las facultades del representante viene legalmente definido.

— Segundo: La autorización que concede el poderdante sólo supone un riesgo para su propio patrimonio; por contra la que concede la sociedad, quizás por mayoría simple, repercute en el patrimonio social y por ello, derivativamente, en el de cada socio.

— Tercero: La autorización genérica sería contraria a los principios que inspiran la sociedad de capital, en cuanto provoca una indeseada confusión de la esfera de intereses del administrador y la de la sociedad.

— Cuarto: El órgano de administración ha de configurarse de acuerdo a los criterios de imparcialidad y neutralidad; ello no es posible si la autorización para autocontratar tiene carácter general.

— Quinto: la admisión generalizada del autocontrato posiblemente permitiría al administrador verificar actos contrarios al objeto social. Tal autorización no es admisible.

No parece posible, por tanto, admitir tal modalidad de autorización genérica en sede de representación orgánica (41).

#### 5. OTROS SUPUESTOS DE CONFLICTOS DE INTERESES

Ya hemos tenido ocasión de señalar que el autocontrato provoca una contraposición de intereses entre el administrador y la sociedad que representa.

Tal conflicto no aparece expresamente regulado en nuestro derecho de sociedades, el cual, sin embargo, sí se ocupa de otros posibles conflictos de intereses producidos al margen del autocontrato.

En tal sentido, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 23 de marzo de 1995 contempla dos supuestos: el conflicto en que puede incurrir el socio al votar en la junta general (art. 52) y el correspondiente al administrador que se dedica a un género de actividad igual, análogo o complementario respecto al que constituye el objeto social (art. 65).

Ambos supuestos quedan al margen de nuestro estudio, en cuanto se trata de supuestos de conflicto de intereses surgidos al margen del autocontrato.

### VI

#### MEDIOS QUE PERMITEN SALVAR EL CONFLICTO DE INTERESES

En el primer epígrafe del presente estudio señalamos que el autocontrato es admisible en la medida en que solventa o suprime el conflicto de intereses ínsito en el mismo.

En principio son dos las técnicas jurídicas que permiten obtener tal objetivo. En tal sentido el representado puede:

— O bien autorizar el autocontrato que ha concertado o va a concertar el representante.

(41) Tampoco admite la autorización genérica ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad anónima*, tomo II, 1997, p. 675.

— O bien predeterminar el contenido de tal negocio representativo.

En este punto hemos de hacer una precisión. El representado tiene la posibilidad de autorizar o predeterminar el autocontrato en el ámbito de la representación voluntaria o en el de la representación orgánica.

Por contra tratándose de representación legal no es posible acudir a las técnicas mencionadas, ya que, en este caso, el representado es menor o incapaz (de ahí la imposición de una representación por imperativo legal). En este supuesto, el conflicto se evita suspendiendo las facultades representativas del representante legal (progenitores o tutor) en favor de un defensor judicial —ver arts. 163, 221.2 y 299.1 CC—.

Por tanto el estudio tanto de la autorización del representado como de la predeterminación del contenido del negocio se aplican en relación a las representaciones voluntaria y orgánica. Ahora bien la autorización en sede de representación orgánica la hemos estudiado al ocuparnos de esta modalidad representativa; por tanto nos ocuparemos ahora de la representación voluntaria.

#### I. LA AUTORIZACIÓN DEL REPRESENTADO EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

La persona o entidad que otorga el poder ha de consentir toda autocontratación que entrañe un conflicto de intereses. Lo que ocurre, y aquí surge el debate, es que el concepto de autorización no es unívoco, sino plural, ya que ésta presenta diversas modalidades. Para abordar el tema diferenciaremos los siguientes supuestos.

##### 1) La ratificación expresa.

Se trata de una autorización hecha con posterioridad a la celebración del negocio representativo, y dirigida en forma específica a consentirlo.

Pues bien es evidente que el conflicto de intereses subyacente en el autocontrato queda solventado si la persona sobre quien recae el riesgo — el representado — lo consiente de forma expresa y específica a la vista de como se ha celebrado definitivamente. La ratificación, por tanto, es un modo idóneo para lograr que el autocontrato celebrado surta todos sus efectos.

Por ello podemos decir que la ratificación ofrece una triple ventaja:

— En cuanto se produce «a posteriori» suprime toda sospecha de falta de determinación: cuando el representado declara su voluntad ratificatoria ya conoce todos los pactos y condiciones del negocio concluido.

— En cuanto es específica identifica, fuera de toda duda, el concreto negocio celebrado.

— En cuanto es expresa facilita la prueba de su existencia; si además se contiene en escritura pública, entre otros efectos, tendrá acceso al Registro de la Propiedad (art. 3 LH).

## 2) La autorización hecha en forma tácita.

Las declaraciones de voluntad de carácter tácito tienen una operatividad limitada en el ámbito notarial y registral (ver en tal sentido, entre otras, la R. 3 de febrero de 1997) (42). Su ámbito idóneo es el judicial, cuyos procedimientos declarativos incluyen una fase probatoria donde constatar si la alegación sobre la existencia de una declaración de voluntad formulada en forma tácita es correcta.

Sin embargo, en ocasiones, los términos en que el poder está redactado permiten concluir categóricamente que el representante, aún sin haberlo formulado de manera expresa, autoriza que el apoderado autocontrate. En estos casos cabe afirmar que el conflicto de intereses queda salvado en forma tácita.

Tal es el caso analizado en la R. de 1 de junio de 1999. En este supuesto, los dos cónyuges representados confirieron un poder para «constituir hipoteca —sobre la finca que se describía— en garantía de cualquier crédito o préstamo que pueda solicitar u obtener el apoderado, con los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente».

Pues bien el apoderado ejerció las facultades que le confería el citado poder para hipotecar la finca de sus mandantes en garantía de la deuda de una sociedad de la que era administrador único.

El registrador entendió que se trataba de una hipoteca en garantía de una deuda ajena, por lo que el poder era insuficiente, y que se producía un autocontrato no salvado por los poderdantes.

(42) La actuación del Notario y del registrador busca dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas; por ello normalmente no opera con declaraciones de voluntad tácitas, sino expresas, y, en cuanto tales, incontrovertibles y ajenas al debate entre las partes.

Pero, como no podía ser de otra forma, la D.G. rechaza tal planteamiento señalando que el poder se concedió precisamente con el fin de garantizar una deuda ajena (el registrador, por tanto, leía en el poder exactamente lo contrario de lo que decía). Por tanto la autocontratación que necesariamente se producía se encontraba debidamente autorizada: si el poder se da para que el apoderado hipoteque la finca de los poderdantes en garantía de una deuda suya (esto es, del propio apoderado) ineludiblemente se está previendo, y salvando, el posible conflicto de intereses.

Por tanto, aunque no se señalaba expresamente que las facultades del mencionado poder podrían ejercitarse aún incurriendo en autocontratación o contraposición de intereses, la redacción del apoderamiento suprimía el conflicto de intereses.

Sólo una observación final: el poder lo era para hipotecar la finca en garantía de un crédito o préstamo a percibir precisamente por el propio apoderado. En el presente caso, por contra, la hipoteca garantizaba una deuda no del apoderado, sino de la sociedad que éste administraba. Por garantizar no al apoderado, como exigía el poder, sino a su sociedad la D.G. considera el poder insuficiente y desestima el recurso.

## 3) La autorización hecha con carácter previo en forma específica.

La autorización también se puede hacer con carácter previo en forma específica. Así por ejemplo si el representante concede un poder a su apoderado para vender cierta finca concreta por el precio y condiciones que libremente se estipule, facultándole expresamente para autocontratar.

Por supuesto que el poder también se puede conferir señalando un precio mínimo de venta. Sin embargo es muy frecuente que no sea así quizás porque, por motivos fiscales o de otra índole, el representado no tiene interés en que trascienda lo que percibe como contraprestación.

Pero fijémonos en que la falta de fijación de precio no significa que el apoderado pueda autocontratar por el precio que desee, y ello por varias razones:

— En primer lugar porque puede tener instrucciones verbales o escritas del mandante, no incluidas en el poder, sobre la contraprestación que debe pactarse (ver art. 1719.1 CC).

— En segundo lugar porque en defecto de tales instrucciones el apoderado ha de actuar con la diligencia contractualmente debida (el art. 1719.2

CC habla de la correspondiente a un buen padre de familia). Esto significa que el precio que ofrezca al autocontratar necesariamente ha de igualar o superar al que se le ofrecía en el mercado.

Todo ello, por supuesto, es susceptible de control en el ámbito judicial. El cumplimiento del poder, o del contrato de mandato del que deriva el apoderamiento, genera una responsabilidad contractual en base al art. 1101 CC. Por contra, si el poder no especifica la contraprestación, no corresponde a Notarios y registradores enjuiciar si efectivamente el precio consignado en la escritura es o no correcto, ya que ello supondría resucitar el concepto romano de «precio justo» (concepto que ya no existe en nuestro derecho común).

#### 4) La autorización hecha con carácter previo en forma genérica.

a) La práctica jurídica nos ofrece una última modalidad para salvar el conflicto de intereses inherente al autocontrato. Se trata de añadir al poder general una cláusula redactada en estos o similares términos: «el apoderado queda autorizado para ejercitar las facultades conferidas en el presente poder aun cuando incurra en autocontratación o incida en conflicto de intereses».

La autorización expuesta presenta los siguientes rasgos:

— Tiene carácter genérico, en cuanto no se aplica a un concreto acto o negocio celebrado en ejercicio de las facultades concedidas, sino que se refiere a cualesquiera se concierten en ejercicio de las mismas.

— Tiene carácter previo, en cuanto se concede con anterioridad a la celebración del negocio representativo; el representante autoriza el autocontrato sin saber los términos en que finalmente se celebrará.

Al apoderado, en este supuesto, se le delega la facultad de fijar los pactos y condiciones del negocio, incluyendo el precio o contraprestación que ha de percibir el representante.

#### b) La validez de la mencionada autorización.

Pues bien se trata de precisar si la autorización formulada en los términos vistos es apta para salvar el conflicto de intereses.

Son varias las tesis enfrentadas. Veámoslas.

1.º) Una primera tesis considera que la autorización conferida en forma genérica no es suficiente para salvar el conflicto de intereses, sobre todo si no se especifica el precio o contraprestación (43).

En tal sentido se han manifestado voces autorizadas de nuestra doctrina (44). Se dice, en relación a una compra hecha al poderdante por el propio apoderado, que es inadmisibles la autorización genérica y sin fijación de precio contenida en el poder empleado. De sus argumentos me parecen especialmente reseñables los dos siguientes:

Primero. La persona que autocontrata, en cuanto actúa en la doble condición de comprador y apoderado del vendedor, fija unilateralmente el precio de la compraventa. Por ello su actuación vulnera el art. 1449 CC a cuyo tenor, en concordancia con el art. 1256 CC, «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». De la misma manera que no cabe un contrato de compraventa en el que la parte vendedora se limite a señalar que el comprador fijará el precio a su arbitrio, tampoco es posible que en una escritura de poder se diga que el apoderado de la parte vendedora pueda comprar fijando libremente el precio.

Segundo. La compraventa, de conformidad con los artículos 1445 y 1450 CC, exige el consentimiento concorde de ambas partes sobre la cosa y el precio. Pues bien, en este caso existe el consentimiento sobre la cosa pero no sobre el precio, por la sencilla razón de que no está fijado en la escritura de poder, ni tampoco puede fijarlo posteriormente el apoderado por sí solo al encontrarse en una posición de contraposición de intereses.

A los argumentos expuestos por dicho autor cabría añadir un tercero: si el representante concede al representado una autorización genérica o indeterminada para contratar, implícitamente está renunciando a la acción de reclamación contra el representado, o incluso a la acción de impugnación contra el negocio representativo. Tal renuncia sería contraria al interés público, el cual aboga porque la contratación sea adecuada evitando perjuicios indebidos (45).

(43) Según DÍEZ DE ENTRESOTOS, M., tal es el criterio mayoritario de la doctrina italiana. Ver su cita de autores (DISTASO, MESSINGO, MOSCO...) en nota a pie de la página 102 de la obra citada.

(44) Me refiero a GARCÍA GARCÍA, J. M. Ver el *Boletín del Colegio de Registradores*, número 300, en la sección «Casos Prácticos del Seminario de Cataluña», pp. 1265 y ss., mayo 1993. Se trata de una nota de calificación inserta en una escritura de compraventa; tal nota no fue recurrida gubernativamente, por lo que la D.G., desafortunadamente, no tuvo ocasión de manifestarse sobre la validez de la misma.

(45) Ver CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, citado en DÍEZ DE ENTRESOTOS, M., op. cit., p. 105.

2.º) También se ha propuesto una tesis que podemos denominar intermedia (46).

Se trataría de diferenciar dos supuestos:

— El primero lo constituye el autocontrato en materia de compraventa.

En este caso, nuestro derecho positivo contiene un precepto de índole prohibitiva, aunque dispensable, el art. 1459.2 CC.

Por ello, dada tal prohibición, el régimen jurídico ha de ser más restrictivo: la autorización para autocontratar ha de ser específica, no bastando aquellas de índole general (47).

Si tendría suficiente valor la autorización dada en un poder concreto en el que se especificase la cosa, el precio mínimo y aquellos elementos naturales o accidentales del contrato que la voluntad de las partes conviertan en determinantes.

— El segundo supuesto lo constituyen los autocontratos que se producen fuera del ámbito del art. 1459.2 CC.

En relación a éstos, al no existir un precepto prohibitivo, sería suficiente una autorización de carácter genérico contenida en un poder general.

3.º) Por nuestra parte consideramos que el representante, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, puede autorizar la autocontratación en forma genérica, incluso en relación a las facultades conferidas en un poder general.

Los argumentos en favor de este criterio más flexible serían los siguientes:

Uno. El art. 1459.2 CC tiene carácter dispositivo, en el sentido de que cabe el pacto en contra (remitimos a lo dicho con anterioridad).

Dos. De conformidad con ello podemos afirmar que el principio de autonomía de la voluntad permite al representante consentir el autocontrato, y ello puede hacerlo de la forma que estime oportuno. En tal sentido cabrá la autorización previa o posterior, en términos genéricos o específicos.

(46) Es la postura de GIMÉNEZ DUART, T., en *La Notaría*, junio 1993, comentario a la R. de 29 de abril de 1993, pp. 27 y ss.

(47) En tal sentido, nos dice GIMÉNEZ DUART que «no tiene entidad bastante la licencia prestada genéricamente en un poder general, sobre todo si, como es este caso, la autorización es para "autocontratar" sin más». Ver la obra últimamente citada.

Si, en nuestra materia, juega el principio de autonomía de la voluntad, lo hace con todas las consecuencias. En efecto, como consecuencia del mismo, hemos de permitir al representante que asuma riesgos, incluso que se equivoque. La libertad civil le tiene que permitir entregar su confianza a su apoderado en los términos que estime oportunos.

Tres. La posibilidad de que, en el supuesto de autocontratación, el apoderado fije el precio no supone vulneración del art. 1449 CC. El comprador no fija el precio por sí sólo, sino que, en virtud del mecanismo de la representación, a efectos jurídicos se entiende que hay una doble actuación del compareciente —en nombre propio y en nombre del vendedor—, y tal actuación dual también se refiere a la fijación del precio.

En realidad la objeción planteada es contraria no sólo a la fijación unilateral del precio por el apoderado, sino a la propia figura del autocontrato, ya que éste implica la actuación unilateral del otorgante. Por ello los argumentos que sustentan la validez del autocontrato son trasladables en orden a admitir la fijación unilateral del precio por el apoderado.

Cuatro. Hay que permitir que el representante pueda hacer en nombre del representado lo mismo que éste puede hacer por sí (tal es la finalidad o servicio que presta la figura de la representación): luego si éste puede fijar por sí el precio, también podrá hacerlo su representado.

Cinco. La autorización sin fijación de precio no supone la renuncia anticipada a la acción de reclamación contra el representante, o de impugnación del negocio.

Recordemos lo dicho con anterioridad sobre la responsabilidad contractual que asume el apoderado en la ejecución de su mandato, así como su deber de diligencia que le obliga siempre, aún en caso de autocontrato, a obtener el mejor precio posible para su representado.

El representado, aunque exista autorización genérica para autocontratar, mantiene su acción de reclamación contra el apoderado. Por otro lado si el autocontrato presenta alguno de los vicios recogidos en la doctrina sobre invalidez del negocio jurídico, surgirá la pertinente acción de impugnación (48).

(48) Recordemos que no existe un tercero cuyo interés haya que proteger (el negocio se celebra entre representante y representado), lo que facilita el ejercicio de la acción de nulidad. Ver Díez PICAZO, J., *op. cit.*, p. 212.

Seis. Si se exige concretar el precio o contraprestación estamos configurando una figura más próxima al nuncio que al apoderado. De nuevo estaríamos desconociendo la esencia del fenómeno representativo.

#### 5. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La colisión entre los criterios expuestos se plantea, si bien con cierta oscuridad, en la interesante R. 29 de abril de 1993 (49).

Comencemos con un resumen de los hechos. Dos cónyuges conceden un poder sobre 16 fincas a cierto apoderado incluyendo una cláusula en virtud de la cual «... el apoderado podrá hacer uso de sus facultades incluso si hay autocontratación, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos».

El apoderado, en base al mencionado poder, compra para sí en sendas escrituras las citadas fincas. Se citan como otros elementos de hecho de interés los siguientes: el precio fijado es muy bajo (en cinco de los casos es trece veces inferior al valor fiscal comprobado), uno de los poderdantes no sabe escribir (lo que motivó la intervención de testigos) y el marido, eso sí con posterioridad a la venta, revocó el poder conferido.

El registrador de la propiedad deniega la inscripción de tales escrituras de compraventa en base a diversos argumentos, entre ellos el carácter imperativo de la prohibición del art. 1459.2 CC (el cual, a diferencia del art. 267 C com., no admite excepciones), indicando además que en el presente caso la autorización del poderdante permitiendo el autocontrato no queda suficientemente clara.

El auto del presidente del tribunal superior de justicia de Canarias confirma la nota del registrador, y lo hace manifestándose en contra de admitir la autorización genérica. De acuerdo a tal resolución judicial es cierto que el conflicto de intereses lo elimina un poder especial y suficiente para ello, pero «como tal no puede considerarse un vulgar poder general que incorpora como cláusula de estilo la alusión al autocontrato» (de todas formas recordemos que, aunque referido a numerosas fincas no era propiamente un poder general).

(49) Comentamos tal R. en la *RJN*, número 8, octubre-diciembre 1993, pp. 205 y ss.

Por tanto, de conformidad con tal auto, la autorización genérica para autocontratar no es idónea para salvar el conflicto de intereses (se pronuncia, por tanto, en favor de la primera de las tesis expuesta con anterioridad).

Por su parte la D.G. prescinde de la argumentación expuesta por las partes y ofrece un planteamiento distinto. Su doctrina tiene tres aspectos de interés:

— Señala, en primer lugar, que la prohibición del art. 1459.2 CC no es imperativa sino dispositiva, de modo que el mandante puede dispensarla por sí.

— En segundo lugar, aunque no es todo lo clara que sería deseable, y a diferencia de lo que ocurre con el auto judicial, no parece encontrar un problema en la autorización genérica para autocontratar. Recuerda que se exige autorización especial para autocontratar pero parece entender «especial» como «expresa»; en cualquier caso, a la hora de desestimar el recurso no señala como motivo que la autorización de los poderdantes sea insuficiente para formalizar un autocontrato.

— Finalmente, sin embargo, desestima el recurso por encontrar una objeción en un aspecto distinto que dimana de los hechos enunciados, y que ninguna de las partes había planteado. Veámoslo.

El punto de partida del argumento de la D.G. es la necesidad de interpretación estricta de los poderes. Pues bien, si el apoderado vende por un precio claramente inferior al de mercado, entonces el acto que celebra no es un contrato oneroso de compraventa, sino otro acto distinto; por tanto, el poder, pese a incluir la facultad de vender, es insuficiente para verificar la transmisión pretendida.

La doctrina implícita en tales afirmaciones es que el negocio formalizado por el apoderado no es una compraventa, sino que se trata una donación encubierta, donde el carácter lucrativo prevalece sobre el oneroso. La doctrina habla, en estos casos, de negocio indirecto: la estructura formal, y la disposición de los elementos, es la propia de una compraventa pero el negocio produce simultáneamente los efectos de una donación.

Por tanto el poder es insuficiente para verificar tal acto jurídico.

Consideramos, sin embargo, que el planteamiento expuesto no es acertado por las siguientes razones:

— No nos parece que, en el estrecho marco del recurso gubernativo, pueda determinarse si el precio es o no bajo. Para empezar ignoramos si se ha escriturado el valor real. Pero hay más, ya que también desconocemos si el poder es instrumento de una relación jurídica subyacente entre poderdante y apoderado, no exteriorizada, y que elimina la supuesta gratuidad; la D.G. señala que el negocio planteado no es oneroso pero en realidad carece de medios para saberlo: puede ser que se trate de una adjudicación encubierta en pago de una previa deuda del poderdante con el apoderado, o que el poder se concediere en favor de quien ya era propietario en virtud de un título privado. Sólo en el ámbito judicial, donde se dispone de un espacio probatorio suficiente, podrá identificarse el negocio celebrado.

— Fijémosnos que la doctrina de la D.G., aún dictada en un supuesto de autocontratación, se aplicaría incluso fuera del ámbito representativo. En efecto si la venta en que se declara un precio bajo no es tal venta, a estos efectos es irrelevante que proceda de una autocontratación o incluso que intervenga un apoderado: si no es venta, no lo es aunque directamente transmita el propietario. Por supuesto, tal venta no sería inscribible precisamente por no ser tal.

La conclusión expuesta vulneraría el principio de seguridad jurídica, ya que nunca sabríamos a ciencia cierta cuando estamos ante una compraventa. En el presente supuesto el precio era trece veces inferior al fiscalmente comprobado; el problema es donde ponemos el límite: ¿y si fuera, digamos, tres veces inferior?, ¿habría compraventa? La aceptación del criterio propugnado por la D.G. supondría la reintroducción del concepto de «precio justo» ajeno a nuestro Derecho común.

En conclusión estimamos que la D.G. acierta al considerar suficiente para autocontratar una autorización genérica, pero por contra en el ámbito del recurso gubernativo no cabe determinar si una compraventa es o no en realidad una donación encubierta.

## 2. PREDETERMINACIÓN POR EL PODERDANTE DEL CONTENIDO DEL NEGOCIO

1. Hemos examinado la autorización del representante. También se puede superar el conflicto de intereses ínsito en el autocontrato si el posible perjudicado predetermina el contenido de aquellos elementos del negocio que puedan entrañar un riesgo para él.

A continuación estudiaremos esta segunda modalidad de posibilitar el autocontrato.

2. La D.G., en la R. 14 de mayo de 1998, ha tenido ocasión de manifestarse sobre este particular en relación a la constitución de una sociedad limitada (si bien sus conclusiones son trasladables al ámbito de la sociedad anónima).

Comencemos ofreciendo un extracto de los hechos. Se trataba de un supuesto en que un socio concurría a la constitución de una concreta sociedad limitada actuando por sí y en nombre y representación de otro socio. El poder que invocaba para constituir la sociedad no incluía la autorización para autocontratar pero sí fijaba el capital social, las participaciones en que éste habría de estar dividido, qué participaciones asumía el poderdante, el importe del desembolso y el medio de realizarlo. Por contra en el poder sólo se hacían referencias genéricas a otros elementos del negocio constitutivo como son el contenido de los estatutos o el nombramiento de la persona o personas que integran el órgano de administración.

El problema es, por tanto, precisar qué grado de concreción han de tener las facultades del apoderado para entender excluido el conflicto de intereses.

El Registrador denegó la inscripción de la constitución social, entre otros motivos, por no haber previsto el poderdante la posibilidad de autocontratación.

Interpuesto el oportuno recurso gubernativo la D.G. lo estima en este punto realizando varias afirmaciones de interés:

Uno. El problema de la autocontratación no sólo se da en los contratos onerosos con obligaciones recíprocas, sino igualmente en los contratos de tipo asociativo, ya que también en ellos puede existir una contraposición de intereses entre los contratantes (confirma, por tanto, lo ya dicho por la R. de 9 de mayo de 1978).

Dos. Ahora bien el autocontrato no plantea una imposibilidad de orden conceptual, sino que es válido en la medida en que solvente el conflicto de intereses que incorpora. Tal finalidad se puede lograr tanto si existe autorización del mandante (lo que no ocurre en este caso) como si en el poder se predeterminan aquellos elementos en que pudiera darse el conflicto de

intereses, al punto de hacer intrascendente la identidad de las restantes partes que intervengan en el mismo.

Tres. Fsto último es lo que ocurre en el presente caso por dos razones:

— Primera, en el concreto poder empleado para constituir la sociedad se predeterminan los elementos donde puede existir un riesgo para el poderdante, elementos que hemos enumerado con anterioridad.

— Segunda, si bien es cierto que en el poder no se precisó el contenido de los estatutos ni el nombramiento de administrador (al parecer se empleó únicamente una fórmula genérica) cabe considerar que, en la fijación de tales extremos por el apoderado, no existe riesgo para el poderdante. El motivo consistiría en que tales datos o circunstancias no tienen el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que, al formar parte del contenido organizativo de la sociedad, quedan supeditados a la voluntad social, lo que permitiría su modificación en un momento posterior mediante el oportuno acuerdo de la junta general.

La doctrina contenida en la presente R. ha sido valorada de forma positiva, si bien con un matiz: la referencia genérica a la fijación unilateral de los estatutos por el apoderado sólo puede ser suficiente si éstos respetan las líneas básicas previstas en el esquema estatutario legalmente previsto, sobre todo en lo referente al módulo para el ejercicio de los derechos sociales (se vulnera tal criterio si, por ejemplo, los estatutos prevén que las participaciones correspondientes a la serie suscrita por el apoderado tuviesen un voto privilegiado: entonces no se supera el conflicto, sino que se incide en él) (50).

Sin embargo hemos de recordar que no siempre es posible modificar los estatutos o el nombramiento de administrador. Puede ser que se precise una mayoría que el socio representado no tenga o bien que ciertas modificaciones precisen el consentimiento individual del socio afectado (art. 71.1.11.SRL).

Además la doctrina de la D.G. parece trazar una línea divisoria entre la base negocial (que ha de estar predeterminada en cuanto puede plantearse un conflicto de intereses) y la base organizativa o estatutaria (para la que

(50) Así nos lo señala CABANAS TRUJO, R., en su interesante comentario a la R. 14 de mayo 1998, *La Notaría*, 6/1998, pp. 361 y ss.

valdría una referencia general en cuanto ajena a tal conflicto). Sin embargo, tal división no está clara, ya que la base negocial trasciende a los estatutos; así, una persona puede consentir la constitución de una sociedad y entrar en ella como socio precisamente porque en sus estatutos recojan ciertos contenidos (sobre todo en materia de derechos sociales o de prestaciones accesorias).

Por tanto la doctrina expuesta es posiblemente acertada pero, dado que su argumento central es susceptible de ciertas matizaciones, su aplicación no tendrá carácter general, sino que habrá de ser ponderada caso por caso.

3. La D.G. también ha tenido ocasión de manifestarse sobre la predeterminación del poder para un supuesto de compraventa.

Nos referimos a la Resolución de 11 de diciembre de 1997. Se trataba de un supuesto en que en unas mismas personas concurre una doble representación: por un lado son apoderados de los dueños para vender cierta finca; por otra son los administradores de la sociedad civil compradora. La predeterminación se concreta en que el poder que confieren los vendedores tiene un plazo de caducidad de quince días, y en él se señala la cifra de dos millones como precio máximo de venta.

El registrador deniega la inscripción de la compraventa, entre otras razones, por existir una situación asimilable al autocontrato. La D.G. confirma este punto considerando que la mera atribución de facultades, por muy precisas que sean, no comporta la posibilidad de autocontratar, sino que se precisa la licencia o autorización especial del poderdante.

En nuestra opinión la doctrina expuesta merece los siguientes comentarios:

a. Si, como ocurre en este caso, el poder identifica la finca y señala el precio máximo de venta, el apoderado puede comprar la finca satisfaciendo tal precio y sin incurrir en conflicto de intereses (51). La predeterminación es suficiente. Por tanto, la D.G. no está acertada cuando se refiere a la insuficiencia del presente poder.

b. Lo que ocurre es que en el presente caso existe una múltiple representación: las mismas personas representan a unos particulares y a una

(51) Así lo entiende ROMERO CANDAU, P., en comentario a la R. 11 de diciembre de 1997, *La Notaría* 1/1998, pp. 244 y ss.: «parece que en este caso hay razones poderosas para estimar que el riesgo de una actuación desleal del apoderado de los vendedores había desaparecido».

sociedad civil. Por tanto el hecho de que el poder sea suficientemente detallado respecto a la parte vendedora no excluye que lo mismo haya debido ocurrir respecto a la parte compradora, lo que no se da en el presente caso. Por tanto uno de los extremos de la relación estaba debidamente configurado, pero no ocurría igual con el otro: por ello se precisa la ratificación de la sociedad civil compradora.

## VII

### LA SANCIÓN DEL ACTO O CONTRATO QUE INCURRE EN CONFLICTO DE INTERESES

Llegados a este punto, y en base a la exposición hecha con anterioridad, sabemos que el negocio jurídico resultante del autocontrato es válido cuando no plantea un conflicto de intereses, o bien si tal conflicto queda superado a través de los medios a los que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior.

La pregunta que ahora nos planteamos es determinar cual es el régimen jurídico aplicable al autocontrato que vulnera los criterios expuestos, esto es, aquél que provoca, pero no resuelve, un conflicto de intereses entre representante y representado.

Pues bien el autocontrato, en tales casos, es un acto jurídico en el que el representante se excede de las facultades representativas conferidas por el representado, ya que éste actúa sin tener facultades para ello (las facultades se entienden concedidas para actuar con terceros, no consigo mismo, salvo que exista autorización expresa para ello).

La doctrina ha calificado de diversas maneras el acto representativo que excede de las facultades del representante: nulo de pleno derecho; anulable; como negocio cuya eficacia está sometida a una *conditio iuris* consistente en la ratificación del *dominus*; no negocio, sino mera oferta negocial que se perfecciona por la ratificación o, finalmente, como negocio incompleto en vías de formación (52).

(52) La enumeración de tales doctrinas, relativas al negocio celebrado por el representante sin poder o con poder insuficiente, procede de RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 3.º, 1984, pp. 327-328.

Por nuestra parte sólo nos ocuparemos de las dos posiciones que han encontrado eco en la reciente doctrina de la D.G.; de ambas nos interesa el hecho de que son contrapuestas entre sí, lo que nos permitirá ofrecer un panorama adecuado sobre los diversos argumentos aportados.

Veamos la primera de ellas.

#### 1. EL AUTOCONTRATO NO CONSENTIDO COMO ACTO NULO DE PLENO DERECHO

Una primer criterio doctrinal considera que es nulo de pleno derecho el autocontrato que incurre en un conflicto de intereses no autorizado en forma previa.

En defensa de tal postura cabría aportar un doble fundamento:

a) En primer lugar lo dispuesto por el art. 6.3 CC que prevé la nulidad de pleno derecho para los actos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva. En cuanto a la concreta norma infringida por el autocontrato ilícito cabe distinguir los siguientes supuestos:

— Tratándose de contratos bilaterales lo es la aplicación directa o análoga del art. 1459.2 CC (sobre prohibición de que los mandatarios adquieran por sí o persona interpuesta las cosas que se les ha encargado administrar o enajenar), máxime si se considera un precepto no dispensable.

— En los supuestos de representación legal el autocontrato ilícito vulnera lo dispuesto en el art. 163 CC (en sede de patria potestad) o los arts. 221 y 299 CC (sobre tutela e instituciones de carácter tuitivo).

— En los restantes supuestos de autocontrato ilícito se infringe no una norma de derecho positivo, sino un principio general de carácter imperativo que varía según los casos (el deber de diligencia e imparcialidad del administrador social o del mandatario, la interpretación restrictiva de los poderes que en principio sólo se entienden concedidos para contratar con terceros, etc.).

b) El autocontrato provoca un supuesto de nulidad absoluta, y éste es el segundo argumento, ya que no existe el consentimiento bilateral exigido por el art. 1261 CC. Tratándose de un vicio u omisión en un elemento esencial del negocio el acto es nulo de pleno derecho.

La postura expuesta —nulidad de pleno derecho— es la defendida en la nota de calificación que motivó el recurso que culminó en la R. de 14 de

marzo 1991, ya estudiada con anterioridad (53). El Registrador de la propiedad, como vimos, consideró que el conflicto de intereses existente en una liquidación de sociedad de gananciales en la que la viuda intervenía en nombre propio y en representación legal de sus hijas menores provocaba la nulidad de pleno derecho del citado acto particional. Como consecuencia de ello no era posible la confirmación o ratificación del mencionado acto jurídico.

La D.G. confirmó, sin hacer salvedad alguna, la nota de calificación, lo que implícitamente conlleva mantener el carácter insubsanable del defecto. Nótese que las dos hijas menores cuyo interés supuestamente se protegía, ahora ya mayores de edad, eran precisamente quienes recurrían contra la nota «protectora» de sus derechos: tal circunstancia pone de manifiesto lo absurdo del planteamiento de la nota registral.

Por nuestra parte entendemos que el criterio expuesto —nulidad de pleno derecho— carece de apoyo dogmático, y desde luego tal postura no ha sido reiterada por la D.G.

Ocupémonos ahora de la segunda tesis a que hacíamos referencia.

## 2. EL AUTOCONTRATO NO CONSENTIDO COMO ACTO JURÍDICO INCOMPLETO

a) La doctrina reciente de nuestro Centro Directivo, considera que el autocontrato que provoca un conflicto de intereses es nulo, ya que se trata de un supuesto de insuficiencia del poder, pero, sin embargo, es susceptible de ser ratificado.

Tal doctrina, que se contiene en las RSS de 11 de diciembre de 1997 y 2 de diciembre de 1998, tiene en nuestra opinión un doble fundamento:

1.º En primer lugar lo dispuesto en los textos legales.

La D.G. cita en tal sentido dos preceptos, el art. 1259.2 CC conforme al cual «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante»; y, por

(53) También en la nota de calificación que originó la R. de 30 de julio de 1976, confirmada en su totalidad por la D.G. Por su parte, CARRETERO GARCÍA, T., «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1987, pp. 815 y ss., critica la calificación de tal defecto como insubsanable.

otro lado, el art. 1717.2 CC —que expresamente se refiere a la posibilidad de ratificación— señala que: «en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante, sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente».

2.º En segundo lugar cabe razonar que las cautelas o limitaciones existentes en el régimen jurídico del autocontrato, tal y como ya dijimos, pretenden proteger, no a terceros, sino lo que constituye el interés jurídico del representado. Pues bien éste puede autorregular sus intereses patrimoniales bien a priori —por medio de la autorización— bien a posteriori —a través de la ratificación—; si el interés protegido es únicamente el del representado será éste quien determinará si lo hecho por su representante ha de ser o no válido, en su caso por medio de la ratificación. El respeto al principio de autonomía de la voluntad exige admitir la posibilidad de ratificación.

La ratificación, por tanto, puede salvar el autocontrato hecho sin autorización previa.

b) El reconocimiento que hace la D.G. de la posibilidad de ratificar es encomiable, pero, no obstante, hemos de completar, o matizar, la doctrina expuesta añadiendo las siguientes observaciones:

1.º) Si el conflicto de intereses se produce con ocasión de que un representante ostenta una doble o múltiple representación, entonces la ratificación ha de recaer por parte de todas las personas o entidades representadas.

No es suficiente la ratificación por sólo una de ellas, ya que el riesgo de parcialidad existe respecto a todas; por tanto si sólo ratifica un representante permanece la posibilidad de que el perjuicio exista en los restantes.

2.º) Si el autocontrato es ratificable con posterioridad a su celebración, no parece correcto calificarlo como nulo.

Se trata, como se ha señalado oportunamente, de un acto incompleto, ya que, pese a la terminología empleada por el art. 1259.2 CC, no se trata propiamente de un acto nulo —en cuyo caso sencillamente no sería ratificable— (54), sino de un negocio en vías de formación (que puede ser revocado, ratificado o permanecer incompleto). Por ello la terminología que

(54) El acto nulo es sólo susceptible de conversión en los supuestos legalmente previstos al respecto (así, por ejemplo, la conversión del testamento en codicilo, o de la letra de cambio en pagaré, etc.), pero no de confirmación o ratificación.

emplea la D.G. no es acertada (55): mejor hablar de acto incompleto que de acto nulo.

Es evidente que, en defecto de ratificación, no se crea el vínculo negocial pretendido; y ello sin perjuicio de que la apariencia creada genere algunos efectos jurídicos, tales como cierta vinculación de quienes ya emitieron su declaración de voluntad —en tanto no exista revocación— además de la posible responsabilidad del representante que actuó más allá de sus facultades.

3.º) No hay que confundir el acto incompleto, en el cual falta un elemento esencial (en este caso, el consentimiento de una de las partes), con el acto anulable, en el que sí concurren todos los elementos negociales, si bien uno de ellos aparece viciado.

Por ello se ha señalado oportunamente que el título documental que contiene la ratificación no es un mero documento complementario del acto ratificado, sino que es un otorgamiento sustancial y autónomo que incorpora su propia declaración de voluntad.

Por ello la escritura de ratificación debe originar su propio asiento de presentación en el Registro de la Propiedad. La consecuencia que se deriva de tal afirmación es de la máxima importancia, ya que la prioridad registral no la determinará el asiento de presentación del título del autocontrato, sino el posterior asiento de presentación de la ratificación (56).

Por contra si el acto es anulable y se confirma dentro del plazo del asiento de presentación se retrotrae su eficacia al momento de presentación del acto que se confirma. Así la compraventa otorgada por un menor presenta todos sus elementos contractuales, si bien uno de ellos, el consentimiento, está viciado; ahora bien si el menor adquiere la mayoría de edad durante la vigencia del asiento de presentación y confirma dicha compraventa ésta mantiene la prioridad originaria.

Tal ejemplo nos ilustra sobre las diferencias entre el acto incompleto y el acto anulable. Podemos observar, por tanto, como la determinación de la

(55) La crítica procede de RODRÍGUEZ BOIX, F., comentario a la R. 2 de diciembre de 1998, *La Notaría*, 1/1999, pp. 408 y ss., cuyo planteamiento estoy siguiendo en la valoración de tal R.

(56) RODRÍGUEZ BOIX, F., en la obra citada en la nota anterior.

naturaleza jurídica del autocontrato no consentido tiene repercusiones de índole práctica.

4.º) Lo expuesto en el número anterior nos permite enlazar con un tema de notable importancia: la eficacia de la ratificación.

Sobre este particular hay que distinguir dos planos distintos:

— La ratificación, entre las partes, produce plenos efectos jurídicos.

— Sin embargo, la ratificación no puede perjudicar los derechos de terceros surgidos entre el otorgamiento del autocontrato y el momento en que éste se ratifica, en la medida en que tales derechos resulten amparados por las normas de protección del tráfico (entre ellas las correspondientes al Registro de la Propiedad).

La citada Resolución de 2 de diciembre de 1998 que nos ilustra sobre las consecuencias de lo que venimos diciendo.

El problema planteado era el siguiente: se celebra una compraventa en la que los apoderados incurren en un supuesto no consentido de doble representación, ya que, sin estar autorizados para ello, actuaban simultáneamente como representantes tanto de la parte vendedora como de la parte compradora. Posteriormente tal escritura es ratificada por los representados. Ambas escrituras —la compraventa y su ratificación— constan presentadas en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, y aquí está lo interesante, entre el asiento de presentación de la compraventa y el asiento de presentación de la escritura de ratificación (que se practicó durante la vigencia de aquél) accede al Registro de la Propiedad una mandamiento judicial solicitando la práctica de una anotación preventiva de demanda.

El recurrente solicita que la compraventa ratificada se inscriba con rango preferente a la anotación preventiva; esto es, que la prelación de la compraventa derive de su propio asiento de presentación no del asiento correspondiente a la ratificación.

Sin embargo la D.G. considera que la prioridad de la compraventa es la determinada por la fecha de presentación de la escritura de ratificación, por lo que la anotación preventiva de demanda queda con rango preferente a tal compraventa.

emplea la D  
de acto r

Presiones de

para que la ratificación no puede producir efectos  
todo que la anotación ha de practicarse y gozar de  
de la compraventa. Las razones esgrimidas son las

ario se dotaría al representado de una injustificada posi-  
que el otorgamiento de un acto incompleto equivaldría  
registral que puede luego confirmar o no a voluntad.

de la prioridad no puede ser la de la presentación de la  
compraventa por la sencilla razón de que mientras no se produzca el con-  
curso del consentimiento de ambas partes (lo que sólo tiene lugar con la  
ratificación) no existe tal compraventa por faltar un elemento esencial de  
la misma (art. 1261 y 1262 CC).

— La doctrina expuesta es conforme con la del Tribunal Supremo (y  
cita en tal sentido las SSTS de 31 de enero de 1978 y 12 de diciembre de  
1989).

No es fácil señalar si tal doctrina es acertada. Por una lado parece una  
consecuencia lógica del respeto a los derechos de un tercero protegido.  
Pero, por otro lado, resulta que las normas sobre protección del represen-  
tado las hacemos jugar en su perjuicio: exigimos su ratificación para ase-  
gurarnos que desca el negocio concertado pero luego a tal ratificación le  
damos un rango registral inferior a la del negocio ratificado, con lo que la  
anotación preventiva de demanda queda con carácter preferente. Extraño  
modo de proteger el interés del representado (57).

(57) La crítica que acabamos de hacer a la mencionada R. me la sugirió LORA TAMAYO al  
finalizar la conferencia.