

RICARDO CABANAS TREJO - LETICIA BALLESTER AZPITARTE
NOTARIO NOTARIA

Contenidos

1. Resoluciones.
2. Sentencias.
3. Varia Fiscal.
4. Otras noticias de interés.
5. Comentario del mes.

1.- Resoluciones.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO – DGRN-

DIRECCIÓ GENERAL DE DRET I D'ENTITATS JURÍDIQUES –DGDEJ- 227.-Res. DGRN de 12/09/16. ART. 199 LH. INSTANCIA PRIVADA.

Cabe solicitar el inicio del procedimiento previsto en el art. 199 de la LH para completar la descripción de la finca registral, acreditando su ubicación y delimitación gráfica (y, a través de ello, sus linderos y superficie), mediante presentación de instancia privada con firma legitimada notarialmente. Al no ser un acto traslativo de derechos, se trata claramente de un supuesto de no sujeción ni al ITPAJD ni al ISD. Si hubiera un eventual exceso de cabida como consecuencia de la resolución de dicho expediente, también estaría no sujeto, ya que sólo tributa si se pone de manifiesto la adquisición de una finca colindante, y ello conllevaría la resolución negativa del procedimiento registral.

228.- Res. DGRN de 12/09/16. CESIÓN DE USO DE UN INMUEBLE.

Para el cambio de uso de un local a vivienda comparece el arquitecto manifestando la fecha de finalización de las obras, que conlleva la prescripción de la infracción urbanística y la consolidación de la modificación de la obra nueva por antigüedad.

229.- Res. DGRN de 13/09/16. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE COMPRAVENTA VERBAL.

No habiendo documento privado de compraventa, se acredita que el pago fue efectuado por el comprador y que los recibos de IBI, fiscales y de la Comunidad de propietarios han sido desde entonces abonados por el mismo. Cabe su elevación a público, pero debe aportarse el título de sucesión para acreditar la condición de herederos del transmitente.

230.- Res. DGRN de 14/09/16. AMARRE.

Para la transmisión *inter vivos* de una finca destinada a una zorra de amarre de embarcaciones es preciso acreditar previamente la aprobación de la modificación del deslinde del que resulta la exclusión o no invasión del dominio público marítimo-terrestre.

231.- Res. DGRN de 14/09/16. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A CONSUMIDORES.

Queda igualmente sujeto a la Ley 2/2009 de 31 de marzo, de contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios, el contrato de cesión de los mismos, cuando tanto el transmitente como el adquirente en dicha operación no son entidades de crédito. Véase también la **Res. de 10/10/16**, donde además se plantea un problema de juicio de suficiencia de facultades representativas (en los supuestos en que el documento del que resulte la representación figure en protocolo legalmente a cargo del notario autorizante, la exhibición de la copia auténtica podrá quedar suplida sólo mediante la constancia expresa de que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación).

232.- Res. DGRN de 14/09/16. PODER OTORGADO ANTE NOTARIO DE LIVERPOOL. JUICIO DE SUFICIENCIA.

Le representación voluntaria, según el art. 10.11 del CC (no es aplicable el Reglamento de 17 de junio de 2008) se regula por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas en defecto de sometimiento expreso. Por tanto, no cabe hablar de prueba del Derecho extranjero, siendo aplicable la ley española por presentar dicho certificado notarial a efectos de otorgar una escritura de compraventa en España. No

basta con que se exprese que el poderdante tiene la aptitud y capacidad legal necesaria según su ley personal y que se han cumplido las formalidades del país de origen, sino que debe emitirse un juicio de equivalencia de funciones entre el funcionario público extranjero y el notario español. La DG concluye que el *notary public* inglés no emite juicio de capacidad de los comparecientes, sino que se limita a legitimar la firma y no puede considerarse equivalente. En cambio, los *notaries-at-law* o *lawyer notaries* sí que pueden considerarse equivalentes.

233.- Res. DGRN de 14/09/16. HIPOTECA. TASACIÓN.

El certificado sobre el valor de tasación debe ser expresado sin sujeción a condicionante alguno. En este caso, las dudas del tasador giraban en torno a la correspondencia o identidad entre los inmuebles valorados, las parcelas catastrales y las fincas registrales incorporadas: pero, si le indujeron realmente a dudar sobre la identidad de las fincas, el informe debió denegarse, mientras que, si dichas dudas no influyeron significativamente en la valoración, el tasador debió limitarse a hacer una advertencia genérica. Por otro lado, respecto a la doctrina de la inscripción parcial de las constituciones de hipoteca solamente en virtud de petición expresa de las partes cuando el pacto rechazado afecte a la esencialidad del contrato, no es aplicable cuando el defecto afecte sólo a una de las fincas o derechos independientes y no exista perjuicio para nadie, pudiendo practicarse de oficio.

234.- Res. DGRN de 22/09/16. EJERCICIO DE OPCIÓN LEGAL POR ACCESIÓN.

Los propietarios de una finca rústica (en la que consta construida una vivienda e inscrita) reconocen en escritura que a su vista, ciencia y paciencia, su hijo ha construido y sufragado con fondos propios otra edificación destinada a vivienda, por lo que, de acuerdo con los arts. 361 y 364 del CC optan por que el edificante les pague el valor del terreno ocupado por la obra, haciendo ésta suya. En la misma escritura, los padres condonan el valor del terreno al hijo y solicitan que se inscriban dos terceras partes indivisas de la finca a nombre del hijo, quien declara la obra nueva con el consentimiento de aquéllos. Dicho negocio tiene aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial cuya inscripción se solicita.

235.- Res. DGRN de 22/09/16. HIPOTECA FLOTANTE. RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

Puesto que se caracteriza por garantizar una pluralidad de obligaciones, el principio de accesoriedad de la hipoteca queda matizado, haciendo necesaria una especial concreción de los elementos configuradores de la garantía real, especialmente su duración y la responsabilidad hipotecaria por intereses. El plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene por qué coincidir con el de vencimiento de ninguna de las obligaciones garantizadas, que incluso pueden ser futuras y por tanto aun no nacidas ni pactados sus términos definitivos. Dicho plazo opera también como caducidad del asiento registral, debiendo cancelarse automáticamente salvo que se haya practicado nota de inicio de ejecución. Debe señalarse el tope máximo de tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria, no bastando con fijar una cantidad máxima de cobertura, ya que ello impide discernir el cumplimiento o no del límite el art. 114 de la LH.

236.- Res. DGRN de 23/09/16. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES.

En el convenio regulador de separación matrimonial se atribuye un bien privativo del marido a la esposa, en contraprestación por las adjudicaciones hechas a aquél en la liquidación de la sociedad de gananciales. No es necesario que en la escritura comparezca el esposo, que ya su voluntad se tiene por emitida en el proceso judicial firme anterior.

237.- Res. DGRN de 28/09/16. ACTA NOTARIAL DE FINALIZACIÓN DE OBRA.

Es necesaria la georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación terminada, nueva o antigua, aunque puede realizarse sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla. Sólo cuando surjan dudas fundadas (por ejemplo, la ubicación de la edificación respecto de los linderos) se podrá exigir también la previa georreferenciación de la parcela.

238.- Res. DGRN de 28/09/16. DERECHO DE SUPERFICIE. SOCIEDAD CIVIL.

Todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales tiene naturaleza mercantil: la inobservancia de la escritura pública de constitución determina, por tanto, que su personalidad y poder de representación no hayan sido acreditados. Por otro lado, al tratarse no de un derecho de superficie para construir una edificación, sino de un derecho de superficie que recae sobre un edificio construido con anterioridad a la constitución de tal derecho, debe entenderse que se constituye en el momento de la elevación a público del documento privado.

239.- Res. DGRN de 29/09/16. ADMINISTRADOR CON CARGO NO INSCRITO.

Cuando no conste la inscripción del administrador en el RM, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral. El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. De ahí que en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el RM, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral, todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil y que, en el presente caso, se hallan en contradicción con la representación alegada en la escritura calificada.

240.- Res. DGRN de 29/09/16. MEJORA GALLEGA.

Los otorgantes, de vecindad civil gallega, adjudican a sus dos hijas en concepto de mejora con entrega de presente el pleno dominio de una finca sita en Cataluña. La registradora pretende desvirtuar las manifestaciones de los otorgantes por consulta de la Oficina Liquidadora a su cargo (resultando de los mismos que su domicilio fiscal hasta 2009 ha sido en Cataluña) pero tales datos son reservados y utilizables únicamente en expedientes administrativos de comprobación, gestión e inspección tributaria, siendo una función absolutamente separada de la registral y que no debe interferir en ésta. Además, los negocios simulados o indirectos, así como todos los ligados a una intencionalidad concreta, los otorgados mediante dolo o intimidación en la formación de la voluntad, o los de rescisión por lesión, escapan de la calificación registral, pues su

determinación exige la práctica de toda clase de pruebas que deben ser residenciadas en sede judicial. Por último, la DGRN señala que el principio de unidad de la sucesión es igualmente aplicable a los conflictos interregionales.

241.- Res. DGRN de 05/10/16. COMPRAVENTA DE PARTICIPACIÓN INDIVISA. JUICIO DE CAPACIDAD.

Los actos dispositivos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada son válidos a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. Por tanto, el registrador no puede calificar negativamente dicho acto por el solo hecho de presentarse con posterioridad un mandamiento del Juzgado de primera instancia en el que se tramita proceso de incapacidad contra la vendedora, acordándose la oportuna anotación preventiva. El juicio positivo de capacidad por parte del notario autorizante constituye una presunción iuris tantum, pudiendo ser solamente desvirtuado mediante valoración del conjunto de pruebas concurrentes, en el proceso contradictorio incoado al efecto. Tratándose de la venta de una participación indivisa, aunque no se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, es necesario acompañar certificado de innecesariedad o licencia de parcelación por los datos fácticos concurrentes, pues del catastro resultan tres construcciones delimitadas de uso residencial y con perímetros vallados, siendo diferentes las referencias de la parcela y con diversa titularidad.

242.- Res. DGRN de 05/10/16. DESVINCULACIÓN ANEJO.

Previsto en los estatutos de la comunidad la desvinculación de anejos sin necesidad de consentimiento de la Junta, la obligación de notificar a la comunidad (para permitir que se tomen las medidas oportunas de verificación y protección de elementos comunes) no constituye un presupuesto del ejercicio unilateral de la facultad de llevar a cabo las modificaciones.

243.- Res. DGRN de 05/10/16. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN.

No se puede hacer constar en el historial de unas fincas registrales que la sociedad que aparece como titular se encuentra en liquidación.

244.- Res. DGRN de 06/10/16. HERENCIA. LEGÍTIMA VASCA.

La nueva Ley de Derecho civil Vasco de 25 de junio de 2015, a diferencia de la anterior de 1 de julio de 1992, ya no atribuye derechos legitimarios a los ascendientes, y por tanto la herencia puede otorgarse compareciendo únicamente el cónyuge si en el testamento se le instituyó como heredero universal, legando a los padres “lo que por legítima les corresponde”.

245.- Res. DGRN de 11/10/16. DESLINDE ADMINISTRATIVO DE MONTE COMUNAL.

A través del deslinde (cuya eficacia jurídica se circunscribe al ámbito estrictamente posesorio, no afectando, en principio, al derecho de propiedad) no puede la entidad interesada, reclamar la propiedad o posesión sobre otra finca, debiendo ejercitarse la correspondiente acción reivindicatoria. En todo caso, el deslinde administrativo, en cualquiera de sus formas, es título inscribible, estando o no la finca inscrita, lo cual es relevante a efectos de la publicidad del procedimiento, prevista reglamentariamente.

246.- Res. DGRN de 11/10/16. INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO.

No cabe mediante escritura de aportación a la sociedad de gananciales acompañada de un acta declarativa de la notoriedad de que el aportante era tenido por dueño de la finca que aporta. La tramitación del acta conforme a la normativa ya

derogada no le atribuye al documento notarial la aptitud matriculadora exigida tras la reforma operada por la Ley 13/2015.

247.- Res. DGRN de 13/10/16. VENTA EXTRAJUDICIAL ANTE NOTARIO. REQUERIMIENTO A LA PARTE DEUDORA.

Tras varios intentos de efectuar el requerimiento en la vivienda hipotecada, comparece en la Notaria el administrador mancomunado de la mercantil deudora, también en su condición de hipotecante no deudor, acepta darse por notificado y se le entrega copia íntegra de las diligencias practicadas hasta ese momento. La registradora señala que siendo la deudora una sociedad, el requerimiento fuera del domicilio social debe ser efectuado a quién ostente su representación (en el caso concreto, dos de los tres administradores mancomunados). Ahora bien, una cosa es el poder de representación de los administradores y otra la facultad para recibir notificaciones y requerimientos, que tiene su regulación en el artículo 235 de la LSC: precisamente, su finalidad es impedir que la necesidad de notificar a todos y cada uno de los componentes del órgano de administración, cuando estos deben actuar conjuntamente, haga infructuoso este trámite en múltiples ocasiones.

248.- Res. DGRN de 13/10/16. SEPARACIÓN MATRIMONIO. HIJOS NO COMUNES.

No es inscribible la extinción del *pro indiviso* y la adjudicación de los bienes integrantes en una comunidad de dos personas solteras y que nunca han contraído matrimonio entre sí mediante testimonio judicial, cuando el convenio contiene medidas de guarda y custodia de hijos menores no comunes, puesto que resulta por ello la liquidación ajena a la causa matrimonial *stricto sensu*.

249.- Res. DGRN de 13/10/16. CONCURSO ACREEDORES. BIEN COMÚN. EMBARGO DEL CÓNYUGE NO CONCURSADO.

Inscrita la finca con carácter común para su consorcio conyugal regulado en el Código de Derecho Foral de Aragón, del historial registral resulta inscrita la declaración de concurso voluntario del cónyuge del deudor contra el que se decreta el embargo. La exclusión del bien consorcial embargado de la masa activa del concurso, por no responder de las obligaciones del concurso, corresponde declararlo al juez del concurso. Esto no significa que los acreedores del cónyuge deudor no concursado queden desprotegidos. De las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges responden sus bienes privativos y subsidiariamente los bienes comunes, pero estos bienes comunes están sujetos a las vicisitudes derivadas de la actividad de ambos cónyuges no solo de su cónyuge deudor. Permitir la ejecución separada supondría hacer estos créditos de mejor condición que el resto de créditos contra el consorcio conyugal. Por ello corresponde al juez del concurso determinar si los acreedores del cónyuge del concursado deben incluirse en la masa pasiva, por tratarse de créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal.

250.- Res. DGRN de 03/10/16. JUNTA GENERAL LUGAR CELEBRACIÓN.

La previsión de que las juntas sean convocadas bien en el lugar donde la sociedad tiene su domicilio social bien en el término municipal de Madrid determina adecuadamente el contenido estatutario. Por otro lado la designación de un término municipal como alternativo al lugar previsto legalmente para la celebración de la junta no puede considerarse perjudicial en modo alguno para los derechos de los socios.

251.- Res. DGRN de 19/09/16. DEPÓSITO CUENTAS.

La presentación de las cuentas debidamente aprobadas, se practicó una vez transcurrido el año desde el cierre de las mismas, y por tanto el cierre ya se había

producido. Por ese motivo la sola presentación de las cuentas pendientes no reabre por sí sola el Registro, mientras las mismas no sean debidamente depositadas.

251.- Res. DGRN de 12/09/16. LIQUIDADORES. NOMBRAMIENTO.

No habiéndose producida la designación inicial de liquidador con ocasión de acordar la disolución, y el juez no acogió la pretensión de que el liquidador fuera judicialmente designado, la situación es equiparable a no haber designado la junta liquidador alguno, y la consecuencia ha de ser, por tanto, la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores, sin que sea preciso ulterior acuerdo de la junta. Por otro lado, inscrito el acuerdo de disolución, pero habiéndose ejercitado la acción social de responsabilidad frente a uno de los administradores, existiendo incluso sentencia firme de condena, puede reflejarse en el Registro Mercantil, con posterioridad, el cese del administrador afectado justo como consecuencia del ejercicio de aquella acción.

2.- Sentencias.

TRIBUNAL SUPREMO -TS-

AUDIENCIA PROVINCIAL -AP-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA -JPI-

JUZGADO MERCANTIL -JM-

69.-SAP de Castellón de 31/05/16 Rec. 454/2015. Donación. Responsabilidad del notario autorizante por culpa.

El notario cuyo asesoramiento se solicitó en julio acerca de una donación de padres a hijos y el plazo para acogerse a la reducción en la cuota tributaria que establecía la normativa de la Comunidad valenciana, señaló la posibilidad de realizarla hasta la terminación del ejercicio fiscal, quedando con el cliente en otorgar la escritura después del verano. La Audiencia considera que, conociendo que la donación se iba a hacer pocos días después de la consulta, debió informar al demandante de la necesidad de otorgar el documento público dentro de los treinta días hábiles siguientes, habiendo incurrido en error que provocó un daño en el patrimonio del actor, al tener que liquidar el impuesto sin la reducción. Además, considera que el notario persistió en su error al haber otorgado la escritura de donación fuera del plazo establecido y procediendo el personal de la Notaría a autoliquidar el impuesto solicitando la reducción. El defecto fiscal es insubsanable, puesto que la donación se perfecciona con la entrega de la suma dineraria por parte de los donantes y su percepción por el donatario.

70.-STSJ de Cataluña de 21/07/16 Rec. 129/2015. Usucapión. Posesión en concepto de dueño.

El pago del IBI y cambio de nombre en el catastro pueden considerarse indicios valorables a los efectos de determinar la posesión en concepto de dueño, pero deben ser valorados conjuntamente con otros datos, por ejemplo que el padre firmara todos los proyectos como propietario y pagase las obras hasta su conclusión. El pago del IBI obedecía a un deseo de los titulares, que cedían el uso del inmueble a cambio de que se hiciera cargo el cesionario de alguno de los gastos derivados del mismo, no pudiendo dar lugar a usucapión.

71.-STSJ de Cataluña de 28/07/16 Rec. 28/2016. Derecho catalán. Supuesto especial de preterición.

De acuerdo con el artículo 451-16, 2a) del CCCat, aunque como regla general si el legitimario ha llegado a serlo con posterioridad al testamento (o bien su existencia no era conocida entonces por el testador) el testamento deviene ineficaz, cuando el causante ha dispuesto su herencia a favor del cónyuge o de la pareja en unión estable, opera la presunción contraria, sin perjuicio de la legítima del preterido. El TSJ estima la existencia de la pareja estable por concurrir la voluntad de constituirla desde el inicio de

la relación afectiva, incluso intención de contraer matrimonio, aunque pocos meses después se llevara a cabo la incapacitación judicial del causante.

72.- STS de 07/10/16 Rec. 585/2014. PRENDA. PREFERENCIA. TERCERÍA MEJOR DERECHO.

El crédito pignoraticio goza de preferencia respecto de lo obtenido con la realización del bien sobre el que se constituyó la prenda frente al resto de los acreedores. No se discute que esta preferencia del derecho de prenda sobre el embargo de la TGSS viene determinado por la fecha de constitución del derecho de prenda, y no por la fecha en que el crédito garantizado con la prenda resulta líquido y exigible. La cuestión controvertida es en qué medida puede hacerse valer esta preferencia por parte del acreedor pignoraticio, cuando todavía no ha vencido la póliza garantizada, frente a otro acreedor que pretende ejecutar el bien o, en este caso, los derechos sobre los que se ha constituido la prenda. La jurisprudencia de esta Sala, en atención a los efectos de la tercería, viene exigiendo que el crédito del tercerista sea cierto, líquido, vencido y exigible. Parece lógico que, si el efecto de la tercería de mejor derecho es que lo obtenido con la realización del bien o derecho embargado se destine a hacer pago al acreedor tercerista a quien se le reconoce la preferencia de su crédito, este sea cierto, líquido, vencido y exigible. Tal y como está ideada en Ley de Enjuiciamiento Civil la tercería de mejor derecho, parece que se refiere a la concurrencia de créditos privilegiados que no cuentan con garantía real preferente en el tiempo al embargo. En esos casos, tiene todo el sentido la exigencia de que el crédito del tercerista sea cierto, líquido, vencido y exigible. Una garantía real constituida antes del embargo, en principio, no necesitaría acudir a la tercería de mejor derecho, pues el embargo se habría trabado sobre el bien o derecho gravado, razón por la cual, en todo caso, la realización del bien o del derecho previamente gravado debe respetar la garantía real. Se ejecuta el bien con su garantía, de tal forma que quien lo adquiere en la ejecución lo hace con la carga que supone la garantía, y el acreedor titular de esta garantía real la mantiene intacta. Esto puede cumplirse fácilmente cuando la garantía goza de inscripción registral. No ocurre lo mismo cuando la garantía real, como es la prenda sobre derechos del presente caso, no está inscrita en el registro. En estos casos, como el embargo se trabó sin que quedara constancia de que los derechos estaban previamente pignorados, la realización de los derechos embargados puede vaciar la garantía real, que no podrá oponerse frente al adquirente en la ejecución. Por esta razón, para no vaciar la garantía real, debemos admitir que el acreedor pignoraticio pueda hacer valer la preferencia de cobro que le concede su garantía real frente a la TGSS mediante la tercería de mejor derecho. Si prospera la tercería, lo obtenido por la realización de los derechos embargados por la TGSS, sobre los que el tercerista tiene un derecho de prenda, estaría pendiente de que el crédito garantizado pasara a ser cierto, líquido, vencido y exigible, para satisfacer entonces el crédito hasta el alcance de la garantía, y después el sobrante, en su caso, podría destinarse a satisfacer el crédito de la TGSS.

73.- STS de 29/09/16 Rec. 2151/2014. GRUPO SOCIEDADES. LEVANTAMIENTO DEL VELO.

En el caso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo familiar de empresas, el hecho de que puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios, y el mismo domicilio y página web donde anuncian sus servicios como grupo empresarial en el tráfico mercantil, no representa, en sí mismo considerado, una circunstancia que resulte reveladora por sí sola del abuso de la personalidad societaria, por ser habitual entre sociedades de un mismo grupo familiar. Por lo que dicho abuso habrá de valorarse, principalmente, del resto de las circunstancias concurrentes que hayan resultado acreditadas. En este sentido, no sólo no

concurrer los supuestos clásicos de confusión de patrimonios o infracapitalización, sino que además tampoco se ha acreditado el carácter instrumental de las empresas filiales de cara al fraude alegado.

74.- STS de 21/09/16 Rec. 928/2014. PLAZO DE ENTREGA. CUMPLIMIENTO.

La resolución instada después de intentar el cumplimiento del contrato conforme a lo pactado, es decir, una vez vencidos tanto el plazo de entrega pactado como su prórroga, y recibir entonces del vendedor la respuesta de que las obras aún no estaban terminadas, no puede equipararse a un desistimiento unilateral del comprador que autorice al vendedor a retener la mitad de las cantidades pagadas a cuenta del precio, pues claro está que tal desistimiento, equiparado en el contrato a la <<renuncia>> y a la <<resolución>>, solo puede estar referido a una voluntad del comprador de desvincularse del contrato que no responda o se funde en un incumplimiento contractual del vendedor.

75.- STS de 05/10/16 Rec. 1856/2014. PAGO LEGÍTIMA. INTERESES.

El pago de la legítima consistente en dinero devenga el interés legal desde la muerte del causante, pues constituye una deuda pecuniaria que ha de satisfacerse a tenor del sistema nominalista imperante en nuestra legislación, con arreglo al cual se atiende exclusivamente al valor nominal del dinero, cualesquiera que sean las alteraciones del valor intrínseco o comercial que experimente. Su reclamación deba entenderse implícita en la solicitud del heredero en orden al pago de la legítima que le corresponda, sin necesidad de una petición expresa y diferenciada en el *petitum* de la demanda.

3.- Varia Fiscal.

TRIBUNAL SUPREMO –TS-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA –TSJ-

AUDIENCIA NACIONAL –AN-

TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL -TEAC-

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS –DGT-

55.- Consultas Direcció General de Tributs de 09/11/15, 156E/16, y de 03/11/15, 167E/16, (publicadas ambas el 04/10/16). ITPAJD. ISD.

No tributa por ITPAJD la renuncia al pacto de supervivencia previa a una donación, pues tiene efectos *mortis causa* y genera únicamente una expectativa de derecho. Por este mismo motivo, tampoco tributa la escritura pública de pacto sucesorio de institución de heredero, sin perjuicio de la liquidación por ISD que proceda con ocasión del fallecimiento del instituyente.

56.-Consulta Direcció General de Tributs de 16/11/15, 80E/15 (publicada 30/09/16). AJD. Extinció de la PH.

La extinció de una Propiedad Horizontal de tres entidades privativas, de manera que pasen a formar de nuevo una única finca registral, tributa por la cuota variable de AJD.

57.- Resolución del TEAC de 08/09/16. IRPF. Exención por reinversión. Adquisición de la nueva vivienda habitual.

Es posible aplicarla si se destinan las cantidades obtenidas en la enajenación a satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual en construcción, incluso en caso de autopromoción, siempre que se adquiera la propiedad dentro de los dos años anteriores o posteriores a la venta de la anterior.

58.- Resolución del TEAC de 15/09/16, rec. 1701/2013. ISD.

Para la reducción del 95% en la base imponible del Impuestos sobre Sucesiones por la transmisión de las participaciones en empresas familiares, el TEAC modifica su criterio sobre el momento en el que deben concurrir los requisitos necesarios cuando

éstos no concurren en el causante sino en sus descendientes. Es necesario que en el momento del fallecimiento y hasta ese instante las retribuciones percibidas por el heredero por las funciones de dirección superen el 50% sobre el resto de las retribuciones integradas en su base imponible general.

59.-STSJ (Contencioso-administrativo) de la Comunidad valenciana de 05/10/16. IIVTNU.

La escritura de compra de una finca en 1987 y las posteriores de obra nueva sobre la misma hacen prueba de la depreciación de su valor en el momento de su transmisión en 2014, no procediendo la liquidación por el IIVTNU. No cabe considerar exclusivamente el valor catastral de los inmuebles, sobre todo cuando la depreciación es evidente.

4.- Otras noticias de interés.

24 de octubre de 2.016. EL PARLAMENT BONIFICA LOS DIVORCIOS ANTE NOTARIO

El Boletín Oficial del Parlament de Cataluña publica hoy la aprobación por el Pleno celebrado el pasado día 19 de octubre de 2016 de la Ley de modificaciones urgentes en materia tributaria 200-00011/11. En su capítulo V, se recoge una bonificación del 100% del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la escritura pública de separación, divorcio o extinción de la pareja estable otorgada de mutuo acuerdo entre las partes.

Esta ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOGC, y supone la eliminación de un obstáculo importante a la hora de optar por formalizar la separación ante secretario judicial o ante notario tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Si bien la exención de TPO era aplicable en ambos supuestos, a tenor del art. 45.I.b)3 del TRLITPAJD, no ocurría lo mismo con la cuota gradual de AJD, que hasta este momento sólo quedaba exenta en el convenio ante el Secretario judicial.

5.- Comentario del mes.

A propósito de la Resolución de 03/08/2016 (BOE de 23/09/2016). De nuevo sobre el auto-contrato y el control notarial/registral.

A la vista del cambio de criterio que supone esta importante Resolución de la DGRN, y que lo hace, además, en el sentido que habíamos propugnado en un comentario que habíamos publicado en este mismo Blog el pasado mes de junio, consideramos conveniente ofrecer una versión ampliada y actualizada de aquel comentario anterior, que recoja el nuevo criterio de la DGRN, y que lógicamente nos parece de lo más acertado.

Aunque la prohibición del art. 229.1.a) LSC y la figura del auto-contrato están muy relacionadas, no deben confundirse. Simplificando mucho, podríamos decir que la regulación en la LSC del conflicto de interés atiende a la perspectiva “societaria”, mientras que la del auto-contrato lo hace a la perspectiva “civil”. Incluso, por el especial relieve de los mecanismos de control preventivo de carácter notarial y registral podríamos hablar de una específica perspectiva “civil-registral”, donde resulta de gran interés la doctrina de la DGRN. En última instancia, estos controles a cargo de un funcionario pueden impedir la formalización en escritura pública y/o la inscripción de un negocio, todavía no cuestionado judicialmente, y que quizá nunca lo sea. Por eso examinar ahora el alcance de ese control preventivo presenta un enorme interés práctico, pues constituye un inmejorable banco de pruebas para separar las cuestiones civiles de las societarias.

Hablamos genéricamente de auto-contrato cuando el representante contrata

consigo mismo, pero en términos más amplios también cuando incurre en una situación de múltiple representación (la SAP de Cádiz [1] de 28/07/2005 AC 2005/1677, tiene en cuenta el régimen conyugal de comunidad del administrador, cuando compra su esposa). Es una patología representativa. Pero el problema actual del auto-contrato no es el relativo a su admisión conceptual, que mediante la formulación de las más variadas teorías ha sido superado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sino determinar en qué casos y bajo qué límites el ordenamiento jurídico debería admitir la eficacia de la actuación del representante que contrata consigo mismo. Cuando no se admite, el resultado "civil" de la actuación del representante suele llevarse por el terreno de la falta de oponibilidad, por constituir un exceso del poder de representación, y, por tanto, de ausencia efectiva del mismo (entre las más recientes, Resolución de la DGRN de 28/04/2015 RJ 2015/5285: "*el problema que subyace no es una cuestión de suficiencia del poder de representación del órgano de administración sino de que ... en situación de conflicto no existe poder de representación; en suma, no es un problema de suficiencia sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate - comprar, por ejemplo-*"). Por eso no existirá exceso representativo cuando la estructura objetiva y concreta configuración del negocio excluya la colisión de intereses (auto-contrato sin conflicto de interés, Resolución de 29/06/2016 JUR 2016/166853), o cuando preceda la autorización del representado, pues, aunque el conflicto exista, el principal decide sobre cómo debe ejercerse esa representación. La autorización remueve un impedimento que limita la posición del representante en la relación jurídica (cualquiera que sea su calificación, como poder singular, modalización del inicial, o licencia distinta del mero apoderamiento, Resolución de 29/06/2016 JUR 2016/166853).

En el caso de una operación inmobiliaria que haya de formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, es decir, desde la perspectiva "civil-registral", sería necesaria una autorización del principal, que la doctrina de la DGRN refiere a la junta general (Resolución anterior: "*el órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad: la junta general de socios*"; de interés la Resolución de 21/06/2013 RJ 2013/5772 que rechaza expresamente la autorización del consejo de administración, cuando al apoderado es un consejero). Por tanto, aunque la raíz del problema está en un posible conflicto de intereses, desde esta perspectiva se manifiesta sólo en el dominio de la representación, por el solapamiento de posiciones contractuales en una misma persona (STS de 10/06/2015 RJ 2015/2749). Consiguientemente, no hay auto-contrato cuando interviene otro de los posibles representantes (salvo que se trate de un apoderado *ad hoc*, Resolución de 28/06/2013 RJ 2013/6125), ya sea en sustitución del administrador afectado, o por hacerlo conjuntamente con este (otro mancomunado), o en la mera ejecución de un acuerdo previo del órgano colegiado de administración.

La perspectiva societaria del conflicto de interés, en cambio, es muy distinta, pues no presta atención al vínculo representativo, o no lo hace en relación con la operación cuestionada (como señala la STS de 17/03/2015 RJ 2015/1476, la pertenencia al órgano de administración de la otra parte contratante -además, madre de la representante- justifica el tratamiento de la cuestión desde otros puntos de vista, "*pero no como un caso de auto-contratación*"). El conflicto de interés activa una infracción del deber de lealtad por la especial posición del órgano de administración, y consiguientemente por la pertenencia al mismo del sujeto conflictuado. Como dicho órgano gestiona y representa a la sociedad, todos sus miembros, aunque individualmente no estuvieran investidos de facultades representativas, están sometidos

a las obligaciones derivadas del deber de lealtad, entre ellas la de no realizar transacciones con la sociedad. Soporta la prohibición por su condición de administrador, pero como tercero que contrata con la sociedad, no por intervenir en ese contrato también como representante de la sociedad. No sólo esto, también cuando el tercero sea un persona vinculada con él que haya contratado con otro administrador. En estos casos no hay auto-contrato en el sentido civil-registral, pero puede haber conflicto en el sentido societario, especialmente si la mera intervención del otro administrador no equivale a una dispensa. Para valorar esto último habrá que tener en cuenta el tipo de transacción y la estructura del órgano de administración.

Hay transacciones que deben ser autorizadas por la junta general, en cuyo caso el requisito societario también colma el civil-registral (es decir, se salva el conflicto de intereses y el defecto de representación), pero en otras corresponde al propio órgano de administración, y es aquí donde la perspectiva dual empieza a complicar la situación. Surge la duda de si la dispensa societaria concedida por el órgano de administración también será suficiente en la civil-registral, o en este ámbito siempre debe intervenir la junta general. Yendo un poco más lejos, también podemos plantear si esa dispensa societaria realmente constituye un requisito sujeto a control preventivo, de modo que no bastará con evitar externamente el auto-contrato, sino que deberá acreditarse ante el notario/registrador la obtención de aquélla. Por ejemplo, en un caso de varios administradores solidarios, de considerar que la dispensa corresponde a todos los no conflictuados, podría entenderse que no es suficiente con que el contrato se firme por otro administrador, sino que han de intervenir todos en su ejecución, o constar al menos el consentimiento de los otros, y hacerlo, además, de modo fehaciente.

Pero imaginemos a dónde nos puede llevar una aplicación irrestricta de esta última idea. Si el control civil-registral se extiende a cualquier supuesto societario de conflicto, el bloqueo en el momento de la escrituración/inscripción no quedaría restringido al supuesto más lineal y típico de auto-contrato, es decir, el único que interesa desde la perspectiva civil. También cuando el notario/registrador sepa que la otra parte es administrador, aunque no intervenga en el contrato en esa condición (compra en su propio nombre, y por la sociedad vendedora firma otro administrador solidario). Pero, también, cuando se trate del cónyuge, de la pareja, y hasta del cuñado del administrador que firme, o de otro administrador que no interviene (¿hasta dónde habría que llegar con la pesquisa de una vinculación personal, ni siquiera restringida al administrador firmante? recordemos cómo la Resolución de 05/05/2005 RJ 2005/5488 rechazó la pretensión del registrador de sostener la existencia de auto-contrato, "*con base en sus sospechas acerca de la naturaleza del negocio o del fin perseguido por las partes*"). Y todo esto se agrava si entendemos que en el ámbito civil-registral, aún no habiendo auto-contrato, se debe salvar el conflicto en la forma prevista para este último, es decir, siempre con acuerdo de la junta.

En nuestra opinión las cosas no son así y los dos ámbitos se deben mantener separados, ciñendo el control preventivo al estricto ámbito de la representación. Sólo cuando exista auto-contrato –o múltiple representación- en el sentido civil, tendremos un defecto de la relación representativa que impide la escrituración/inscripción, pero no en otro caso. El estricto conflicto societario, y mucho menos el tipo de mera sospecha que establece el art. 229.1.a) LSC, con la extensión subjetiva que resulta del art. 231 LSC, no es una situación que deba verificar el notario/registrador, pues ni siquiera se plantea en términos de relación representativa. Antes al contrario, si el notario/registrador ha de valorar una posible situación de conflicto de interés, no es para extender la ausencia de representación más allá del supuesto estricto de auto-contrato, sino, justo al revés, para admitir la representación, aunque concurra este último, cuando

objetivamente no haya conflicto de intereses (implícitamente así lo admite la Resolución de 29/06/2016 JUR 2016/166853).

Sin embargo, no fue este el criterio de la DGRN en la Resolución de 30/06/2014 RJ 2014/4478, en un caso donde consta que el apoderado de la entidad acreedora es el esposo de la deudora -en separación de bienes-, sólo porque también firma en nombre propio para prestar su consentimiento por tratarse de la vivienda familiar. La DGRN admite que no existe auto-contrato, pero *"no es esta la cuestión sino la situación de conflicto en que se encuentra"* la que invalida la actuación del representante, y confirma la calificación negativa, con apoyo y cita expresa de la -entonces- incipiente reforma legal que dio lugar a la Ley 31/2014 (*"de la trascendencia de dicha política legislativa en materia de fortalecimiento de la transparencia da cuenta el hecho de que, como consecuencia de los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo nombrada por el gobierno en fecha 10 de mayo de 2013, exista en tramitación un anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital al respecto"*). Identifica un defecto representativo sólo por razón del conflicto, no por el auto-contrato, y por un conflicto que reconduce al ámbito del deber de lealtad del administrador, extrapolado a cualquier representante (*"no puede estimarse la afirmación de que el régimen de limitaciones que para los administradores establecen los artículos 226 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital no es aplicable a los apoderados pues como ha quedado reiterado y es doctrina de nuestro Tribunal Supremo, es la situación objetiva de conflicto y no la cobertura de una norma específica la que limita la actuación representativa del apoderado"*). Por esta vía, el control notarial/registral se extiende hasta límites insospechados, permitiendo cualquier tipo de conjeturas con fundamento en el art. 231 LSC (y más allá, según algunas opiniones), y no sólo en relación con el administrador que intervenga en la transacción, sino para todos ellos, en su caso "de hecho" (la Resolución de 15/10/2005 RJ 2005/7455 se pronunció en contra de la pretensión del registrador de imaginar un vínculo de parentesco por la coincidencia de un apellido, y aunque resultó anulada por la SAP de Barcelona [16] de 12/12/2011 AC 2012/220, lo fue por extemporaneidad, no por el tema de fondo; por cierto, la Resolución de 30/06/2014 se muestra inclemente con aquella Resolución, llegando a decir de la misma: *"es cierto que la Resolución de 15 de octubre de 2005 afirmó que no existiendo norma prohibitiva o limitativa de las actuaciones con parientes no cabe realizar reproche alguno a la actuación representativa. No obstante dicha Resolución ... mantiene una doctrina insostenible y contradictoria con la de nuestro Tribunal Supremo amén de que venía referida a un tipo de sociedades, las de responsabilidad limitada, a las que no era de aplicación, en principio, el régimen del artículo 127ter que había introducido la Ley 26/2003, de 17 de julio, y que ... la Ley de Sociedades de Capital extendió a todo tipo de sociedades"*). El escenario se complica por el riesgo de discrepancia entre las dos instancias controladoras, pues el registrador podría en estos casos considerar incongruente el juicio previo del notario sobre la suficiencia de las facultades representativas (Resolución de 29/06/2016 JUR 2016/166853, *"excluye automáticamente la representación y contradice directamente el juicio [notarial] que afirme su existencia"*), sobre la base de una sospecha de deslealtad fundada en su propia pesquisa (p. ej., averigua que el comprador también es consejero de la sociedad, aunque esta actúe representada por su consejero delegado), generando una situación de bloqueo de la inscripción, que puede perjudicar a un tercero que venga después (p. ej., el Banco que financia la adquisición con una hipoteca; a pesar de la sorprendente declaración de la Resolución de 20/06/2016 JUR 2016/166844, normalmente el dinero del préstamo se entrega con ocasión de la firma de la hipoteca, no de su inscripción).

No se diga en contra de limitar el control preventivo a las cuestiones estrictamente representativas relacionadas con el auto-contrato que una de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad es la de anulación del contrato celebrado por el administrador. Propiamente no se contempla en el art. 232 LSC una acción específica por la simple infracción del deber de lealtad (insistimos, aún en ausencia de daño), sino que se menciona una acción que ya era posible antes, por ilicitud de la causa negocial. No toda infracción del deber de lealtad puede provocar la nulidad del negocio, sino aquellas que revistan cierta gravedad y, por tanto, causen daño efectivamente a la sociedad. Dependerá de las circunstancias del caso y de la posición de la otra parte contratante, a la que tampoco hay motivo para negar sin más la condición de tercero. El cuñado de nuestro ejemplo no soporta prohibición alguna de contratar con la sociedad y hasta puede hacerlo sin conocimiento de su pariente, si firma con otro administrador, y en este sentido puede ser tercero. La infracción del deber lealtad -probablemente excesiva- que se imputa al administrador no es por servirse de su cuñado, sino por no haber impedido que el otro administrador se relacione con su cuñado, aunque aquel desconociera ese vínculo. Por eso, un motivo tan genérico de ineficacia no puede servir de fundamento al control notarial/registral y debe remitirse a la esfera judicial, única instancia en la que resulta posible valorar todos esos factores. Distinta será, por supuesto, la infracción propiamente representativa en los supuestos de exceso o abuso de poder, pero no hay una correspondencia biunívoca entre ambas figuras, de modo que toda infracción del deber de lealtad deba percutir sobre las facultades representativas. Son ámbitos distintos y el control notarial/registral debe quedar circunscrito al segundo. Pensemos, además, en las devastadoras consecuencias de orden registral que puede provocar la configuración de cualquier situación de conflicto de interés como un supuesto de ausencia de poder, pues una eventual ratificación no tendría efecto retroactivo en perjuicio de tercero, dejando en nada la prioridad ganada con el asiento de presentación (Resolución de 28/05/2013 RJ 2013/5426).

Con estos antecedentes, se comprende la extraordinaria importancia de la Resolución que nos ocupa de 23/09/2106. Vaya por delante que hay cambio de criterio, por mucho que la DGRN se empeñe en decir lo contrario ("*es cierto que esta Dirección General en Resolución de fecha 30 de junio de 2014 declaró no inscribible una novación de hipoteca por existir conflicto de intereses, pero esta Resolución es de fecha anterior a la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, que dio nueva redacción a los artículos 229 y concordantes de la Ley*"). A los párrafos transcritos de aquella nos remitimos. Pero sea bienvenido el cambio. En el caso el administrador de la sociedad vendedora -sociedad alemana- es también el marido de la compradora. Dejando de lado las cuestiones de Derecho comparado, la DGRN enfrenta la cuestión principal en forma muy similar a la nuestra. Para la DGRN en el ámbito societario debe diferenciarse la situación de auto-contrato de la del conflicto de intereses en la actuación del administrador de una compañía, cuestión esta última que cuenta con una específica regulación en el ámbito de las sociedades mercantiles. Por eso en el supuesto planteado la base de la que se ha de partir es que no existe auto-contratación, "*ya que esta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico*". La DGRN hace frente al argumento de la posible ineficacia del negocio por la infracción del deber de lealtad, destacando que no es una consecuencia inevitable, ya que hay diferentes grados y mecanismos de reacción, y la ineficacia sólo es uno de ellos. En todo caso, para la DGRN esa posible ineficacia habría de compaginarse con el ámbito de representación propio del órgano de administración, y por eso el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin

autorización, en el sentido del art. 1.259 CC. Dice la DGRN: *“desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime”*. Para la DGRN *“los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el artículo 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital”*. En conclusión, y por lo que respecta a la legislación española, en el caso no podía deducirse del solo hecho de que el administrador de la sociedad vendedora sea el marido de la compradora, cuando esta actúa en su propio nombre y derecho, sin adquirir con carácter común, que se haya quebrantando el deber de lealtad y se haya causado un perjuicio a la sociedad, cuestiones estas de carácter sustantivo, que deberán ventilarse en el juicio correspondiente.

Sin perjuicio de suscribir los argumentos y la conclusión de la DGRN, sí que nos atrevemos a desarrollar un poco más este criterio, incluso para destacar que la DGRN debería proseguir un poco más en la rectificación, para ser plenamente coherente con sus actuales postulados.

De resultas de esa separación en la que coincidimos con la DGRN tendremos casos donde el control peca por exceso y otros donde lo haga por defecto. Como regla será esto último, al ser el ámbito objetivo y subjetivo del conflicto societario mucho más amplio que el del auto-contrato civil. Pero lo contrario también es posible. No sólo por la exigencia de un acuerdo de junta cuando el art. 230 LSC se conforme con uno del órgano de administración, supuesto que no debemos confundir con el de ausencia de auto-contrato, precisamente por la intervención de otro administrador. Nada impide aportar en este caso, además, la dispensa del órgano de administración, pero desde el punto de vista civil puede no ser necesaria. También porque en la LSC hay supuestos típicos de auto-contrato, en los que no concurre objetivamente una situación de conflicto de intereses (las excluidas por poco relevantes del arts. 229.1.a) LSC).

La relación entre el conflicto y el auto-contrato no es la de dos circunferencias concéntricas, donde la segunda queda por completo dentro de la primera, sino la de dos circunferencias secantes, donde sólo una parte de la segunda está dentro de la primera. Por eso, que así sea desde la perspectiva "societaria", no enmienda la necesidad de obtener el acuerdo de la junta desde la otra perspectiva "civil-registral", pues tanto el notario como el registrador exigirán la previa autorización de la junta cuando el administrador contrate consigo mismo. Pero, a la inversa, cuando haya conflicto, pero no auto-contrato, el control de este tipo se debe excluir.

Por la misma razón, el control notarial/registral debe limitarse a la autorización propia del auto-contrato, cuyos requisitos básicos de procedimiento (convocatoria, quórum) han de verificar, sin que deba entrar en las condiciones materiales del negocio (sólo en supuestos excepcionales no lo exigirán, p. ej. un acto a título gratuito a favor de la sociedad, y aún así, v. la Resolución de la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques de 07/01/2015 JUR 2015/131570). Pero, tampoco, en los términos del acuerdo, pues no corresponde a estos funcionarios verificar si el socio administrador se

abstuvo en la votación en observancia del art. 190.1 LSC. Aunque no lo hubiera hecho, y así resulte del acta de la junta, el acuerdo se presume válido mientras no se impugne.

Esta separación también se deja ver en las condiciones de la autorización, pues no hay razón para aplicar en el ámbito del auto-contrato las exigencias propias de la dispensa. En particular la necesidad de que la dispensa se conceda “en casos singulares” del art. 230.2.I LSC no ha de suponer el abandono de la doctrina tradicional de la DGRN sobre la posibilidad de una autorización genérica para auto-contratar (Resolución de 03/12/2004 RJ 2004/7933), pues, nuevamente, se trata de cosas distintas. Esta última autorización se refiere a la relación representativa y en el ámbito civil-registral puede ser genérica. Cuestión distinta es que en el campo societario no equivalga a una dispensa y el administrador que no obtenga esta última –en su caso, después de haber firmado sobre la base de la autorización genérica- se haga reo de deslealtad.

En este sentido resultan de gran interés las Resoluciones de 28/04/2015 RJ 2015/5285 y de 11/04/2016 RJ 2016/2990 sobre inscripción de un poder general con previsión –también- genérica del auto-contrato. La DGRN insiste en su doctrina tradicional de que el órgano de administración no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la debe prestar por medio de la junta. Pero resulta algo confusa cuando alude a la confirmación de esta doctrina por la Ley 31/2014, pues, después de haber declarado que en la nueva regulación la dispensa debe ser singular para casos concretos, termina admitiendo la posibilidad de una dispensa general para auto-contratar concedida al apoderado, sólo con la autorización de la junta. Aparentemente la DGRN no traslada al apoderado las exigencias propias de los deberes de los administradores, sino sólo las del auto-contrato. De ser así, resultaría muy chocante que el apoderado pudiera disfrutar de una autorización abierta que tiene vedada el mismo administrador que le apodera, y por eso la salvedad no procedería directamente de la competencia orgánica de éste (no puedes dar lo que no tienes), sino de la autorización de la junta que el administrador simplemente canaliza, en la que sería una discutible conexión junta/apoderado, extraña al riguroso reparto competencial que la DGRN siempre ha defendido (Resolución de 04/02/2011 RJ 2011/3572, pero v. Resolución de 19/07/2011 RJ 2011/7296).

Creemos que el problema se resuelve mejor con una nítida separación de las cuestiones relacionadas con el fenómeno representativo del auto-contrato, susceptibles de control notarial/registral, de aquellas otras mucho más genéricas relacionadas con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés y su posible dispensa. Desde esta perspectiva, la autorización de la junta para auto-contratar puede ser genérica, pero no significa que el administrador quede dispensado en las futuras situaciones de conflicto que puedan darse. Por seguir con un ejemplo, el mismo administrador solidario que haya obtenido la dispensa de sus compañeros (cuando no corresponda a la junta), podría firmar el contrato por sí sólo sobre la base de aquella autorización genérica, y como mucho dejar constancia en la escritura del aquel asenso mediante una simple manifestación.

Pero la postura de la DGRN evidenciada en esas dos Resoluciones también ofrece otro ejemplo de confusión a la hora de separar los distintos deberes de los administradores. Salvar el auto-contrato en un poder es algo que corresponde al principal, pero el principal, en ese vínculo representativo concreto, está encarnado en el órgano de administración, no necesita a la junta general (salvo casos especiales, arts. 160 y 161 LSC). Aceptando la doctrina de la DGRN, corresponde a la junta general salvar el auto-contrato (como acto distinto de la dispensa ex art. 230 LSC), pero en relación con el administrador, no con los terceros a quienes este apodere. Si el

administrador en un caso concreto considera necesario salvar el auto-contrato para un apoderado, es una decisión que le incumbe como tal administrador, sin que deba consultar a la junta general, ni debamos hablar de dispensa, pues el apoderado (como regla, una excepción en el art. 236.4 LSC), no está sujeto al deber societario de lealtad, sin perjuicio de que deba ser leal a su principal por el régimen general -"civil" en nuestra terminología- de la representación (de nuevo, los confunde la Resolución de 30/06/2014 RJ 2014/4478). No es que el administrador dé una facultad que no tiene, pues ciertamente no la tiene para sí mismo, pero sí que la ostenta para apoderar a otro, pues en última instancia podría realizar la transacción a la que conduce ese poder. No se diga en contra que entonces podría burlar el régimen legal del deber de lealtad por la vía de apoderamientos singulares, pues ese régimen se aplica en todo caso de manera directa al administrador que pretende actuar por medio de persona interpuesta. El problema no es éste, sino estrictamente de competencia orgánica.

Al hacerlo desde la perspectiva de la lealtad societaria la DGRN desenfoca por completo el problema y obliga a plantear equivocadamente la cuestión de fondo. En ausencia de interés personal del administrador, si el apoderado de nuestro caso hace un mal uso de la facultad que le ha sido conferida de auto-contratar, el administrador al conceder el poder -y vigilar su ejercicio- no habría infringido el deber de lealtad, sino el deber de diligencia, y muy probablemente sin el amparo de la regla de discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC), pues el apoderamiento como tal, salvo que se presente como el instrumento de ejecución de un negocio, no es una decisión estratégica o de negocio, sino una cuestión de orden organizativo cuya "razonabilidad" se puede cuestionar a la vista del resultado. Por supuesto, el apoderado responderá de todos modos por el posible abuso cometido con el poder, por mucho que el administrador hubiera salvado el auto-contrato, igual que habría de responder aunque contara con el acuerdo de la junta (Resolución de 08/11/2004 RJ 2004/7927, "*la dispensa no puede ser interpretada como una renuncia anticipada al ejercicio de las acciones correspondientes*"; STS de 22/12/2001 RJ 2002/414, "*es necesario que, en todo caso, el ejercicio de esa facultad de auto-contratación se ejercite dentro de los límites de la buena fe contractual que impone el art. 1258 CC, evitando todo ejercicio abusivo de la misma*"; SAP de Castellón [3] de 12/11/2012 AC 2013/798), pero el administrador habrá sido negligente, no desleal, y es en el ámbito de aquel deber donde han de resolverse esas cuestiones. Al usurparle esta competencia al administrador la DGRN no sólo se entromete en cuestiones organizativas que no son de su incumbencia, es que termina por distorsionar la cuestión de fondo, al confundir las exigencias derivadas del deber de lealtad, con las propias de la diligencia.

Confiemos en que este cambio que ha supuesto la Resolución de 03/08/2016 se traduzca en otra rectificación del criterio manifestado en esas dos últimas Resoluciones.

Por último, y como ejemplo de la confusión que impera a veces en el ámbito registral, sorprende que la Resolución de 03/08/2016 se vea en la necesidad de recordar algo tan obvio como que la doctrina del conflicto de intereses no se proyecta sobre las declaraciones de ciencia o de verdad, sino solo sobre las declaraciones de voluntad o actos enumerados en el art. 229 LSC, de trascendencia patrimonial para la compañía. Como anécdota, que explica la pertinencia de la afirmación de la DGRN, un registrador de la propiedad nos puso en duda hace poco que el administrador solidario que auto-contrataba pudiera certificar el acuerdo de la junta universal autorizándole, "mejor que lo hubiera hecho otro". Mal vamos si se empieza a confundir facultad representativa con facultad certificante, o deber de lealtad con falsedad documental.

INFORMACION PERIODICA

Número 22

Noviembre 2.016

