

Adelantamos el comentario de este mes.

## **REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD, AUTOCONTRATO Y OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD (una crítica de la Resolución de la DGRN de 11/04/2016, BOE de 02/06/2016).**

La reciente Resolución de la DRGRN de 11/04/2016, publicada en el BOE de 02/06/2016, vuelve a plantear el tema que fue objeto de la Resolución de 28/04/2015. En ambas se trataba de inscribir un poder muy general, donde el administrador de la sociedad salvaba por sí mismo el auto-contrato respecto del apoderado. En ambas Resoluciones la DGRN insiste en que la reforma legal llevada a cabo por la Ley 31/2014 confirma su criterio de no permitir que el administrador otorgue con carácter general esa dispensa, sin contar con la autorización previa de la junta de socios. Sin pretender ahora una reflexión profunda sobre este tema, y tampoco un comentario del asunto objeto de ambas Resoluciones, queremos llamar la atención sobre ciertas inexactitudes que observamos en el razonamiento de la DGRN, sobre todo por su tendencia a identificar en exceso la figura del auto-contrato con la regulación positiva del conflicto de intereses del administrador (en particular, arts. 229 y 230 LSC). Nos preocupa bastante más esta confusión que la exigencia concreta impuesta para inscribir un poder de ese tipo. Y nos preocupa, sobre todo, por la puerta que deja abierta a la exigencia de nuevos requisitos formales para realizar transacciones con la sociedad.

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”. En última instancia, estos controles a cargo de un funcionario pueden impedir la formalización en escritura pública y/o la inscripción de un negocio, aunque no haya sido cuestionado judicialmente, y quizá nunca lo sea. Por eso plantear ahora cuál debe ser 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. 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 es admitido, 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 (Resolución de la DGRN de 01/06/2015: “el problema que subyace no es una cuestión de suficiencia del poder de representación del órgano de administración sino de que, como ha recalado nuestro Tribunal Supremo, 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-“). Cuando el representante incurre en auto-contratación no permitida está celebrando un negocio para el que no tiene poder de representación y, por tanto, debería aplicarse el art. 1.259 CC, que prevé de modo expreso esta situación. Así, el contrato celebrado por el representante sin tener la suficiente autorización podrá ser ratificado por el representado, pero sin la ratificación no producirá efecto alguno, igual que cualquier otro contrato celebrado en nombre de una persona

por quien no tiene poder (o no tiene poder suficiente) para vincular al supuesto representado. Se ha destacado doctrinalmente que aplicar a este supuesto el régimen jurídico de la anulabilidad, obliga injustamente al representado a tener que actuar judicialmente puesto que, o bien interpone la demanda de nulación frente al negocio jurídico realizado indebidamente en su nombre por el representante, o dicho negocio quedará confirmado por el mero transcurso del tiempo. Además, hasta que recaiga la declaración judicial de nulidad producirá la totalidad de sus efectos jurídicos entre las partes, en este caso entre el representante y el *dominus negotii* que no autorizó al primero para auto-contratar. Por ello, el negocio realizado por el *falsus procurator* no debería producir efectos antes de la ratificación, ya que el negocio todavía está incompleto (a diferencia del negocio anulable, que produce todos sus efectos desde el mismo instante de su perfección) y tampoco debería precisar de impugnación para dejar indemne al *dominus negotii*.

Por eso no existirá exceso representativo cuando la estructura objetiva y la concreta configuración del negocio excluyan la colisión de intereses, 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 una relación jurídica. 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 así 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").

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. Consiguientemente, no hay auto-contrato cuando interviene otro de los posibles representantes (salvo que se trate de un apoderado ad hoc), ya sea en sustitución del administrador afectado, o por hacerlo conjuntamente con éste (otro mancomunado), o en la mera ejecución de un acuerdo previo del órgano colegiado de administración. Menos aún, cuando la otra parte del contrato es un pariente del administrador actuante.

La perspectiva societaria del conflicto de interés, sin embargo, es muy distinta, pues no presta atención al vínculo representativo, o no lo hace en relación con la operación cuestionada. 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 (art. 229.1.a) LSC). 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 una persona vinculada con él, que haya contratado con otro administrador (art. 231 LSC). 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 (p. ej., de entender que todos los administradores solidarios no conflictuados deben conceder la dispensa, no la hay por el mero hecho de que firme otro administrador en nombre de la sociedad, aunque civilmente no haya auto-contrato).

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. En el ejemplo de antes de varios administradores solidarios, de entender 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, o constar al menos el consentimiento de los otros.

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. Y todo esto se agrava si entendemos que en el ámbito civil-registral, aun no habiendo auto-contrato, se debe salvar el conflicto en la forma prevista para este último -DGRN *dixit*-, 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 valorar el notario/registrador.

No se diga en contra –como hace la DGRN- que una de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad es la de anulación del contrato celebrado por el administrador. La DGRN confunde las consecuencias propias del auto-contrato civil en el ámbito de la representación, que son las antes vistas, con las vinculadas al supuesto de hecho mucho más amplio del deber de lealtad societario. La infracción de este último no se convierte en causa de nulidad por sí misma, pero permite configurar una causa general de nulidad civil, distinta de la anterior derivada de la representación. En este sentido el art. 232 LSC no establece una acción específica por la simple infracción del deber de lealtad (incluso, en ausencia de daño), sino que menciona una acción que ya era posible antes, por ilicitud de la causa negocial. Es doctrina judicial bastante consolidada que los móviles individuales que puedan influir en cada parte contratante para ponerse de acuerdo con la otra adquieren relevancia jurídica cuando se elevan a propósito común de alcanzar, con el contrato, una finalidad práctica determinada, pues, como señala la STS de 17/03/15 rec. 1640/2014, entonces pasan a formar parte del contrato como “*su causa concreta*”. De resultados de esta conversión causal, quedan expuestos entonces al control que emana del art. 1.275 CC, norma que niega efectos a los contratos con causa ilícita, entendiendo por tal la que es contraria a la ley o a la moral. En el supuesto de conflicto de interés, aunque no exista formalmente auto-contrato, y la sociedad esté representada por otro administrador, puede concurrir esa causa ilícita, aunque realmente la causa torpe sólo estaría de

parte del administrador —o persona vinculada- pues a la sociedad no se le puede imputar el propósito torticero de su representante (al contrario, es la víctima). Pero insistimos en la mera posibilidad, pues ha de tratarse de un propósito manifiestamente ilícito, por inmoral, que sólo persigue el interés personal del administrador, en claro abuso de su posición dentro de la sociedad. En tal sentido, por mucho que se haya infringido el deber de lealtad, no creemos procedente la nulidad por ilicitud de la causa si la operación objetivamente no ha sido lesiva para la sociedad. Debemos recordar que el art. 229.1 LSC tipifica situaciones de riesgo, de peligro abstracto, con independencia de que efectivamente la sociedad haya experimentado un perjuicio. Siendo así, puede resultar excesiva la pretensión de anular un negocio que le haya resultado por completo inocuo, y hasta favorable, sin que ello suponga negar la deslealtad de la conducta del administrador, haciéndole merecedor de otro tipo de reproche.

Por razón de esta misma gravedad, el hecho de haber obtenido una autorización o dispensa previa tampoco impide el ejercicio de esta acción, incluso sin necesidad de impugnar previamente el acuerdo que sirva de cobertura a la operación vinculada. Ciertamente, como ocurrió en el caso de la citada STS de 17/03/2015, no es irrelevante la falta de impugnación anterior de un acuerdo social que ampare el negocio realizado, en particular cuando se intente “colar” por el cauce de la ilicitud causal un debate sobre la lesión del interés social que no fue planteado en tiempo oportuno según la normativa societaria. Pero esto no significa que el control material de los motivos sea imposible, sólo que habrá de elevarse el listón de su reproche. Por la misma razón, en el supuesto anterior de auto-contrato civil, aunque se hubiera salvado el defecto de representación mediante el acuerdo previo de la junta general, será posible la acción de nulidad cuando concurra un manifiesto abuso, por perseguir el representante su propio y exclusivo beneficio, en detrimento de su principal (sobre la distinción entre exceso y abuso, v. SAP de La Rioja [1] de 15/05/15 rec. 103/2014).

La novedad del art. 232 LSC se circunscribe en realidad al reconocimiento expreso de la compatibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad con el ejercicio de otras acciones (no sólo las del art. 232 LSC, también la del art. 227.2 LSC). Es decir, que los interesados podrán ejercitar una u otra, en este caso la de nulidad del negocio, sin que se les pueda oponer que la infracción del deber de lealtad ha de resolverse exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad. Del mismo modo el interesado puede acumular varias acciones en un mismo juicio, en cuyo caso la medida de la indemnización vendrá determinada por la suerte de la otra pretensión (p. ej., restitución del bien por efecto de la nulidad, y petición de responsabilidad por otros perjuicios asociados con la negocio). Esta compatibilidad es la que ahora expresamente se reconoce.

No hay, por tanto, base para sostener la nulidad *tout court* de la operación vinculada, sin perjuicio de la aplicación separada de las normas específicas sobre representación vinculadas al auto-contrato civil. Esa nulidad 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. Por seguir con un ejemplo, el cuñado no soporta prohibición alguna de contratar con la sociedad, y hasta puede hacerlo sin conocimiento de su pariente, si ha firmado con otro administrador, y en este sentido puede ser tercero. La infracción del deber lealtad -probablemente excesiva- que entonces se imputa al administrador no es por servirse de su cuñado, sino por no haber impedido que el otro administrador supiera que lo era.

Por todas estas razones, un motivo genérico de ineficacia no puede servir de fundamento al control notarial/registral, y debe remitirse a la esfera judicial.

De resultados de esta separación entre la perspectiva civil y la societaria, tendremos casos donde el control peque por exceso, y otros donde lo haga por defecto. Como regla será esto

último, pues el ámbito objetivo y subjetivo del conflicto societario resulta 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 conforma con uno del órgano de administración (no confundir con la ausencia de auto-contrato, precisamente por la intervención de otro administrador; nada se opone a que se aporte 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 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 DGDEJ de 07/01/15). Pero, tampoco, en los términos del acuerdo, pues no corresponde a estos funcionarios verificar si el socio administrador se abstuvo en la votación (art. 190 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), 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 ámbito 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.

Y es en este sentido que resultan de gran interés las dos Resoluciones de 11/04/2016 y de 28/04/2015 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 muy 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, pero Resolución

de 19/07/2011).

Creemos que la DGRN enfoca mal el problema, que se resuelve mejor con la nítida separación de las cuestiones relacionadas con el fenómeno representativo del auto-contrato, susceptibles de control notarial/registral, de aquellas otras mucho más genéricas enraizadas en 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 podría dejar constancia en la escritura del aquel asenso mediante una simple manifestación, nada más. Incluso, podría hacerlo aunque la competencia para la dispensa correspondiera a la junta general. Estará incumpliendo su deber de lealtad, y con ello expuesto a todas las consecuencias derivadas de la infracción, pero desde el punto de vista de la representación los socios la atribuyeron aquella facultad.

Tras todo esto se entiende mejor la preocupación que nos suscita la doctrina de la DGRN en estas Resoluciones. En primer lugar, por una cuestión de principios. 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 de un apoderado, es una decisión que le incumbe como tal administrador, sin que deba consultar a la junta general, ni debemos 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. No es que dé una facultad que no tiene, pues 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 condujera 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 nos obliga plantear equivocadamente la cuestión de fondo. Para entendernos, 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 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 responder de contar también con el acuerdo de la junta, 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.

Junto a la preocupación conceptual, está la más prosaica de la práctica. La confusión entre auto-contrato y deber de lealtad, o lo que es lo mismo, entre las perspectivas civil y societaria del problema, corre el riesgo de abrir en demasía los mecanismos de control preventivo, pues notarios y registradores pueden ponerse a supervisar estos conflictos en toda la extensión de los arts. 229, 230 y 231 LSC (¡atención cuñados!), mucho más allá de lo que exigen las cuestiones estrictamente relacionadas con la representación. El tiempo nos dará o quitará la razón, pero, de momento, admitimos estar algo inquietos.

Yo todo esto surge por una cuestión menor relativa a la inscripción de un poder, inscripción que no es constitutiva, por mucho que en ocasiones resulte obligatoria. Es decir, la facultad para auto-contratar realmente está conferida, aunque no se haya inscrito, y a despecho de la muy autorizada opinión de la DGRN, que en nada vincula a los tribunales. Pensemos entonces en poderes no sujetos a inscripción, especiales por razón de actividad o territorio, en los que se quiera salvar el auto-contrato por el administrador sin convocar antes una junta general ¿podrá auto-contratar el apoderado? ¿qué ocurre con un hipotético tercero que intervenga? por ejemplo, el Banco que financia la compra por el apoderado con una hipoteca.

-----