

Eficacia e ineficacia del autocontrato

JESÚS ESTRUCH ESTRUCH
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN

El trabajo analiza la figura del autocontrato, partiendo de su admisión conceptual. Se concretan los supuestos en los que se produce la figura de la autocontratación en el tráfico jurídico y aquellos otros en los que, pese a no existir propiamente autocontratación (doble o múltiple representación), las consecuencias jurídicas deben ser las mismas. Finalmente, se analizan los casos en los que es válida la actuación del representante incurriendo en autocontratación (negocios gratuitos, cumplimiento de una obligación previa, actos de pura ejecución, negocios reglamentados previamente, autorización del dominus negotii, etc.) y la sanción adecuada ante la realización de un autocontrato no permitido.

PALABRAS CLAVE

Autocontrato. Conflicto de intereses. Representación voluntaria. Representación legal. Autorización para autocontratar. Ratificación.

ABSTRACT

The article analyzes the figure of the self-contracting, admitting it conceptually. Firstly it has been enumerated the cases in which the figure of the self-contracting is produced in the legal traffic and secondly those other cases in which, despite not existing exactly self-contracting (double or multiple representation), the applicable legal consequences should be the same. Finally, they is an study of the cases in which the action of the representative incurring in self-contracting is valid (free business, compliance of a prior obligation, acts of pure execution, business regulated previously, authorization of the dominus negotii, etc.), and the adequate sanction in case of the execution of an self-contracting not permitted.

KEYWORDS

Self-contracting. Conflict of interest. Voluntary representation. Legal representation. Authorization for contracting. Ratification.

SUMARIO¹: I. *El autocontrato en el ordenamiento jurídico.* II. *Aproximación a la idea de conflicto de intereses.* III. *Algunos conflictos de intereses regulados legalmente.* IV. *La admisión conceptual del autocontrato.* V. *Delimitación negativa de los supuestos de autocontratación: La existencia de un único centro de interés.* VI. *Autocontrato en sentido amplio: La doble o múltiple representación.*—1. El supuesto de hecho: El mismo representante contrata en nombre de dos o más representados.—2. La doble o múltiple representación de los padres.—3. La vinculación indirecta de los patrimonios de los representados realizada por el representante común. VII. *La autocontratación a través de persona interpuesta.* VIII. *Supuestos en los que es admisible la autocontratación.*—1. Consideraciones previas.—2. Supuestos en los que es admisible la autocontratación en la representación voluntaria u orgánica. 2.1 Negocios jurídicos gratuitos estipulados a favor del representado. 2.2 Negocios jurídicos cuya reglamentación haya sido predispuesta por el *dominus negotii* o se establezca sin intervención del representante. 2.3 Actuaciones jurídicas que impliquen únicamente el cumplimiento de una obligación previa o se trate de actos de pura ejecución. 2.4 Autorización del *dominus negotii* para que el representante pueda autocontratar. 2.4.1 Forma y contenido de la autorización. 2.4.2 Especialidades de la autorización en la representación orgánica. 2.4.3 Momento en el que debe concederse la autorización para autocontratar.—3. Supuestos en los que es admisible la autocontratación en la representación legal. IX. *Consecuencias jurídicas de la realización del autocontrato no permitido.*

I. EL AUTOCONTRATO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En una primera aproximación, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, podríamos decir que se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona con su sola voluntad pueda vincular a dos o más patrimonios o centros

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Bases para la uniformidad y convergencia de las reglas sobre transmisión de la propiedad inmobiliaria en la Unión Europea», DER 2010-21913-C02-01 (Subprograma JURI), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, Investigador Principal: Prof. Dr. Javier Orduña Moreno.

de intereses diversos, que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión, de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro².

Como se observa, la noción de autocontrato se encuentra directamente relacionada con una situación de colisión, conflicto o confrontación económica que se produce entre los patrimonios que van a quedar afectados por la actuación del agente.

En el Derecho español no existe una regulación específica del autocontrato, ni en sede de representación voluntaria —que, como tal, tampoco se encuentra regulada en el Código Civil español—, ni en sede de representación legal³. Únicamente, como veremos, algunos preceptos regulan concretas situaciones en las que podría producirse la situación de autocontratación.

² La STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058), que se refiere a un supuesto en el que se discutía si el administrador de una sociedad tenía autorización o no para comprar para sí un bien de aquella, define el autocontrato en los siguientes términos: «[A]utocontrato, o contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución 9 febrero 1946 [RJ 1946, 549]), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra (sentencia de 5 de noviembre de 1956 [RJ 1956, 3430])».

³ Por el contrario, el BGB contiene un precepto que se refiere a la figura del autocontrato. Es el parágrafo 181 BGB que, bajo la rúbrica, «*Insichgeschäft*», dispone: «*Un representante no puede, en tanto no hubiera sido autorizado, concertar un negocio consigo mismo en nombre del representado o con éste como representante también de un tercero, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación*».

De igual modo, el artículo 261 del Código Civil portugués, situado en sede de representación, y bajo la rúbrica «*Negocio consigo mismo*», dispone: «*1. Es anulable el negocio celebrado por el representante consigo mismo, sea en nombre propio, sea en representación de tercero, a no ser que el representado haya consentido específicamente la celebración, o que el negocio por su naturaleza excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. 2. A los efectos del número precedente, se considera celebrado por el representante el negocio realizado por aquellos en quienes hubieran sido sustituidos los poderes de representación*».

En el Código Civil italiano, los artículos 1394 y 1395, en sede de representación, se refieren, respectivamente, al conflicto de intereses y al contrato consigo mismo. Así, el artículo 1394 Codice Civile, bajo la rúbrica «*Conflicto de intereses*», dice: «*El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado a solicitud del representado, si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero*». Y el artículo 1395, bajo la rúbrica «*Contrato consigo mismo*», dispone: «*1. Es anulable el contrato que el representante celebra consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, salvo que el representado lo hubiera autorizado específicamente o bien el contenido del contrato esté determinado de tal modo que se excluya la posibilidad de conflicto de intereses. 2. La impugnación únicamente puede ser solicitada por el representado*».

Por el contrario, el Código Civil francés, al igual que el español, no regula de manera específica la figura de la autocontratación o del conflicto de intereses. Simplemente contiene algunas normas que contemplan supuestos en los que se produce dicha autocontratación. Así, por ejemplo, puede verse el artículo 1596, que señala: «*No puede ser adjudicatarios, bajo pena de nulidad, ni por sí mismos ni por persona interpuesta: Los tutores, de los bienes sometidos a la tutela. Los mandatarios, de los bienes que se les encargó vender (...)*».

En el autocontrato una sola persona con su actuación puede vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos. Por lo tanto, la situación de autocontrato se podrá manifestar tanto en el ejercicio de la representación legal como en la representación orgánica o voluntaria⁴, y, por ello, y teniendo en cuenta el conflicto de intereses que subyace en la noción de autocontrato, el legislador español establece algunas prohibiciones en la actuación representativa.

Así, en el ámbito de la representación voluntaria, el artículo 1459.2 CC prohíbe a los mandatarios adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia, los bienes de cuya administración o enajenación estuvieran encargados.

Y el artículo 267 CCo señala: «Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente»⁵.

En el ámbito de la representación legal, el artículo 163 CC dice: «Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad»⁶.

En idéntico sentido, el artículo 299.1 CC prevé el nombramiento de un defensor judicial «cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes

⁴ DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato: Delimitación de supuestos», *RJN*, núm. 39, 2001, p. 344.

Aun cuando no se trate propiamente de un caso de representación, puesto que los administradores concursales no son el órgano de ninguna persona jurídica, ni representantes del concursado o de los acreedores, sino más bien, como señalan BELTRÁN, E. y TIRADO, I., «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», *ADCo*, núm. 1, 2004, p. 100, «una institución orgánica legitimada indirectamente para administrar y disponer (o para intervenir) un patrimonio ajeno en el ejercicio de una función», el artículo 151 LC contempla una prohibición de adquirir bienes de la masa.

Dispone el precepto: «Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso». Los administradores que incumplan dicha prohibición quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo y deberán reintegrar a la masa, sin contraprestación alguna, los bienes o derechos que hubieran adquirido. A nuestro juicio, esta prohibición de adquisición de bienes, fundada en el cargo, en los deberes, funciones y potestades que se le asignan al administrador concursal, guarda evidente similitud con las prohibiciones de compra contempladas en los números 3 a 5 del artículo 1459 CC.

⁵ El artículo 96 CCo prohíbe a los agentes de cambio y bolsa «adquirir para sí los efectos de cuya negociación estuviesen encargados (...)».

⁶ Con muy similar regulación, véanse los arts. 320.6 Codice Civile; 389.3 Code Civil; y 1881.2 Código Civil Portugués.

legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado».

Finalmente, el artículo 221 CC dispone: «Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras 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»⁷.

En el ámbito societario, el artículo 162 LSC, referido a la sociedad de responsabilidad limitada, señala que «la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar la asistencia financiera a sus socios y administradores».

Respecto de los contratos de obra y servicios, el artículo 220 LSC, referido igualmente a las sociedades de responsabilidad limitada, señala que «el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general»⁸.

Finalmente, el artículo 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, bajo la rúbrica, Autocontratación, dispone: «Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos»⁹.

II. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE CONFLICTO DE INTERESES

Como se ha visto en el número anterior, la situación que subyace en la regulación fragmentaria de la autocontratación en nuestro

⁷ Por su parte, el artículo 237 bis CC dispone: «Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiera incompatibilidad u oposición de intereses de alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta».

⁸ Y el artículo 190 LSC prohíbe al socio administrador ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando el acuerdo se refiera «a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios».

⁹ Véase el desarrollo de este precepto en el artículo 34 del Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

ordenamiento jurídico es el conflicto o confrontación de intereses que se produce entre el representante y el o los representados.

Sin embargo, tampoco existe en el ordenamiento jurídico español un régimen jurídico general de los conflictos de intereses. En consecuencia, ni existe una definición de lo que deba entenderse legalmente por conflicto de intereses, ni tampoco la doctrina ha prestado excesiva atención a esta cuestión.

Acaso por ello convenga señalar qué entendemos por conflicto de intereses.

En una primera aproximación, podrá decirse que habrá conflicto de intereses siempre que en una determinada situación existan posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de la otra.

En este sentido, existirá conflicto de intereses en todos los contratos onerosos en los que, por definición, existen dos posiciones enfrentadas en los términos que hemos indicado¹⁰.

Claramente se producirá esta confrontación de intereses en los contratos de cambio (permuta, compraventa, etc.), en los contratos de uso y disfrute (arrendamientos), de prestación de servicios o de ejecución de obra y en los contratos en la litis (transacción).

Pero, a nuestro entender, también podrá existir este conflicto de intereses en los contratos asociativos, en los que, aun cuando hay coincidencia en cuanto al fin, las posiciones de las partes pueden ser disímiles en punto a la titularidad de algunos derechos económicos o políticos y, desde luego, en cuanto a la participación en el haber social o en la valoración de los bienes que se aporten a la sociedad¹¹.

¹⁰ Como señala Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, reimpresión 1992, p. 213, en todos los contratos que sean de «naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes». En idéntico sentido, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses: Especial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *AAMN*, T. 41, 2003, pp. 61 y 62; RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, Madrid, 2005, p. 25.

¹¹ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 213; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 62 y 72. Como bien señala OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: Una reconsideración de la jurisprudencia registral», *RJN*, núm. 61, 2007, p. 228, en la constitución de sociedades confluyen dos tipos de intereses. En primer lugar, los convergentes o paralelos de los socios, pues buscan obtener el mayor beneficio común; pero también confluyen los intereses particulares y enfrentados de cada uno de los socios, que se manifestarán a la hora de determinar lo que hay que aportar para lograr aquel beneficio y el modo en que una vez obtenido se repartirá entre los socios.

En este sentido, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) afirma que «aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad». No obstante, la RDGRN de 5 de julio de 2011 (RJ 2011, 5958), señala que el registrador, para rechazar la inscripción de una sociedad constituida por un único otorgante que interviene en representación de dos sociedades

Sin embargo, a pesar de esta primera aproximación, es evidente que con la expresión «*conflicto de intereses*» los juristas no aludimos a estas situaciones de confrontación que podríamos calificar de «normales», por ser de esencia a la propia estructura bilateral del contrato y que, por otra parte, han sido contempladas por la visión liberal de nuestro legislador decimonónico como la vía más adecuada para regular el intercambio de bienes y servicios (cfr. artículo 1255 CC).

La expresión conflicto de intereses hace referencia a otro supuesto distinto, en el que la confrontación o colisión de intereses se manifiesta con unas características especiales, debido a la consideración de uno de los intereses en juego como superior, preferente o más digno de protección que el otro.

Así, a nuestro juicio, existirá un conflicto de intereses en aquellas situaciones en las que el sujeto no puede actuar tomando en consideración únicamente su interés personal, sino que en su actuación se encuentra vinculado o, incluso, constreñido, por otro interés que el ordenamiento jurídico ha considerado preferente, bien por estar más necesitado de protección, bien por razones de orden público, o simplemente porque así lo había asumido previa y voluntariamente el propio sujeto actuante.

Como se ve, la situación de conflicto de intereses supondrá una restricción o limitación del ámbito de libertad individual y de la autonomía de la voluntad del agente, que no podrá realizar válidamente lo que crea que es mejor para la satisfacción de su interés individual sino que deberá sacrificar este último en beneficio del interés o posición jurídica preferente que legal o negocialmente le vincula¹².

III. ALGUNOS CONFLICTOS DE INTERESES REGULADOS LEGALMENTE

Aunque, como hemos indicado, no existe una regulación genérica del conflicto de intereses en nuestro ordenamiento jurídico, sin

mercantiles como administrador único de ambas, es preciso que identifique y precise dónde se genera el conflicto de intereses.

¹² En este sentido, CUIF, P. F., «Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé», *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, enero/marzo, 2005, p. 1, entiende que la situación de conflicto de intereses se produce en aquellos casos en los que los intereses personales de alguien se oponen a sus deberes, debiendo resolverse el conflicto en favor de estos últimos. Por su parte, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas», en *Documentos de trabajo del Área de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, noviembre 2003, p. 1, señala que en la gestión de los intereses ajenos que les corresponde a los administradores «el deber de lealtad les impone hacer prevalecer los intereses de la sociedad sobre los propios», véase también p. 11.

embargo, el legislador, sobre todo en los últimos tiempos, sí que se ha preocupado de regular, en algunos casos concretos, tanto la identificación de algunos conflictos de intereses que pueden producirse¹³, como la solución a los mismos, fundada normalmente en normas prohibitivas de alguna actuación que pudiera llevar a cabo la persona o entidad en la que concurre dicho conflicto¹⁴, y, en su caso, las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dichas normas¹⁵.

Los ámbitos en los que el legislador entiende que pueden producirse conflictos de intereses son variados.

En primer lugar, se regulan posibles situaciones de conflicto de intereses en el ámbito de los contratos asociativos. La regulación de estas situaciones de conflicto de intereses no se ocupa del momento constitutivo de la sociedad, en el que, como hemos dicho, también pueden existir evidentes conflictos de intereses, sino que se refiere al tiempo durante el que se desarrollan las relaciones societarias.

En este sentido, los artículos 225 y ss. LSC regulan los deberes de los administradores, estableciendo diversas normas sobre el conflicto que puede producirse entre el interés del administrador y el interés social, entendido como interés de la sociedad y considerado como interés superior.

Efectivamente, parece razonable que en el ámbito de las sociedades de capital o en algunos otros similares (v. gr. cooperativas¹⁶) pueda existir un interés social superior o diverso del interés de los administradores, o incluso del interés de los socios aunque representen la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos.

¹³ Así, el artículo 44 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, o el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, añadido por la modificación producida por Ley 47/2007, de 19 diciembre.

¹⁴ El legislador establece prohibiciones de realizar actividades que puedan incurrir en competencia con el interés superior tomado en consideración (arts. 230 LSC, 136 a 138 CCo, referidos a las sociedades colectivas, o 288 CCo referido al factor); prohibiciones de celebrar algún negocio jurídico (arts. 267 CCo, 221 y 1459 CC), o de aprovechar oportunidades de negocio (art. 228 LSC); o simplemente, prohibiciones de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a la que el conflicto se refiera (arts. 190, 229.1 y 526 LSC).

No obstante, también se regulan supuestos en los que el conflicto de intereses se soluciona simplemente a través de la obligación de comunicar la existencia de dicho posible conflicto de intereses (art. 40 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y arts. 229.2 y 523 LSC).

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 218.5 CCo señala: «*Habrà lugar a la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita por cualquiera de los motivos siguientes: 5º. Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean lícitas con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138.*».

¹⁶ El artículo 26.8 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas señala que los estatutos de la cooperativa establecerán los supuestos en los que el socio deba abstenerse de votar por encontrarse en conflicto de intereses; y el artículo 42 regula algunas situaciones de conflicto de intereses con la cooperativa.

En estos casos existe un contrato asociativo que obliga recíprocamente a todos los partícipes, y en dicho contrato puede fundamentarse la vinculación del interés individual de un socio al interés común o interés de la sociedad.

Así se explica que el artículo 204 LSC permita la impugnación de los acuerdos sociales válidamente adoptados cuando lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios. O que el artículo 190 LSC impida ejercer el derecho de voto a algún socio en la sociedad de responsabilidad limitada¹⁷.

Mucho más dudoso es que en otras situaciones jurídicas el legislador entienda igualmente que existe un interés global, superior y diferente que el representado por la mayoría de los partícipes.

Y es que el artículo 18.2 LPH permite la impugnación de los acuerdos adoptados mayoritariamente por la junta de propietarios en el régimen de propiedad horizontal cuando resulten «gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios».

A nuestro entender, en la situación de cotitularidad que implica la propiedad horizontal (cfr. arts. 396 CC y 3 LPH) no debería distinguirse entre un hipotético «interés comunitario» diverso (y, además, superior) al interés de la mayoría de los copropietarios o partícipes, que deberían poder decidir libremente sobre su copropiedad, siempre a salvo, claro está, las posibles situaciones de abuso de derecho (art. 7 CC)¹⁸.

También se establecen por el legislador posibles situaciones de conflicto de intereses en el ámbito de los contratos de prestación de servicios.

¹⁷ Respecto de esta privación del voto, véanse EMBID IRUJO, J. M., «Comentario al artículo 52», en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M. y GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Comentarios a la LSRL*, 2.ª ed., Madrid, 2009, pp. 663 y ss.; y BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada», *RDM*, núm. 217, 1995, pp. 1022 y ss.

¹⁸ Véanse ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R., *La junta de propietarios: Constitución, acuerdos e impugnación*, Pamplona, 2000, pp. 197 y ss. Tiene razón CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 18», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, 1999, pp. 606 y ss., cuando en relación con esta causa de impugnación de los acuerdos comunitarios afirma que no existe un deber jurídico de los copropietarios de perseguir el interés común. Estamos ante una comunidad incidental, en la que ninguno de los partícipes se ha vinculado contractualmente para conseguir un interés comunitario superior.

Por esa misma razón, no está regulada en la Ley de Propiedad Horizontal la privación del derecho de voto al propietario cuando pudiera existir conflicto de intereses entre el individual del copropietario y el hipotético «interés comunitario», a diferencia de lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 190 LSC.

Sin embargo, a pesar de esta ausencia normativa, en alguna situación muy específica y, sobre todo, respecto de los acuerdos que deben ser adoptados por unanimidad, los Tribunales no han tomado en consideración el voto de algún propietario cuando existía contradicción de intereses entre éste y la comunidad [véase la STS de 25 de abril de 1992 (RJ 1992, 3413)].

Así, por ejemplo, el artículo 44 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, bajo la rúbrica «Conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes», identifica una serie de supuestos en los que podría generarse dicho conflicto¹⁹. O el artículo 22.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que se refiere al régimen de incompatibilidad de los abogados.

También es lógico que en el ámbito de los contratos de prestación de servicios se puedan producir conflictos de intereses y que el legislador manifieste su preocupación respecto de los mismos.

El prestador del servicio se encuentra vinculado con la persona que se lo encargó y, en consecuencia, ante la posible contradicción de intereses entre ambas posiciones, no parece razonable que el prestador del servicio pueda anteponer su interés particular al de la persona frente a la que se encuentra vinculada por el contrato.

Dicha preocupación se manifiesta, además, de manera constante en la normativa sectorial de cada profesión e, incluso, a través de las normas deontológicas adoptadas por los distintos Colegios Profesionales²⁰.

Finalmente, como hemos visto, existen también algunas normas que se refieren a los conflictos de intereses que pueden producirse en el ámbito de la representación, tanto legal como voluntaria u orgánica.

El ordenamiento jurídico establece diversas precauciones para evitar el conflicto en este ámbito.

Así, se dispone que la representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados no alcanzará a aquellos asuntos en los que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art. 162.2 CC). En estos casos, se deberá nombrar a los hijos un defensor que los represente en juicio y fuera de él (art. 163 CC)²¹.

Similares precauciones adopta el ordenamiento jurídico respecto de los tutores en las relaciones con los menores o incapacitados sometidos a su tutela. Así, no podrán ser tutores las personas que

¹⁹ Por su parte, el artículo 45 obliga a las entidades que presten servicios de inversión a aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés eficaz y adecuada al tamaño y organización de la empresa y a la naturaleza, escala y complejidad de su actividad. Y el artículo 46 del Real Decreto obliga a llevar un registro de los servicios de inversión realizados por la empresa en los que, o bien haya surgido un conflicto de interés, o bien pueda surgir si se trata de servicios en curso.

²⁰ CUIF, P. F., «Le conflit d'intérêts...», *op. cit.*, p. 6. Como ejemplo, véanse los artículos 4.2, 4.3 y 13.4 del Código Deontológico aprobado por el Consejo Valenciano de Colegios de Abogados en el año 2002.

²¹ Si el conflicto fuera únicamente con uno de los progenitores, corresponderá al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o, en caso de que éste estuviera emancipado, complementar su capacidad.

«tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración» (art. 244.4.º CC). Cuando exista conflicto de intereses se prohíbe al tutor representar al tutelado y se deberá nombrar un defensor judicial que represente al menor o incapacitado (arts. 221 y 299 CC).

También en los supuestos de representación voluntaria u orgánica el legislador ha contemplado la posible existencia de conflictos de intereses, a semejanza de lo que ocurre con lo dispuesto en los casos de representación legal.

Cuando existe una representación voluntaria u orgánica es posible que el apoderado o administrador intervenga en el negocio en cuestión en nombre y representación del poderdante o sociedad y en nombre propio (o de otro poderdante o sociedad diferente de la anterior).

Por ello, el artículo 1459.2 CC prohíbe comprar al mandatario los bienes de cuya administración o enajenación estuviese encargado, en parecido sentido a como lo hace el artículo 267 CCo para el comisionista.

Y es que, como ya se señaló, en todos los supuestos de representación legal, voluntaria u orgánica pueden producirse supuestos de autocontratación o contrato consigo mismo que, como veremos en las páginas siguientes de este trabajo, suponen, en principio, un evidente caso de conflicto de intereses.

IV. LA ADMISIÓN CONCEPTUAL DEL AUTOCONTRATO

La figura de la autocontratación tiene larga tradición histórica y proviene de la práctica mercantil, al ser uso de banqueros y comisionistas considerar que estaban autorizados por sus clientes para contratar en nombre propio o bien en nombre de otro representado, sobre todo cuando la contratación se refería a productos cuyo precio se fijaba de modo externo al comisionista²².

²² Así lo afirma Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 199. Por su parte, el Profesor DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *RGLJ*, 1927, p. 337, cita una obra de CASAREGIS (*Discursus legales de commercio*), del año 1740, en la que se señala como «ordinario entre los comerciantes, el que los corresponsales se comprasen o vendiesen a sí mismos géneros que sus comitentes les encargaban vender o comprar». Véanse también DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, Madrid, 1990, p. 16; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, Madrid, 2009, pp. 62 y 63; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», en ALBALADEJO GARCÍA M. y DÍAZ ALABART, S., (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1.º A, Madrid, 1993, p. 551.

No obstante su arraigo práctico, en el Derecho histórico español nunca fue reconocida la autocontratación como una actuación válida y productora de plenos efectos jurídicos²³.

Incluso en la normativa actual, como hemos visto, se observa que el legislador español contempla con recelo la figura de la autocontratación por el evidente conflicto de intereses que subyace en la misma²⁴.

Desde el punto de vista doctrinal, también se han manifestado reparos a la evidente paradoja conceptual que supone que un contrato sea celebrado por una única persona²⁵.

²³ En este sentido, CASCOS, F. A., «Un autocontrato muy usual en España», *RCDI*, núm. 71, 1930, p. 839; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 344.

Como señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 23, de las Partidas a la Novísima Recopilación se produjo un endurecimiento de las normas que se referían al conflicto de intereses que podía existir en la compra por el administrador o tutor de los bienes que administrara o estuvieran sometidos a su tutela, prohibiendo dichas adquisiciones (ley IV, título V, Partida 5.^a y ley I, título XII, Libro X de la Novísima Recopilación). En efecto, dice DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 423, que la prohibición en la Novísima Recopilación se manifiesta en términos más severos, sin admitir excepción alguna. Véanse también TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación en la representación legal. Estudio histórico y regulación actual», *Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 50, núm. 2, 2002, p. 158; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 65 y 87.

²⁴ Como señala la RDGRN de 10 de abril de 2003 (RJ 2003, 4032) el autocontrato «no goza, ciertamente, del favor del legislador, como se desprende de los artículos 163, 221 y 1459 del Código Civil y 267 del Código de Comercio, si bien se admite por la jurisprudencia cuando media una expresa licencia del poderdante o queda eliminada la colisión de intereses». En parecidos términos, la STS de 10 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5279), dice: «Nuestro sistema, aunque admite la llamada autoentrada y el autocontrato –en este sentido, entre otras muchas, la sentencia 1133/2001, de 29 de noviembre (RJ 2002, 7322), afirma que «[e]l autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido»–, ante el eventual conflicto de intereses entre el representado y quien actúa en su doble condición de representante y parte en el contrato, desconfía de que éste quiera enriquecerse en detrimento de aquél, y de ahí las restricciones que impone el primer apartado del artículo 267 del Código de Comercio (...) y el 1459 del Código Civil».

²⁵ Como es sabido, incluso el reconocimiento de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones es objeto de discusión en la doctrina, dada la dificultad de reconocer la nota de correlatividad (entre la situación de poder jurídico, propia del acreedor, y la situación de deber jurídico, propia del deudor) de la relación obligatoria en el nacimiento de la misma. Actualmente, la conclusión más generalizada es que sólo pueden considerarse manifestaciones de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones la promesa pública de recompensa y el concurso con premio, encontrando la justificación en el concepto amplio de ley manejado por los artículos 1089 y 1090 CC. En cualquier caso, obsérvese que en estos supuestos de declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, el declarante o promitente únicamente concede un posible crédito al que resulte beneficiario de la declaración unilateral (porque ganó el concurso o realizó la actuación recompensable) sin que, evidentemente, le pueda imponer obligaciones. Por el contrario, en los supuestos de autocontrato, el representante no concede únicamente un crédito al representado sino que concierta un negocio jurídico en su nombre, vinculándole respecto de la íntegra posición contractual derivada del programa obligacional establecido (derechos, obligaciones, garantías, responsabilidades especiales, etc.).

A pesar de todas estas reticencias, la autocontratación se utiliza con frecuencia en el tráfico jurídico en España²⁶ y, con evidente visión práctica, la doctrina se ha esforzado en encontrar posibilidades teóricas para construir la figura.

Así se han elaborado diversas teorías. En primer lugar, se ha señalado que en el autocontrato, en realidad, concurren dos voluntades, la del representante y la del representado, pues la voluntad del primero vale también como la voluntad del segundo. O, aunque no haya dos voluntades, pues parece indiscutible que todo el mecanismo de la autocontratación es impulsado únicamente por la voluntad del representante, se afirma que, al menos, concurren dos actos volitivos o bien dos declaraciones de voluntad diferentes.

Otros autores, ante la gran dificultad de entender en los supuestos de autocontratación la existencia de dos voluntades (o de dos actos volitivos o declaraciones de voluntad), han intentado justificar el autocontrato señalando que la esencia del contrato no está tanto en la voluntad, sino en la posibilidad de producir efectos jurídicos entre dos o más patrimonios pertenecientes a distintos dueños.

También se ha afirmado que el autocontrato no es un negocio bilateral, sino que, por el contrario, es un negocio jurídico unilateral que, sin embargo, produce los efectos de un contrato²⁷.

O, finalmente, para salvar el problema desde el punto de vista de la voluntad en el autocontrato, se concluye que si la reglamentación dictada por el autocontratante puede valer como una *lex privata* entre las partes, por cuanto que el autocontratante ostenta un especial poder de representación sobre la esfera jurídica ajena, la relación jurídica así creada y reglamentada en la *lex privata* debe ser equiparable a un contrato²⁸.

²⁶ CASCOS, F. A., «Un autocontrato muy usual en España», *op. cit.*, p. 834, en el año 1930 se refería a la práctica habitual del poder otorgado por un heredero a otro para que le representara «en el contrato aprobatorio de partición de herencia en que ambos, mandante y mandatario, tienen interés». Incluso llega a decir que dicha práctica se ha constituido como una costumbre *praeter legem* (p. 836). Algunos años antes, DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 402, ya había afirmado la admisión generalizada de esta práctica notarial. No obstante, señala el Profesor DE CASTRO que lo que ocurría normalmente en la realidad era que previamente los herederos ya habían llegado a un acuerdo sobre la partición, por lo que cuando el mandante otorgaba el poder a otro coheredero ya sabía la parte que se le había adjudicado y la que se había adjudicado a los demás coherederos.

²⁷ Para un estudio de las distintas teorías justificativas del autocontrato, véanse DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 204 a 206; el mismo autor en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, Madrid, 2007, pp. 224 y 225; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 48 a 66; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 92 y ss. Y, sobre todo, DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, pp. 339 a 365, que defiende la teoría del negocio jurídico unilateral (pp. 370 y ss.).

²⁸ En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 206; el mismo autor en *Fundamentos del Derecho civil patri-*

En cualquier caso, salvados los obstáculos conceptuales, la figura de la autocontratación se ha admitido de manera clara en la doctrina y jurisprudencia españolas, quedando limitada la cuestión a determinar en qué casos y bajo qué límites el ordenamiento jurídico debe admitir la eficacia de la actuación del representante que contrata consigo mismo²⁹, o que interviene en negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales en nombre propio y de su principal o ejerciendo varias representaciones de manera simultánea.

Así, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) dice:

«El defecto así planteado no lo es tanto de carácter conceptual, la imposibilidad de la autocontratación, como de orden práctico, su admisibilidad cuanto puede implicar un conflicto de intereses entre representante y representado o dos o más personas representadas por un mismo representante, con el consiguiente riesgo de que se antepongan los de alguno de ellos en beneficio de los de otro.»

Y la RDGRN 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865) afirmó:

«Adviértase que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales (si el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses de los representados que sufren peligro en los casos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos).»³⁰

Finalmente, debemos hacer una precisión terminológica. Y es que, aunque haya cobrado fortuna la expresión autocontrato³¹, las hipótesis en las que puede producirse un conflicto de intereses entre el representante y el representado no se producen únicamente mediante la celebración de contratos.

Es posible que el conflicto exista y se materialice fuera del estricto ámbito contractual. Y, en sentido contrario, algunos contratos, por definición, no supondrán nunca la existencia de un conflicto de intereses.

Así, podrán existir situaciones de conflicto de intereses entre representado y representante fuera del ámbito contractual, por

monial, T. I, *op. cit.*, p. 225. Véase también GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», *RJN*, núm. 50, 2004, p. 267.

²⁹ CASCOS, F. A., «Un autocontrato muy usual en España», *op. cit.*, p. 846; Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 203.

³⁰ Véanse también las SSTS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8282) y 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058), así como la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931).

³¹ Como señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 11, seguramente la expresión se ha impuesto «gracias al poder de seducción propio de toda fórmula que comprime en la brevedad una gran carga significativa». De «laconismo paradjico» del término habla TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 147.

ejemplo, respecto de ciertos actos jurídicos que no puedan considerarse estrictamente negocios jurídicos aunque necesariamente deberán suponer la intervención de dos voluntades³².

Y, por el contrario, difícilmente podrá existir conflicto de intereses cuando el contrato que se celebre entre representante y representado sea una donación en la que el representante sea el donante y la acepte en nombre del representado.

Lo que sí que es imprescindible para que se pueda hablar de autocontratación es que exista un negocio o un acto jurídico de naturaleza bilateral, por lo que si se trata de una mera declaración o manifestación del representante difícilmente podrá existir el supuesto³³.

V. DELIMITACIÓN NEGATIVA DE LOS SUPUESTOS DE AUTOCONTRATACIÓN: LA EXISTENCIA DE UN ÚNICO CENTRO DE INTERÉS

Como hemos señalado anteriormente, existe autocontrato cuando una persona con su sola voluntad puede vincular dos o más patrimonios o, con más precisión, dos o más esferas jurídicas o centros de interés diferentes, que se encuentran en una situación económica de colisión, oposición o enfrentamiento, de tal modo que necesariamente el provecho de uno deba ser a costa o en detrimento del otro.

Aunque tradicionalmente se ha hablado de diversidad de patrimonios³⁴, entendemos que es mejor referirnos a esferas jurídicas o centros de interés diferentes porque aunque formalmente

³² En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 201, que se refiere a «hacerse pago de los créditos que le correspondan». Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el representante se hiciera pago de un crédito prescrito que tuviera frente al representado.

³³ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 200. En este sentido, entendemos que no sería un supuesto de autocontrato la representación conferida a una persona para que, en nombre de varias, otorgue una declaración de obra nueva construida en común. En este sentido, véase DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 346. En este caso, no es tanto que no existan intereses contrapuestos entre las partes, como afirma el autor, sino que no nos encontramos ante un acto o negocio jurídico de carácter bilateral y, por lo tanto, no podrá existir el supuesto de autocontratación. En este sentido, la STS de 9 de junio de 1997 (RJ 1997, 4733) no apreció la existencia de autocontrato en una declaración (de la falta de construcción de un hotel) por tratarse de una declaración unilateral que se limitaba a constatar un hecho.

³⁴ Así, DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 369, que resume en dos los caracteres comunes que se dan en todo caso de autocontrato: «1) Existen dos patrimonios independientes. 2) Dos patrimonios sobre los que tiene poder de disposición una sola persona», véase también p. 377. Por eso el Profesor DE CASTRO consideraba la posible existencia de autocontrato también en la «sociedad subsistente con

existan dos patrimonios es posible que, en realidad, dichos patrimonios no representen más que una única posición jurídica o centro de interés.

A nuestro entender, en este supuesto no existiría autocontrato en el sentido propio del término.

Se trataría, por ejemplo, del contrato celebrado por una persona consigo misma en cuanto tal persona física y como administrador de una sociedad unipersonal de la que es el único socio.

En estos casos formalmente hay dos patrimonios diversos (el de la persona física y el de la sociedad) que quedan vinculados con la actuación de una sola persona.

Sin embargo, a nuestro entender, no se trataría de un auténtico supuesto de autocontrato, puesto que, en realidad, no existen posiciones jurídicas confrontadas u opuestas, ya que tanto el patrimonio de la sociedad unipersonal como el patrimonio personal del contratante pertenecen a una sola persona³⁵.

Lo mismo ocurriría con el heredero único que hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario y celebrara un contrato de compraventa consigo mismo que tuviera por objeto bienes de la herencia³⁶.

En estos supuestos, por tanto, no se aplicaría la doctrina del autocontrato, pues en realidad no hay conflicto de intereses ya que la posición jurídica afectada es única, aunque se deberían aplicar, en su caso, las normas protectoras del tercero si la actua-

un único socio» (pp. 434 a 448). Véase también GONZÁLEZ, J., «El problema de la autocontratación», *RCDI*, 1927, pp. 377 y 380.

En la jurisprudencia, la STS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8282) señala que «la autocontratación se produce cuando una persona, con poder de disposición sobre dos patrimonios independientes crea entre ellos una relación jurídica».

³⁵ DELGADO TRUYOLS, Á., «De nuevo sobre el autocontrato: Dos problemas muy actuales», *RJN*, núm. 43, 2002, p. 288, entiende que en estos casos la autocontratación existe «pero debe ser considerada legal por ausencia de los tres requisitos cumulativos que debe cumplir en nuestro Derecho el autocontrato prohibido por la ley». El autor se refiere a un requisito conceptual (la existencia de una sola declaración de voluntad), otro económico (la vinculación económica de dos o más patrimonios distintos) y un tercero práctico (el conflicto de intereses). Véase el mismo autor en «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 345. En parecido sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, Madrid, 2002, p. 43, afirma que la coincidencia de intereses que se manifiesta en la sociedad unipersonal y su único socio «conduce a eliminar todo vestigio de conflictividad. Desde una perspectiva autocontractual, ello se traduce en la admisibilidad de cualquier autocontrato». Véanse también LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 129; MARIMÓN DURÁ, R., *La Asistencia Financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo*, Pamplona, 2010, pp. 151 y 152, entiende que en caso de socio único no es de aplicación el deber de abstención del artículo 190 LSC, por lo que estima que en esos supuestos debe permitirse la asistencia financiera (autocontrato) por la simple voluntad del socio único.

³⁶ Señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 69, que en los supuestos de vinculación de patrimonios especiales por el mismo titular sólo formalmente se puede apreciar una identidad con el contrato. Véase también NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 58 y ss. y 105.

ción del administrador-socio único o del heredero se realizó en fraude de acreedores³⁷.

VI. AUTOCONTRATO EN SENTIDO AMPLIO: LA DOBLE O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN

1. EL SUPUESTO DE HECHO: EL MISMO REPRESENTANTE CONTRATA EN NOMBRE DE DOS O MÁS REPRESENTADOS

También existirá un supuesto de autocontratación en los casos de doble o múltiple representación, cuando el representante pone en relación varios patrimonios que se encuentran en situación de enfrentamiento o colisión³⁸.

Sería el caso de que el mismo representante manifestara el consentimiento por cada una de las posiciones contractuales o jurídicas a nombre de cada uno de sus representados, siempre que dichas posiciones estuvieran en conflicto³⁹.

En este supuesto, aunque la actuación del representante no está afectando a su propio patrimonio sino al de sus representados, entendemos que existe también autocontrato, porque un único centro de decisión (que es el representante único) vincula dos esferas jurídicas diversas que se encuentran en situación de

³⁷ DELGADO TRUYOLS, Á., «De nuevo sobre el autocontrato...», *op. cit.*, p. 289; RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, *op. cit.*, pp. 363 y ss.

Precisamente por el recelo que el posible traspaso patrimonial entre la sociedad unipersonal y el titular de la misma produce respecto de los intereses de terceros, el artículo 16 LSC exige unas condiciones formales de inscripción y publicidad respecto de estos contratos y, además, establece que durante el plazo de dos años el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de estos contratos.

³⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Comentario al artículo 1713», en PASQUAU LIAÑO, M., (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. II, Granada, 2000, p. 2979; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 75; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998, p. 294; GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», *op. cit.*, p. 267.

No obstante, como advierte NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 50, en este caso de doble o múltiple representación propiamente no nos encontramos ante un supuesto de autocontrato en el sentido gramatical del término, puesto que el representante con su actuación no está afectando a su propio patrimonio sino al de dos terceros.

³⁹ La STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3442) contempló un supuesto de doble representación. En el caso resuelto por esta sentencia, el mismo representante de dos sociedades otorgó escritura de subrogación en un arrendamiento financiero inmobiliario de la sociedad titular del mismo a favor de la otra que quedaba como arrendataria para el futuro (y con la posibilidad, por tanto, de quedarse la finca) sin que se acreditara contraprestación alguna a favor de la primera.

colisión, oposición o enfrentamiento, de tal modo que necesariamente el beneficio de una provenga del perjuicio o menoscabo de la otra, lo que, por la propia estructura del contrato, ocurre en todos los contratos onerosos, con obligaciones recíprocas o sinagmáticas⁴⁰.

En algunos preceptos se tiene en cuenta esta forma de contratación en nombre de varias personas con posible colisión de intereses. Así, el artículo 221.2.º CC prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo acto inter venga «en nombre de un tercero y existiera conflicto de intereses». Y el artículo 267 CCo prohíbe al comisionista comprar para sí «ni para otro» lo que se le haya mandado vender, ni vender lo que se le ha encargado comprar.

De igual modo, en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, esta forma de contratación a nombre de dos o más representados por el mismo representante se considera también un supuesto de autocontratación⁴¹.

Por el contrario, la doble o múltiple representación estará permitida cuando no exista conflicto de intereses entre las posiciones jurídicas de los representados.

Así, se ha señalado que, normalmente, la doble o múltiple representación constituirá un supuesto de autocontratación en los negocios bilaterales, pero no en los plurilaterales (por ejemplo, la constitución de una sociedad) en los que al no concurrir al mismo en su propio nombre el representante parece que se evita el conflicto de intereses, que es el motivo de la prohibición de la autocontratación. Así, en principio, deberá ser válida la comparecencia de un único representante en nombre de varios socios fundadores en el otorgamiento del contrato de sociedad⁴².

Sin embargo, incluso en estos casos de negocios plurilaterales en los que el representante no concurre en nombre propio pero lo hace en nombre de dos o más de sus representados, a nuestro entender podría existir conflicto de intereses si las posiciones jurídicas de cada uno de los representados fueran contrapuestas.

⁴⁰ No obstante, algunos autores han entendido que en estos casos de doble o múltiple representación la imparcialidad del representante es mayor, ya que no hay que suponer que quiera favorecer a un representado más que al otro, pues su interés será que el negocio sea favorable para sus dos representados. Véanse DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 76, nota 17; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., p. 191; WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno», *AAMN*, T. 29, 1990, p. 266.

⁴¹ Así lo hacen el artículo 1395 Codice Civile, el artículo 261 Código Civil Português y el § 181 BGB.

⁴² Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 200.

Así, volviendo al ejemplo anterior, en la constitución de la sociedad podría existir conflicto de intereses si las negociaciones entre los futuros socios no estuvieran cerradas y fuera la voluntad del representante la que determinara los derechos o privilegios de los socios u otros elementos esenciales del contrato de sociedad (valor de las aportaciones, cuota de participación, etc.), pues en este caso el representante podría favorecer o primar el interés de uno de sus representados en perjuicio del otro⁴³.

En este sentido, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) señala:

«Aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad»⁴⁴.

⁴³ NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 62; Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁴ No obstante, para denegar la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad por autocontratación del compareciente, la Dirección General exige que se identifique el concreto conflicto de interés que se produce. En este sentido, la RDGRN de 5 de julio de 2011 (RJ 2011, 5958) revoca la nota de calificación negativa de la registradora mercantil que entendió que existía autocontratación, sin que se hubiera salvado por el correspondiente acuerdo de las juntas generales, en un supuesto en el que un único otorgante interviene en representación de dos sociedades mercantiles, como administrador único de ambas, y constituye una sociedad de responsabilidad limitada en la que se designa como administrador único al mismo compareciente. La Dirección General afirma que para denegar la inscripción la registradora debería haber concretado dónde se producía el conflicto de intereses. Así, dispone: «Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por su naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para consecución de un fin común. En definitiva, el propio concepto de negocio societario excluye en principio la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa negocial común orientada a la consecución del fin social. Así, prevalece la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de los intereses de las partes.

Debe señalarse asimismo que si pudiera entenderse que, en relación con un aspecto concreto de dicho negocio, puede llegar a verificarse la existencia de un conflicto de intereses entre representante y representado o entre varias personas representadas por un mismo representante, porque se antepongan los intereses de alguno de ellos a los de los otros, deberá determinarse y concretarse dicho conflicto por parte de la registradora, sin que pueda deducirse automáticamente su existencia por el simple hecho de que ambos socios fundadores fueran personas jurídicas y hubieran sido representadas por la misma persona física. Más aún, la propia naturaleza del negocio asociativo, carente de sinalagma y en el que existe una declaración de voluntad de las partes en la misma dirección, impediría incluir el presente supuesto en el ámbito de la autocontratación (...). En el presente recurso, que debe ceñirse al defecto tal como ha sido formulado en la calificación impugnada (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), ha de tenerse en cuenta que la registradora se limita a expresar que con el otorgamiento de la escritura calificada se produce una colisión de intereses. Sin embargo, no se aprecia en la calificación ningún examen o valoración, a la vista del concreto negocio fundacional y del estatuto de cada socio, que atienda más que a la dimensión cualitativa –su concreta posición–, para determinar las circunstancias que de forma patente revelen la existencia de conflicto de intereses. Ello supone que la objeción que figura en la nota recurrida ha de rechazarse “a limine”».

2. LA DOBLE O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES

En el ámbito de la representación legal de los padres el legislador estatal no ha tenido en cuenta el posible conflicto de intereses que puede producirse en el caso de que el padre represente en un negocio jurídico a dos o más de sus hijos que tengan entre ellos intereses enfrentados o contrapuestos⁴⁵.

Los arts. 162.2 y 163 CC, a diferencia de lo que establece el artículo 221.2 CC para los supuestos de tutela⁴⁶, no prevén el nombramiento de defensor judicial cuando el conflicto de intereses no se produzca entre el padre y el hijo, sino entre los hermanos que deben ser representados por su padre.

Por ello, la doctrina mayoritaria admite la actuación representativa del padre que en el mismo negocio jurídico interviene en nombre de dos o más de sus hijos, aunque los hermanos tengan entre ellos intereses contrapuestos⁴⁷.

Así, valdrá la actuación representativa del padre que intervenga en nombre de varios de sus hijos en la división material de una cosa común, o en la partición de una herencia atribuida a los mismos, siempre que el progenitor no estuviera llamado a la herencia a título personal⁴⁸.

⁴⁵ Dicha posibilidad, por el contrario, sí que ha sido prevista en el reciente Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, cuyos arts. 13. 2 y 28.2 disponen: «2. Cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser asistidos por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial».

De igual manera, el artículo 320 *in fine* del Codice Civile señala que si surge conflicto de intereses patrimoniales entre los hijos sometidos a la misma patria potestad, el juez deberá nombrar un defensor judicial para representar a los menores.

⁴⁶ El precepto prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar «representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses».

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 541; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1984, pp. 748 y 749.

No obstante, como señala ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, p. 44, la doctrina no es unánime. Así, algunos autores han defendido que debería nombrarse un defensor judicial porque los padres no podrían representar a uno de sus hijos sin entrar en conflicto con el interés de los otros, o bien porque no parece lógico obligar a que sean los titulares de la patria potestad los que decidan sobre el conflicto de intereses que afecta a sus hijos. Sin embargo, nosotros entendemos que precisamente los padres serán los que se encontrarán en mejor posición para resolver el conflicto existente entre los hijos.

⁴⁸ FLUME, W., *El negocio jurídico*, 4.ª ed., traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. y GÓMEZ CALLE, E., Madrid, 1998, pp. 944 y 945, respecto de la aplicación en la partición de herencia de la regla general prohibitiva de la autocontratación en el Derecho alemán (§ 181 BGB), señala que «puesto que los coherederos a propósito de una partición celebran negocios entre sí, cada menor debe estar representado separadamente, es decir, debe designarse, dado el caso, un curador para cada uno».

El legislador entiende que dados los vínculos familiares entre el representante y todos y cada uno de sus representados, el conflicto de intereses queda diluido, y no es previsible que el padre ejerza su representación a favor de uno u otro de sus hijos y en perjuicio del resto, pues el vínculo familiar es idéntico respecto de todos ellos.

No obstante, el propio legislador es consciente de que el afecto o predilección que el padre tenga sobre cada uno de sus hijos puede no ser el mismo y, de hecho, al regular la herencia establece la posible desigualdad en la atribución de los bienes hereditarios a los hijos o descendientes a través de la institución de la mejora (arts. 823 y ss. CC).

Sin embargo, al no estar previsto el nombramiento de defensor judicial cuando los padres actúen en nombre de dos o más de sus hijos con intereses contrapuestos entre sí, debe valer la actuación representativa realizada por los progenitores en nombre de cada uno de los hermanos⁴⁹.

3. LA VINCULACIÓN INDIRECTA DE LOS PATRIMONIOS DE LOS REPRESENTADOS REALIZADA POR EL REPRESENTANTE COMÚN

Cuando la vinculación de los patrimonios de los representados no se realiza de modo directo a través de un negocio jurídico en virtud del cual el representante constituye alguna relación jurídica entre ellos, sino que la relación o vinculación se produce de modo indirecto, no habrá *stricto sensu* autocontratación, aunque es evidente que sí que podrá existir un conflicto de intereses y, a efectos prácticos, las consecuencias deberán ser las mismas que si el representante hubiera incurrido en autocontratación.

Nos referimos a los casos en los que, por ejemplo, un representante en nombre de una sociedad solicita un préstamo, y actuando en nombre de otra sociedad, que también está representada por él, otorga hipoteca sobre una finca propiedad de esta última en garantía de la deuda de la primera sociedad⁵⁰.

⁴⁹ Como señalan LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil IV, op. cit.*, pp. 748 y 749, nombrar en estos casos un defensor judicial sería forzar el texto de la Ley, y, además, tampoco lo exige una estricta razón de justicia pues parece razonable entender que, en la mayoría de las ocasiones, serán los padres los que más interés tendrán y los que se encontrarán en mejores condiciones para dirimir el conflicto de intereses entre sus propios hijos. Véase también PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia, op. cit.*, p. 541.

⁵⁰ PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *CDCo*, núm. 52, 2009, p. 234, pone el siguiente ejemplo: «Prestatario Sr. A y fiador-pignorante Sra. B, madre del primero, que está representada por su hijo, Sr. A, en virtud de poder general (con facultades para avalar y pignorar sin salvar el posible «autocontrato»)». En este caso, el autor señala

En estos casos, el representante no vincula de modo directo el patrimonio de sus representadas, puesto que no se ha celebrado ningún negocio jurídico entre estas posiciones, sin embargo, de modo indirecto u oblicuo, a través de la celebración de un negocio con un tercero (el contrato de fianza o la constitución de hipoteca a favor del prestamista), sí que ha llegado a vincular los patrimonios de sus representadas de tal manera que existe conflicto de intereses entre ambas⁵¹.

Como decimos, en estos supuestos, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que las establecidas para la autocontratación.

Así, en la RDGRN de 20 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 6406)⁵², una misma persona en nombre de una sociedad reconoció una deuda frente a otra sociedad ajena a él, y, para garantizar dicha deuda, en nombre de una tercera sociedad, de la que también tenía la representación, constituyó hipoteca sobre dos fincas propiedad de esta última a favor de la sociedad acreedora.

Como se ve, el vínculo jurídico (la constitución de la hipoteca en garantía de deuda ajena) se produce entre una de las sociedades representadas por la misma persona y otra por completo ajena al mismo, pero, evidentemente, en el caso está latente un manifiesto conflicto de intereses entre las sociedades representadas por el mismo sujeto. La DGRN denegó la inscripción de la hipoteca.

La resolución dice:

«[E]n el supuesto debatido los datos enjuiciados no revelan necesariamente que exista autocontrato, como expresión referida a la hipótesis en que una persona por su sola actuación da origen a una relación contractual entre dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta; el actor, actuando en nombre de dos sujetos distintos, no procede a vincularlos entre sí de modo directo, sino a cada uno de ellos con un tercero (...) ahora bien, no puede ignorarse que esta relación de subordinación y accesoriedad entre los dos negocios celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la concesión del crédito y en sus condiciones, como el sacrificio patrimonial actual que la hipoteca implica para el propietario gravado, aun antes de su efectividad)

que aunque el apoderado no vincula *prima facie* su patrimonio con el de su madre, «resulta evidente la conexión entre ambos patrimonios», por ello entiende que el poder es insuficiente.

⁵¹ BLASCO GASCÓ, F., «Comentario a la RDGRN de 20 de noviembre de 1989», *CCJC*, núm. 22, 1990, p. 40, señala que en estos casos, en puridad, no hay autocontrato, aunque se manifiesta claramente un conflicto de interés. En parecido sentido, WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 248, señala que en estos casos, «dado que el apoderado no coopera personalmente en la asunción de la garantía, no procede la prohibición del autocontrato», aunque el autor reconoce que con ello se «perjudica igualmente el interés» del representado.

⁵² En el repertorio Aranzadi la resolución aparece con fecha de 20 de septiembre.

provoca, en el caso debatido, una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato «*stricto sensu*» y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, en ambos casos, una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas.»

Más recientemente, la RDGRN de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7946) resuelve un supuesto idéntico⁵³. El administrador único de dos sociedades mercantiles formaliza escritura de hipoteca en garantía de crédito (un préstamo), siendo una de las sociedades de las que era administrador único la prestataria, y la otra la hipotecante no deudora.

Presentada al Registro la escritura la registradora califica negativamente el documento por entender que existe una situación de conflicto de intereses, requiriéndose que la operación sea aprobada por la Junta General de la sociedad hipotecante.

La Dirección General confirma la nota de calificación señalando:

«Ciertamente, como ha dicho este Centro Directivo en relación con el supuesto de las hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena (cfr. Resoluciones de 20 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6406] y 14 de julio de 1998 [RJ 1998, 5968]), en tales casos cuando en la misma persona concurre el doble carácter de prestatario y de representante del dueño del bien hipotecado (y lo mismo debe decirse en los casos de múltiple representación cuando una misma persona sea representante de ambos), el autor del negocio no vincula los respectivos patrimonios de deudor e hipotecante de modo directo, pues su sola actuación da origen a una relación contractual entre cada uno de ellos y un tercero (el acreedor), y si bien las relaciones así establecidas guardan una conexión de principalidad-accesoriedad, en la fase anterior al desenvolvimiento de la hipoteca puede no darse ningún vínculo jurídico directo entre deudor e hipotecante (...) Ahora bien, como pusieron de manifiesto las Resoluciones de reciente cita “no puede ignorarse que esta relación de

⁵³ En el mismo sentido puede verse la RDGRN de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5945). En el caso decidido por esta Resolución, dos administradores mancomunados, que lo eran de dos sociedades distintas, solicitaron de una entidad financiera un préstamo con carácter solidario a favor de las dos sociedades, y en garantía del préstamo constituyeron hipoteca sobre una finca que era propiedad exclusiva de una sola de las mercantiles prestatarias. La registradora calificó negativamente el documento por entender que existía conflicto de intereses o autocontratación que no se había salvado. La Dirección General confirma la nota de calificación y entiende que no es posible la inscripción parcial del título (inscribir el derecho de hipoteca únicamente en relación con la obligación solidaria de la sociedad hipotecante), como pretendía el recurrente, porque la inscripción parcial solicitada desnaturaría el negocio celebrado, puesto que el Registro publicaría que la hipoteca garantiza una obligación no con pluralidad de deudores, como originariamente se había acordado, sino con un deudor único, transformándose, así, uno de los elementos esenciales de la obligación (los sujetos).

subordinación y accesoriedad entre los negocios jurídicos celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la concesión del préstamo y en sus condiciones, como el sacrificio actual que la hipoteca implica para el propietario gravado, aún antes de su efectividad) provoca, en el caso debatido, una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato *stricto sensu* y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, la sola actuación del representante da lugar a la existencia de una situación de incompatibilidad de intereses entre los propios de aquél y los del representado, en la que no se asegura que en el negocio de garantía haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio gravado; se incide así en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricta que ha de regir en la materia (art. 1713 del Código Civil) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (vid. arts. 221.2.º del Código Civil y 267 del Código de Comercio) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en los poderes conferidos de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio del representado (artículos 1727 del Código Civil y 247 y 253 del Código de Comercio), sin perjuicio de la posible sanación posterior si mediase la ratificación".»

En parecido sentido puede verse la RDGRN de 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4191).

En el caso resuelto por esta resolución, constituyó la hipoteca una persona que actuaba al mismo tiempo como apoderado de los hipotecantes (un matrimonio) y, por otra parte, como administrador de la sociedad mercantil cuya deuda garantizaba la hipoteca. El poder concedido por los hipotecantes al apoderado le autorizaba para «constituir hipoteca en garantía de cualquier crédito o préstamo que pueda solicitar y obtener el apoderado, con los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente».

La resolución señala que no tenía razón el registrador al entender que el poder era insuficiente para constituir la hipoteca en garantía de una deuda ajena, porque autorizaba claramente para ello, entendiendo que nos encontramos ante un caso de autocontratación permitida, pero, sin embargo, mantiene la suspensión de la inscripción porque el deudor garantizado no era el propio apoderado, como permitía el poder, sino una sociedad anónima de la que éste era administrador único.

Dice la resolución:

«[R]esulta, al contrario de lo señalado por el Registrador, que el mismo (el poder) faculta para constituir hipoteca en garantía de

deuda ajena –respecto a los hipotecantes– pero propia del Apoderado, dando lugar, por otra parte, a un supuesto de autocontratación permitida pues, como afirmó la Resolución de 1 de enero de 1943, aquella figura es admisible cuando el poderdante conceda al Apoderado las facultades necesarias con la vista puesta en el posible conflicto de intereses.

Tercero. Lo que ocurre en el caso debatido es que el deudor no es el propio Apoderado –supuesto previsto por el poderdante– sino una sociedad anónima respecto de la cual este último es Administrador único y, de acuerdo con lo dicho antes sobre el criterio de interpretación estricta de las facultades conferidas al Apoderado, debe confirmarse la insuficiencia del poder para el negocio realizado.»

VII. LA AUTOCONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PERSONA INTERPUESTA

También existirá una situación de autocontrato cuando el representante intervenga en el negocio que realiza en nombre de su representado no directamente o por sí mismo, sino a través de persona interpuesta (por ejemplo, a través de una sociedad de la que sea socio mayoritario; o a través de un mandatario que le representa en ese negocio)⁵⁴.

O bien nombre a un subapoderado para que intervenga en nombre de su representado en el negocio jurídico que pretende realizar con éste⁵⁵.

En estos casos, a pesar de la aparente dualidad de posiciones jurídicas, es evidente que continúa existiendo un conflicto de inte-

⁵⁴ En ejemplo puesto por Díez-PICAZO, L., «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *ADC*, 1965, p. 662, habrá una actuación prohibida cuando «B, en nombre y con poder de A, vende las cosas de éste a C, que previamente está de acuerdo con B, como fiduciario o mandatario suyo».

⁵⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 8; PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *op. cit.*, pp. 232 y 239; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Sustitución del poder. Venta hecha por el sustituto a favor del apoderado sustituyente: Autocontratación. Calificación registral», *Revista Xurídica Galega*, 1992, pp. 30 y 34.

En el Derecho portugués, el artículo 261.2 del Código Civil señala: «A los efectos del número precedente, se considera celebrado por el representante el negocio realizado por aquellos en quienes hubieran sido sustituidos los poderes de representación.»

Refiriéndose al Derecho alemán, WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 248, contempla también esta posibilidad de actuación a través de persona interpuesta y señala que «el (sub) apoderado designado por el representante depende, sin embargo, de éste y se somete a sus instrucciones; el conflicto de intereses subsiste, por tanto, también aquí. La opinión dominante no permite este rodeo, como supuesto típico de fraude de ley, es decir, mediante interposición de persona». Véase también ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, en ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Vol. II, con notas de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., Barcelona, 1981, p. 479.

reses entre el representante y su representado y, por lo tanto, debe considerarse que existe una situación de autocontratación, con las consecuencias que ello conlleva.

En el derecho positivo, el artículo 1459 CC establece las prohibiciones de compra que contempla tanto para el caso de adquisiciones «*por sí*», como por «*persona alguna intermedia*»⁵⁶.

En la jurisprudencia, puede verse la STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2584) en la que el marido, en nombre de la sociedad de la que tenía poderes vende varias parcelas a su mujer, con la que estaba casado en régimen de gananciales. El Tribunal Supremo declara la ineficacia de estas adquisiciones.

Dice la sentencia:

«Ciertamente que quien compra es persona distinta de aquél, pero la adquisición se realiza en favor de la sociedad de gananciales de ambos, cuyos bienes están sujetos a su gestión y disposición. Para la inversión de dinero ganancial tan legitimados están uno como otro, siempre que ambos consientan (art. 1375 CC), luego es erróneo considerar que el mandatario nada tiene que ver con la compradora, cuando ésta ha actuado obviamente con su consentimiento. En realidad, el mandatario compra para su sociedad de gananciales por medio de su esposa. Otra cosa equivaldría a sancionar un fraude de ley, dando eficacia jurídica a la compra de la esposa con fundamento en que su personalidad jurídica es distinta de la de su esposo.»

Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1783).

En el caso resuelto por esta sentencia, una persona física era socia mayoritaria (con el 63,24 % de las acciones), y administradora única de una sociedad anónima (Comercial Oil, S.A.). Al mismo tiempo, era socia constituyente, administradora única y titular de noventa y nueve de las cien participaciones en que se dividía otra sociedad de responsabilidad limitada (Oil 2000, S.L.) dedicada al mismo objeto social que la anterior (explotación de estaciones de servicio). La persona física celebró contrato de

⁵⁶ Respecto del significado y estudio histórico de la curiosa expresión que utiliza el precepto: «*persona intermedia*», diversa a la contemplada en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se refieren a «*persona interpuesta*», véase DÍEZ-PICAZO, L., «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *op. cit.*, pp. 659 a 661. Como señala el Profesor PICAZO, en una primera aproximación podría parecer que la expresión persona intermedia se refiere a una adquisición previa a la realizada por la persona afectada por la prohibición, a diferencia de la expresión persona interpuesta que proyecta su aplicación al ámbito de la simulación. Sin embargo, el autor rechaza esta interpretación por absurda (v. gr. prohibiría al tutor adquirir el bien que ya no es titularidad del pupilo pero que lo fue alguna vez) y concluye que se trata de un caso de interposición real de persona y no de interposición ficticia de persona o simulación, es decir, que el sujeto afectado por la prohibición no podrá comprar el bien al adquirente intermedio, pero sólo si éste lo adquirió como mandatario o fiduciario suyo.

arrendamiento de una estación de servicio entre las dos sociedades, actuando al propio tiempo como legal representante de la sociedad arrendadora (Comercial Oil, S. A.) y de la sociedad arrendataria (Oil 2000, S. L.), de la que era titular prácticamente en exclusiva.

Tanto en primera instancia como en apelación se decretó la nulidad del contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia⁵⁷.

De igual modo, en la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931) el administrador de la sociedad compradora que, a su vez, había sido apoderado por los dueños de unos bienes para su venta, otorga apoderamiento a un tercero, de tal modo que en el otorgamiento de la escritura de compraventa no interviene él solo, sino que interviene como vendedor representante de los dueños y por la sociedad compradora lo hace el apoderado que en el número anterior de protocolo recibió del mismo administrador el poder para comprar precisamente esos bienes concretos respecto de los cuales el administrador tenía poder de los dueños para vender.

La DGRN entiende que hay autocontratación, y dice:

«No cambia el régimen de la operación si la persona en quien concurre el doble carácter indicado interviene en ella sólo como representante de los dueños y, en cambio, en representación de la Sociedad interviene no el Administrador sino otra persona, pero con un poder para comprar precisamente los bienes concretos que el Administrador tiene el poder para vender y cuando ocurre que ese poder para comprar depende de la voluntad del Administrador, como tal, en su origen (el Administrador es el que ha elegido la persona que ha de actuar por la Sociedad en la compra de esos determinados bienes), en su mantenimiento (el Administrador único puede en cualquier momento revocar el poder que él otorgó) y en su ejercicio (el mandatario de la Sociedad ha de arreglarse a las instrucciones que se le den a través del Administrador único). En estas condiciones puede decirse que el acto resultante aparece decidido, respecto de una y otra parte contratante, por una misma persona.»

⁵⁷ En el caso resuelto por la STS de 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9047) el consejero delegado de una sociedad anónima celebró en nombre de ésta como vendedora unos contratos de compraventa a favor de otra sociedad que actuó como compradora representada por otra persona. Se demandó la nulidad de los contratos de compraventa porque el consejero delegado que realizó la venta dominaba la sociedad compradora, de la que era presidente del consejo de administración y consejero delegado, aunque en el contrato de compraventa no intervino él personalmente, sino otro consejero delegado de la compradora. Véase también en este sentido la STS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 9747).

VIII. SUPUESTOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA AUTOCONTRATACIÓN

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como hemos visto, en el Derecho español la regla general es la prohibición de la autocontratación y, en consecuencia, la ineficacia del negocio jurídico realizado incurriendo en ella⁵⁸.

Sin embargo, teniendo en cuenta los supuestos de autocontratación que se producen en el tráfico jurídico, deben intentar concretarse aquellos casos en los que, por diversas razones, y como excepción a la regla general, deba permitirse la autocontratación.

Para intentar fijar los límites dentro de los cuales puede válidamente producir sus efectos el autocontrato debe tenerse en cuenta si la autocontratación se produce en la esfera de la representación legal o, por el contrario, si se produce en el ámbito de la representación voluntaria u orgánica.

A nuestro entender, en el primer supuesto los límites deben ser interpretados con mayor rigor, pues no es únicamente un interés particular o privado el que subyace en las normas que prohíben al representante legal (padre, tutor o curador) actuar cuando hay conflicto de interés con su representado.

Son intereses públicos, fundados, por otra parte, en profundas convicciones sociales, los que prohíben que el padre o tutor intervenga en nombre de su hijo o pupilo cuando exista conflicto de interés entre ellos (arts. 162.2, 163, 221, 237 bis y 299 CC).

Y, por otra parte, es evidente que el representado no ha tenido ninguna intervención en el otorgamiento de las facultades representativas al representante.

Por ello, las limitaciones para la válida actuación del representante legal en los supuestos de conflicto de interés deben observarse con mayor rigor y, por otra parte, deben ser más drásticas las consecuencias jurídicas del incumplimiento por el representante de

⁵⁸ Como señala TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato. Comentario a la RDGRN de 6 de diciembre de 1994», *ADC*, 1996, p. 383, la línea doctrinal y jurisprudencial clásica en España «considera ineficaz el autocontrato en base a la aplicación analógica de algunas normas prohibitivas que se contemplan para supuestos en que se da una contraposición de intereses». Véase también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 5.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 944, refiriéndose al Derecho alemán, sigue la misma idea: «en general, el negocio consigo mismo es ineficaz si no se da una excepción prevista en la ley», y en la página siguiente afirma: «lo cierto es que, por regla general, existe peligro de colisión de intereses. De ahí que para evitar la inseguridad del tráfico jurídico sea adecuado prohibir en general el negocio consigo mismo».

las prohibiciones de incurrir en conflicto de intereses con el representado menor o incapaz.

Por el contrario, en el ámbito de la representación voluntaria u orgánica el interés que subyace en la prohibición de la autocontratación es un interés privado, fundado en la necesidad de que el representante actúe con la lealtad debida en la función que tiene encomendada⁵⁹.

Además, al menos en la representación voluntaria, ha sido el representado el que ha propiciado que el representante pueda intervenir en el tráfico jurídico afectando a su esfera de intereses.

Por ello, sería posible considerar con algo más de flexibilidad los límites para entender válida la actuación representativa que incurra en autocontratación y, por otra parte, como veremos, deberán ser otras las consecuencias jurídicas aplicables al negocio concluido por el representante voluntario u orgánico en la autocontratación no permitida⁶⁰.

⁵⁹ La doctrina, al igual que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, han considerado aplicable el régimen de la representación voluntaria (art. 1459.2 CC) a los gerentes y administradores de sociedades. En este sentido, DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 75; DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», op. cit., p. 432; GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, J., «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1960, p. 458; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», op. cit., p. 102; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995, p. 1722; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., pp. 131 y 132.

Así, la RDGRN de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9690) desestima el recurso contra la denegación de la inscripción de una compraventa en la que la misma persona intervino en representación de la sociedad vendedora y, a la vez, como comprador, y señala: «es evidente que la comparecencia de una persona física con aquella doble condición determina un supuesto de autocontratación no permitido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1459 del Código Civil».

En contra, LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*, Madrid, 1996, p. 106, considera que «sobre los administradores ya no pesa la prohibición que establece el artículo 1459.2 CC», sino que dicha prohibición ha sido sustituida por el deber general de lealtad derivado del antiguo artículo 127.1 LSA. Una fundada crítica de tal posición puede verse en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», op. cit., pp. 10 y ss.

⁶⁰ Incluso DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 144, llega a defender que las consecuencias sancionadoras de la prohibición de la autocontratación en la representación voluntaria únicamente deberían aplicarse cuando el negocio jurídico ha producido realmente un daño concreto y efectivo al representado. Véase la misma autora en «Comentario a la RDGRN de 29 de abril de 1993», *CCJC*, núm. 31, 1993, p. 366.

Sin embargo, parece más razonable entender que el mero riesgo de lesión en cualquier modalidad de representación debe ser suficiente para que se aprecie la existencia del conflicto de intereses y para que se aplique el régimen jurídico que le sea propio. Como señala NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», op. cit., p. 54, 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». En idéntico sentido, SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 111, 2005, p. 19.

2. SUPUESTOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA AUTO-CONTRATACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA U ORGÁNICA.

No es fácil enumerar de modo taxativo los supuestos en los que sea válida la autocontratación en la esfera de la representación orgánica o voluntaria. Desde luego, habrá que estar al caso concreto, pero, con carácter general, puede afirmarse que el autocontrato producirá válidamente todos sus efectos cuando quede acreditado que no existe conflicto de intereses entre el representado y el representante⁶¹.

Así, es posible enumerar una serie de supuestos genéricos en los que el conflicto de intereses no existirá o bien, de existir, el representado habrá asumido voluntaria y conscientemente el riesgo que ello conlleva para su posición patrimonial.

2.1 **Negocios jurídicos gratuitos estipulados a favor del representado**

El primer supuesto en el que podemos entender que no existe conflicto de intereses entre el representante y el representado es la celebración de negocios jurídicos gratuitos en los que el sacrificio patrimonial que conlleven se produzca en la esfera jurídica del representante.

El ejemplo más claro sería la donación realizada por el representante en calidad de donante y aceptada por éste en nombre del representado como donatario.

En estos supuestos, la esfera jurídica del representado no resulta perjudicada porque, por esencia, la donación supone un incremento patrimonial del donatario y una disminución del patrimonio del donante⁶².

⁶¹ Señala Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 210, que la autocontratación será válida por lo menos en dos supuestos concretos: cuando exista autorización del representado y cuando «se da una total inexistencia de incompatibilidad de intereses entre representante y *dominus negotii* con plena exclusión de la posibilidad de riesgo de abuso o conflicto».

⁶² Como señalan Díez-PICAZO L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 2001, p. 306, SAVIGNY vio la esencia de la donación «en un empobrecimiento del patrimonio del donante y un correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario». Véase también ROCA I TRÍAS, «Contratos traslativos del dominio a título gratuito: La donación», en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001, p. 411.

No obstante, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario a los artículos 618 y ss.», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993, p. 1574, considera que también habrá donación cuando falte totalmente el enriquecimiento efectivo porque exista una carga que iguale o supere al valor de lo donado, porque la esencia de la

Incluso aunque la donación sea onerosa, esto es, imponga al donatario algún gravamen o carga, no habrá conflicto de intereses entre el donante y el donatario representado por el anterior, pues, por definición, si nos encontramos ante una donación, el valor del gravamen o carga tiene que ser inferior al valor de lo donado (art. 619 CC)⁶³.

Tampoco existirá conflicto de interés aunque el donante se reserve la facultad de disponer de alguno o algunos de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos y el donatario, actuando representado por aquél, acepte esta donación⁶⁴. O bien, se reserve el usufructo donando la nuda propiedad; o done el usufructo reservándose la nuda propiedad (art. 640 CC). O, finalmente, tampoco existirá conflicto de intereses aunque el representante establezca alguna causa de reversión de la donación dentro los límites permitidos por el artículo 641 CC.

En definitiva, por la propia esencia de los negocios jurídicos gratuitos, cuando el beneficiario de los mismos sea el representado, aunque intervenga únicamente en su otorgamiento el representante, no habrá conflicto de intereses y, en consecuencia, no habrá autocontratación prohibida y deberán ser tenidas como válidas todas las consecuencias del negocio jurídico realizado⁶⁵.

El caso más típico de los negocios jurídicos gratuitos es la donación, pero el representante podría realizar válidamente otros

donación para este autor es «la de dar gratuitamente sin contraprestación». En cualquier caso, el donatario únicamente respondería de la carga hasta el valor de lo recibido.

⁶³ ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario a los artículos 618 y ss.», *op. cit.*, p. 1579, considera que en el caso «de que el gravamen absorba el valor total del bien, el acto, sin dejar de ser donación» estará sometido a la aplicación total de las reglas sobre los contratos onerosos, por no haber enriquecimiento.

⁶⁴ No obstante, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 55, señala que podría entenderse que sí que hay conflicto de intereses cuando existe reserva de la facultad de disponer sobre la totalidad de los bienes donados, puesto que el donatario tiene que pagar los impuestos correspondientes a la donación, más los gastos y tributos que conlleva la propiedad y, sin embargo, puede verse privado de la cosa donada.

A nuestro entender, los gastos y tributos que conlleva la propiedad no deben considerarse como perjuicios del donatario, pues son inherentes a la posibilidad de uso y disfrute de las cosas que integra el derecho de propiedad. Distinto es el caso del impuesto de donaciones. De cualquier manera, si no se llegara a hacer uso de dicha facultad, quedarán de propiedad del donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado el donante (art. 639 CC).

⁶⁵ En este sentido, el artículo 261 del Código Civil Portugués considera que sería válido el negocio celebrado consigo mismo cuando «*por su naturaleza excluya la posibilidad de un conflicto de intereses*». El § 181 BGB no exceptiona de la autocontratación prohibida el caso de la donación o los negocios jurídicos gratuitos, sin embargo, como señala WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 248, «hoy se reconoce que para todos los negocios exclusivamente ventajosos para los representados hay que configurar *praeter legem* una tercera excepción a la prohibición de autocontratación del § 181 BGB». Véase también ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, *op. cit.*, p. 479, que se refiere a los negocios «que sólo aportan una ventaja jurídica al representado».

contratos en beneficio del representado que son normal o esencialmente gratuitos: así, podría realizar un contrato de comodato (art. 1740 CC) siempre que el representante ocupara la posición de comodante y el representado la de comodatario; podría recibir en depósito una cosa del representado con la obligación de guardarla y custodiarla sin pactar precio por ello (art. 1760 CC); podría realizar un préstamo sin interés al representado y aceptarlo en nombre de éste (art. 1740 CC); o podría ceder en precario alguna finca rústica o urbana de su propiedad al representado (cfr. artículo 1750 CC y 250.1.2.º LEC).

De igual modo, el representante podría concertar en nombre del representado algún otro contrato que no fuera normal o esencialmente gratuito, pero en el que no se hubiera establecido retribución alguna a su favor. Así, podría celebrar en nombre del representado un contrato (atípico) de prestación de servicios sin retribución, en el que el representante fuera el prestador de los servicios y el representado el beneficiario de los mismos.

En todos estos casos, aunque formalmente existe autocontratación (el representante actuará en su propio nombre y en nombre y representación del representado), sin embargo, al no existir conflicto de intereses entre las posiciones jurídicas de representante y representado esta actuación deberá entenderse válida y producirá la totalidad de sus efectos jurídicos, de tal manera que si, posteriormente a la perfección del contrato, el representante quisiera desvincularse del mismo, únicamente podrá conseguirlo con el consentimiento del representado.

En este sentido, y en un supuesto de representación legal, se pronunció la STS de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3430).

En el caso resuelto por esta sentencia, un padre donó en escritura pública la nuda propiedad de tres fincas a sus hijos menores de edad por partes iguales y en proindiviso, reservándose el usufructo vitalicio para sí y para su mujer. El propio donante, en nombre de los hijos menores y como representante legal de los mismos aceptó la donación. Al cabo del tiempo, el padre donante pretendió revocar las donaciones alegando, en primer lugar, que se trataba de donaciones *mortis causa* y, por lo tanto, revocables y, además, que se había incurrido en la figura de la autocontratación. Se desestimaron ambas pretensiones.

En lo que se refiere a la autocontratación, señala la sentencia que el Código Civil limita la necesidad de defensor judicial a aquellos supuestos en los que exista incompatibilidad o contradicción entre el padre y el hijo, por lo que debe entenderse la plena validez representativa de la actuación del padre cuando no existe dicha

contradicción, y en el caso contemplado «ni se dice cuál sea esa oposición de intereses entre el padre recurrente y los hijos demandados, ni en qué consista el perjuicio que con un acto esencialmente lucrativo, como la donación, haya podido inferirse a éstos, que por otra parte, y alcanzada ya su mayoría de edad, serían los únicos asistidos del derecho de invocarlos».

2.2 **Negocios jurídicos cuya reglamentación haya sido predis- puesta por el *dominus negotii* o se establezca sin interven- ción del representante**

Tampoco existirá conflicto de intereses en el contrato celebrado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado si los elementos esenciales del contrato en cuestión hubieran sido preestablecidos por el representado, o bien se hubiera indicado que los fijara un tercero ajeno al representante, o se tratara de contratos en los que determinados elementos se establecen por imposición legal o por determinadas cotizaciones oficiales⁶⁶.

Así, por ejemplo, no existirá autocontratación prohibida cuando el representante compre lo que el representado le ordenó vender, pero el precio de las mercancías se establezca de modo oficial o con relación a determinado índice ajeno al control del representante: precio en relación a la cotización máxima en bolsa en un determinado día; precio medio que resulte de una campaña en la zona a la que se refiera el contrato, etc. (cfr. art. 1448 CC)⁶⁷.

⁶⁶ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 213; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 153, que se refiere a los contratos normados y a los contratos en masa; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», op. cit., p. 346; ALFARO AGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», op. cit., p. 6; CABANAS TREJO, R., «Comentario a la RDGRN de 14 de mayo de 1998», *La Notaría*, junio 6/1998, p. 361.

⁶⁷ Véase LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., «Comentario al artículo 1459», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 905.

Problemático sería, por tanto, el supuesto de venta de una vivienda de protección oficial sin desafectar, puesto que, formal y legalmente, el precio está tasado pero el tráfico jurídico demuestra que esta limitación legal no se cumple. Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular es pendular e incierta, y últimamente ha basculado desde entender la nulidad parcial del contrato de compraventa en cuanto al precio fijado [STS de 15 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1442)], a entender que el contrato valdrá civilmente y, por lo tanto, el vendedor podrá exigir al comprador el precio convenido aunque sea superior al tasado legalmente, con independencia de las consecuencias administrativas que pueda comportar la infracción de vender la vivienda por encima del precio máximo legal [SSTS de 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9771) y 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5225)]. Sin embargo, la STS de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3027) ha declarado la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos de arrendamiento de VPO que establecían rentas superiores a las permitidas por la legislación, con inquietantes consecuencias prácticas; véase al respecto CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Madrid, 2010, p. 741.

Si la referencia fuera a la cotización en un día determinado en el que existiera una cotización máxima y mínima, y no se hubiera establecido que el precio se referirá a la cotización máxima, parece que por las reglas aplicables en nuestro ordenamiento jurídico el precio debería ser la media entre las dos cotizaciones (*arg. ex art. 1167 CC*).

Tampoco existirá autocontratación si el precio de los productos fue determinado previamente por el representado al ordenar la venta, o bien se estableció su fijación por un tercero ajeno al control del representante (*cf. art. 1447 CC*).

En todos estos supuestos, como se ve, la intervención del representante en la fijación de la reglamentación del contrato queda total o sustancialmente restringida y, por lo tanto, no pudiendo el representante establecer de modo unilateral el programa obligacional del contrato, sino que el mismo estará previamente establecido o será fijado de modo heterónomo, parece que también en estos casos se evita el conflicto de intereses y, en consecuencia, deberá considerarse válido el negocio celebrado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado⁶⁸.

En este sentido se pronuncia la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455). En el caso resuelto por la DGRN, una persona otorgó poderes a otra para que actuara en su nombre en la constitución de una sociedad, pero no le otorgó poderes para autocontratar o para incurrir en conflicto de intereses.

El representante concurrió a la constitución de la sociedad en su propio nombre y en nombre y representación del representado.

El Registrador Mercantil suspendió la inscripción por «no prever el poder la posibilidad de autocontratación».

La DGRN entiende que en este caso no hay conflicto de intereses, pues aunque no se había autorizado expresamente la autocontratación, todos los elementos esenciales de la sociedad estaban previamente determinados por el poderdante y, en consecuencia, se eliminó dicho conflicto.

Dice la Resolución:

«[E]s generalmente admitida la viabilidad de la autocontratación cuando aquel riesgo lo asume el representado o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen. Se dará el primer supuesto cuando el potencial perjudicado haya consentido o autori-

En estos casos, evidentemente, habrá que estar a la realidad de las cosas y entender que el representante no puede adquirir la vivienda de protección oficial del representado por el precio establecido en la legislación.

⁶⁸ El artículo 1395 Codice Civile establece que será válido el contrato celebrado consigo mismo cuando «*el contenido del contrato esté determinado de tal modo que se excluya la posibilidad de conflicto de intereses*».

zado a su representante para autocontratar o actuar como representante múltiple, siendo un claro ejemplo de ello en el ámbito mercantil la licencia al comisionista que excluye la prohibición de autoentrada del artículo 267 del Código de Comercio. Y habrán desaparecido los riesgos por la previa concreción que de su posición en el negocio haya hecho el representado a través de la determinación de sus elementos o, al menos, de aquellos en los que pudiera darse el conflicto de intereses, al punto de hacer intrascendente la identidad de las restantes partes que intervengan en el mismo.

Y ésta es la situación que se da en el supuesto que ahora se contempla. La parte representada otorgó poder especial para serlo en la constitución de una concreta sociedad, con fijación de su capital, las participaciones en que habría de estar dividido y las que la representada habría de asumir, señalando igualmente cuál habría de ser su desembolso y el medio de realizarlo, extremos todos ellos a los que se atuvo en su actuación el apoderado. En esta situación el que el apoderado pase también a ser parte en el contrato como socio fundador, en modo alguno supone un riesgo para el representado, pues aunque en cuanto a otros extremos del mismo negocio como el fijar el contenido de los estatutos o el nombramiento de administrador las facultades conferidas eran genéricas, son éstos parte del contenido negocial donde no puede apreciarse de entrada un riesgo para el apoderado desde el momento en que no tienen ya el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que forman parte de su contenido organizativo que queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la Junta general, carácter que se da en concreto al nombramiento de administrador, y para la adopción de los cuales y en la misma representación aparece también facultado el apoderado»⁶⁹.

2.3 Actuaciones jurídicas que impliquen únicamente el cumplimiento de una obligación previa o se trate de actos de pura ejecución

Tampoco existirá conflicto de intereses cuando el representante se limite a realizar en nombre del representado y a favor del propio representante o de un tercero del que también ostente la representación, alguna actuación jurídica que simplemente suponga el cum-

⁶⁹ Como se ve, la resolución entiende que no hay conflicto de intereses aun cuando las cláusulas autorizadoras de la redacción de los estatutos fueran genéricas. Sin embargo, como bien señala OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El autocontrato en la constitución de sociedades...», *op. cit.*, p. 239, el conflicto de intereses entre representado y representante podría producirse siempre que «por vía estatutaria se altere o asimétrice la proporcionalidad entre la participación social y los derechos políticos y económicos inherentes a la misma, o siempre que se establezcan o regulen de manera asimétrica las obligaciones de los socios». En el mismo sentido, CABANAS TREJO, R., «Comentario a la RDGRN de 14 de mayo de 1998», *op. cit.*, p. 362.

plimiento de una obligación previamente establecida por el representado, o bien se trate de actos de pura ejecución⁷⁰.

En estos casos nos encontramos ante el mero cumplimiento por el representante de una obligación válida y previamente establecida por el representado, por lo que aun cuando se incurra en autocontratación no habrá conflicto de intereses (por ejemplo, el pago de una deuda vencida, líquida y exigible).

En este sentido, el § 181 BGB admite que el representante pueda concertar un negocio consigo mismo en nombre del representado cuando dicho negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.

La justificación del precepto es clara. Como señala el Prof. Wacke «puesto que el representante debe con todo cumplir su obligación, y a tal efecto puede ser forzado también judicialmente, no es de temer en este sentido un conflicto de intereses»⁷¹.

Por ello, la cuestión no es tan sencilla cuando nos referimos al pago de una obligación natural, de una deuda prescrita, al pago anticipado o por compensación⁷².

Respecto de estas situaciones, a nuestro entender, existirá autocontratación prohibida en la realización por el representante de todos aquellos pagos que no sean exigibles de modo inmediato, bien porque el derecho no concede acción para reclamarlos (obligaciones naturales), bien porque la acción ha prescrito o porque todavía no ha llegado a nacer⁷³.

2.4 Autorización del *dominus negotii* para que el representante pueda autocontratar

En el ámbito de la representación voluntaria u orgánica también quedará excluido el conflicto de intereses entre representante y representado y, por lo tanto, podrá aquél celebrar negocios consigo

⁷⁰ En este sentido, DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 346, se refiere al supuesto en el que el representante se limita a «elevar a públicos acuerdos ya adoptados y certificados por un órgano social no integrado exclusivamente por él mismo, del cual emana la voluntad contractual».

⁷¹ WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 247, quien afirma que esta excepción a la prohibición de autocontratación ya estaba presente en el Derecho romano clásico.

⁷² DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

⁷³ ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, *op. cit.*, p. 477, entiende que también hay que excluir que exista estrictamente el cumplimiento de una obligación en la dación en pago, o en las obligaciones aún no vencidas, no accionables o desvirtuadas por una excepción, a menos que el representante en su cualidad de tal no pague, sino que se limite a recibir.

mismo en nombre de éste, cuando el representado le hubiera autorizado para ello⁷⁴.

Como hemos indicado anteriormente, en este tipo de representación el interés que se pretende proteger al prohibir los supuestos de autocontratación es un interés meramente particular o privado, que debe concretarse esencialmente en que el representado tenga conocimiento efectivo de la actuación que puede desplegar en su nombre el representante⁷⁵.

Por lo tanto, si el *dominus negotii* autorizó al representante para realizar algún negocio jurídico aun cuando existiera conflicto de intereses entre ambos o incurriendo en supuestos de autocontratación, los recelos que pueden manifestarse en punto a la aceptación del autocontrato quedan disipados, pues el propio representado consintió la actuación del representante a pesar de la existencia del conflicto de intereses y, por lo tanto, tratándose de derechos disponibles por el representado, el negocio jurídico debe ser válido.

Por ello, el artículo 267 CCo permite al comisionista encargado de vender comprar para sí las mercancías objeto del encargo si tuviere licencia del comitente para ello⁷⁶.

Y, aunque el artículo 1459.2 CC no contemple la misma excepción para el mandatario encargado de vender, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el precepto es norma dispositiva y, por lo tanto, si el mandatario está autorizado para autocontratar, será válida la compra que haga de los bienes que le encargaron vender⁷⁷.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., pp. 209 y 210; el mismo autor en «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», op. cit., p. 657; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 88; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», op. cit., p. 347; BLASCO GASCÓ, F., «Comentario a la DGRN de 20 de noviembre de 1989», op. cit., p. 38; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., pp. 275 y 294; GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», op. cit., p. 268; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Comentario al artículo 1713», op. cit., pp. 2978 y 2979; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Suficiencia del poder: Autocontratación, negocio indirecto», *RJN*, núm. 8, 1993, pp. 210 y 211; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», op. cit., p. 553.

⁷⁵ La RDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933) dice: «[L]a doctrina mayoritaria interpreta los artículos 1459.2.º del Código Civil y 267 del Código de Comercio como preceptos concordantes, de lo que se desprende que el comitente o el mandante se hallan investidos desde luego del poder jurídico de autorizar previamente o de ratificar la autocompra verificada por sus respectivos comisionistas o mandatarios, ya que tales previsiones legales se dirigen únicamente a proteger intereses privados que no pueden oponerse a la libre reglamentación que de los mismos ordenen sus titulares». Véase también la RDGRN de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483).

⁷⁶ En idéntico sentido, el artículo 1395 Codice Civile permite la autocontratación cuando el representado lo hubiera autorizado específicamente. También salvan la autocontratación cuando hay autorización del representado el § 181 BGB y el artículo 261 del Código Civil Portugués.

⁷⁷ GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, J., «La prohibición de compra a los encargados de vender...», op. cit., p. 461, considera que la excepción contenida en el artículo 267 CCo para que el comisionista pueda comprar para sí no obedece a una «razón

En este sentido, la STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2584) dispone:

«La sentencia recurrida simplemente aplica el artículo 6.3.º CC, lo cual esta Sala no puede aceptar en coherencia con su doctrina de que el mandante puede autorizar previamente la autocontratación o ratificar posteriormente lo hecho por el mandatario. Si la norma es imperativa (no otro es el presupuesto del artículo 6.3º), no tiene sentido que mediante esa autorización o ratificación pueda quedar sin efecto; o el artículo 1459.2.º es norma imperativa o es dispositiva, lo que es inadmisibles que sea una cosa y al mismo tiempo su contraria. Además, el propio legislador demuestra que no tiene naturaleza imperativa, al permitir en el artículo 267 Código de Comercio la llamada “autoentrada” del comisionista»⁷⁸.

En consecuencia, estando el representante autorizado para autocontratar o realizar negocios incluso en los supuestos de conflicto de interés con el representado, el negocio realizado incurriendo en autocontratación será, en principio, válido.

Con claridad, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) señala:

«[E]s generalmente admitida la viabilidad de la autocontratación cuando aquel riesgo lo asume el representado o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen. Se dará el primer supuesto cuando el potencial perjudicado haya consentido o autorizado a su representante para autocontratar o actuar como representante múltiple, siendo un claro ejemplo de ello en el ámbito mercantil la licencia al comisionista que excluye la prohibición de autoentrada del artículo 267 del Código de Comercio»⁷⁹.

de derecho particular o de clase profesional», sino a «razones generales a un tiempo de equidad y de eficacia en beneficio del tráfico jurídico y de los mismos interesados», y, en consecuencia, esta licencia también podría otorgarse en el supuesto previsto en el artículo 1459.2 CC.

Véanse también SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Comentario al artículo 1459», en PASQUAU LIAÑO, M., (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. II, Granada, 2000, p. 2624; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1459», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2001, p. 1687; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., «Comentario al artículo 1459», *op. cit.*, p. 905; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 111; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 50 y 117; POU AMPUERO, F., «Autocontrato», *RJN*, núm. 55, 2005, p. 213; RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁸ Igualmente, la RDGRN de 29 de abril de 1993 (RJ 1993, 3010) considera que el artículo 1459.2 CC es un precepto que admite que los interesados pacten lo contrario. Véase el comentario a esta resolución de DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., «Comentario a la RDGRN de 29 de abril de 1993», *op. cit.*, p. 365.

⁷⁹ En idéntico sentido se pronuncian las RRDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933); 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483) y 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865). Véanse también las SSTs de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 7322) y de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058), con abundante cita jurisprudencial.

El representante que autocontrató no se habrá extralimitado en el ejercicio del poder de representación que se le otorgó, pues se le concedió licencia para incurrir en autocontratación.

Cuestión diversa es que pueda producirse un caso de abuso del poder de representación, es decir, un supuesto en el que se ejercita el poder de representación de manera desviada respecto de la finalidad o los intereses que motivaron el otorgamiento del poder⁸⁰.

En este sentido, la RDGRN de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7927) estima el recurso contra la negativa del registrador a inscribir un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos en el que únicamente compareció el alimentante. La resolución entendió que en este caso el autocontrato estaba autorizado por el poder, que permitía ejercer las facultades contenidas en el mismo «aunque se incida en la figura jurídica de la autocontratación». Sin embargo, la resolución advierte de lo siguiente:

«Naturalmente cuanto antecede no implica que el hecho de haber concedido tal dispensa no permita la posibilidad de que el poderdante –o, en su caso, sus herederos– reaccione ante el posible abuso que cometa su representante al autocontratar, por cuanto que aquél tiene abierta la vía jurisdiccional para impugnar los negocios abusivos que haya podido concertar su apoderado, ya que la dispensa no puede ser interpretada como una renuncia anticipada al ejercicio de las acciones correspondientes»⁸¹.

Este abuso al que nos referimos, evidentemente, puede producirse tanto en el ejercicio de los poderes de representación que conceden licencia para incurrir en autocontratación como en todos los demás que no conceden esa autorización⁸².

⁸⁰ Como señala Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado, op. cit.*, p. 198, «el abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante». Véanse también LEÓN ALONSO, J., «Comentario al artículo 1714», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 1537; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria, op. cit.*, p. 279; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, Granada, 2000, p. 27; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3, Barcelona, 1984, p. 304, que se refiere al ejercicio del poder «en contra del interés del dominus, o al margen de sus instrucciones, aun dentro de los límites del poder».

En supuestos de autocontratación, véanse las SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4764) y 8 de enero de 2007 (RJ 2007, 812).

⁸¹ En idénticos términos puede verse la RDGRN de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483).

⁸² Por ejemplo, el caso del cónyuge que utilizando los poderes generales de su consorte otorgados recíprocamente en el momento inicial del matrimonio y en los que, como ocurre normalmente, se incluye la facultad de donar bienes del poderdante, dona bienes de éste a la persona con la que actualmente mantiene el apoderado una relación sentimental extramatrimonial [véase, sin embargo, la STS de 4 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10389)].

En principio, el negocio jurídico concluido por el apoderado dentro de los límites formales del poder de representación debe ser válido frente a terceros aunque el representante hubiera incurrido en abuso del poder de representación o ejercicio desviado del mismo y ello con independencia de las consecuencias que en la relación interna entre representado y representante pueda producir la actuación de este último. Sin embargo, en aquellos casos en los que el tercero fuera consciente o hubiera debido conocer que el ejercicio del poder de representación se ejercitaba de manera inadecuada, el negocio debería ser ineficaz⁸³.

Por el contrario, el representante voluntario u orgánico que no estuviera autorizado para ejercer sus facultades incurriendo en autocontratación no podrá celebrar contratos consigo mismo en nombre de su representado, pues, como hemos visto, la regla general es que la atribución de las facultades en los poderes de representación o en la normativa que resulte de aplicación no autoriza al representante para intervenir en los supuestos en los que exista conflicto de intereses.

En este sentido, la RDGRN de 22 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7937) dice:

«Y para el supuesto en que concurre esta figura (el conflicto de intereses), es doctrina consolidada que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. En la defensa de intereses contrapuestos es regla, confirmada por el artículo 267 del Código de Comercio que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades

Recientemente, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Apoderamiento y donación (El mandato general para donar “*cui voles et quid voles*”», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente Montés Penadés*, t. I., Valencia, 2011, pp. 1273 y ss., manifiesta serias y fundadas dudas sobre la validez y eficacia del poder general e ilimitado que incluye la facultad de donar bienes del poderdante. No obstante admitir la difícil compatibilidad entre la ilimitada delegación para donar (*qui voles et quid voles*) con los caracteres propios del *animus donandi* que deben concurrir en toda donación (de ahí que el artículo 778 Codice Civile, establezca que es nulo el mandato que otorgue la facultad de designar la persona del donatario o de determinar el objeto de la donación), seguramente los problemas prácticos no se producen tanto por las facultades concretas que se incluyen en el poder (que podrían referirse también a la realización de donaciones en nombre del poderdante, si es que, de verdad, lo deseara éste), sino por la ligereza e innecesaria amplitud con que normalmente se otorgan dichos poderes en el tráfico, lo que se compadece mal con los intensos efectos patrimoniales que dicho apoderamiento puede producir al poderdante. Así, no es infrecuente que para autorizar a una persona a comparecer en nombre de otra en un contrato específico (por ejemplo, en la compraventa de una vivienda) se otorguen poderes generales con varias páginas de facultades absolutamente innecesarias para lo que se pretende, ni que luego dichos poderes se guarden en cajones, a la espera de un incierto destino.

⁸³ Ineficacia que Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 199, configura como un supuesto de nulidad por causa ilícita.

correspondientes da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1259 y 1727.2 del Código Civil).»

Adviértase que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (en base a la cuestión sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a una misma persona la representación de intereses contrapuestos) (...) Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 7933]), el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. respecto de esta última precisión, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956; 22 de febrero de 1958, y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10481]). Se trata así de evitar que el apoderado, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de su principal y los suyos propios, objetivo legal éste del que existen diversas manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)».

En idéntico sentido, la RDGRN de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865) señala:

«[E]s doctrina firme que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. Como la persona que tiene el doble cometido de vender y comprar debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el artículo 267 del Código de Comercio) que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo por falta de poder (cfr. artículo 1259 del Código Civil)»⁸⁴.

⁸⁴ En idéntico sentido, la RDGRN de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8822) dice: «[P]ara estos supuestos (autocontratación) es doctrina sentada que en la atribución genérica de esos poderes o facultades (por muy precisas que sean) no está comprendido el

2.4.1 Forma y contenido de la autorización

No exige el artículo 267 CCo que la autorización otorgada por el comitente al comisionista para poder incurrir en autocontratación conste en forma determinada. Por ello, y por la aplicación general del sistema de libertad de forma previsto en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1278 CC) entendemos que, si no existe norma específica que obligue a llenar forma determinada (cfr. arts. 162 y 220 LSC), la autorización del *dominus negotii* podrá ser tanto expresa como tácita, derivada esta última de hechos concluyentes (*facta concludentia*) de los que necesaria y directamente se derive que la voluntad del representado fue la de autorizar la posibilidad de que el representante en su actuación representativa pudiera incurrir, incluso, en autocontratación⁸⁵.

Cuando la autorización sea expresa será suficiente con que la facultad de autocontratación aparezca especificada con claridad como una modalización o un particular contenido del poder otorgado al representante⁸⁶.

En este sentido puede verse la RDGRN de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7927). La resolución resuelve un recurso en el que el registrador se negó a inscribir una cesión de bienes a cambio de alimentos realizada por el hijo actuando en representación de su

caso en que en la compraventa haya autocontratación y precisamente porque en la operación están en oposición de intereses una y otra parte. Como la persona que tiene este doble cometido —vender, comprar— debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el artículo 267 del Código de Comercio), que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado en nombre de los dueños y al tiempo de la sociedad sería considerado como acto nulo por falta de poder (cfr. artículo 1259 del Código Civil). Y como en los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia de poder, cabe la ratificación de las personas en cuyo nombre se otorgó. En el presente caso parece obligada la ratificación de ambas». Véase también la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931).

⁸⁵ Como señala Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 211, es posible pensar en alguna voluntad tácita autorizadora de la autocontratación «especialmente cuando sea conforme con los usos de los negocios generalizados en el correspondiente ramo o sector de que se trate». En este sentido, véanse los ejemplos indicados por FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 955 y 956. También ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, op. cit., pp. 475 y 476, admite la autorización tácita e, incluso, entiende que la misma debe suponerse, por lo regular, cuando es habitual en el tráfico. Igualmente admiten la autorización tácita DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 107; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», op. cit., p. 110; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., p. 294; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., pp. 200 y 278.

En contra, ÁLVAREZ CAPEROCHECHI, J. A., «Comentario al artículo 1713», op. cit., p. 2980, entiende que para que el autocontrato pueda producir efectos es preciso que la autorización del representado conste en poder expreso. De igual modo, refiriéndose al autocontrato en el ámbito societario, RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, op. cit., p. 101.

⁸⁶ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 211; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 98.

madre a través de un poder general en el que se le permitía incidir en la figura de la autocontratación. El registrador entendió que no podía autorizarse la autocontratación en un poder general. La resolución estima el recurso.

En lo que aquí interesa, dice la resolución:

«[L]a autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la licencia o dispensa del poderdante, sin que sea preciso que tal licencia o dispensa reúnan especiales requisitos de forma.»

En idéntico sentido, la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 7322), dispone:

«[S]in que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza, este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la jurisprudencia de esta Sala»⁸⁷.

La facultad para autocontratar o incurrir en conflicto de intereses no constituye un tipo autónomo de apoderamiento (no hay un poder para autocontratar, como sí lo hay para vender), sino que modaliza las facultades otorgadas en el propio poder⁸⁸.

En la representación voluntaria, tanto será válida una autorización concreta para el negocio jurídico que se pretenda realizar como una autorización genérica (como suele ser lo habitual), en la que se indique que el apoderado queda autorizado para ejercitar las facultades conferidas en el poder aun cuando incurra en autocontratación o incida en conflicto de intereses⁸⁹.

En los casos de doble o múltiple representación, la autorización válida para evitar el conflicto de intereses deberá ser emitida por todos y cada uno de los representados⁹⁰.

⁸⁷ Véanse también la STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058) y la RDGRN de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483).

⁸⁸ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., «Comentario a la STS de 15 de marzo de 1996», *CCJC*, núm. 42, 1996, p. 906; DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 211; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁹ En este sentido, RRDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933) y 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483). Véanse también HERRANDO DEPRIT, M., «Sobre el autocontrato. Criterios de la DGRN», *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, www.elnotario.com, núm. 2, julio-agosto 2005, p. 2; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., «Comentario a la RDGRN de 29 de abril de 1993», *op. cit.*, p. 366; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, p. 295.

⁹⁰ NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 106; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 17; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, p. 19.

2.4.2 Especialidades de la autorización en la representación orgánica

En el ámbito de la representación orgánica, en las sociedades de capital es la junta general la que tiene el poder de conceder la autorización o licencia para que el administrador pueda incurrir en autocontratación o ejercer sus facultades representativas aun cuando incidiera en conflicto de intereses con la sociedad representada⁹¹.

Así se desprende de algunos preceptos que se refieren a los supuestos de autocontratación en el ámbito societario.

En efecto, el artículo 220 LSC señala: «En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general». También el artículo 162 LSC exige el acuerdo de la junta para conceder préstamos o créditos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a los administradores.

Por ello, no sería válido el supuesto en el que el administrador de una sociedad otorgara poderes de representación permitiendo al apoderado autocontratar o incidir en conflicto de intereses con la sociedad representada.

Si el administrador único no puede autocontratar con la sociedad sin autorización de la junta general, tampoco puede autorizar al apoderado para que lo haga. El órgano competente para hacerlo es la junta general de la sociedad y no el administrador⁹².

Véase también la RDGRN de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10491), y, refiriéndose a la ratificación posterior de todos los representados, la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (1993, 3931).

⁹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 6; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 106; RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, pp. 18 y 19; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

Sin embargo, RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *La Notaría*, enero 01, 1999, p. 416, entiende que en los supuestos de existencia de consejos de administración puede emanar de éstos la autorización y no, necesariamente, de la junta general.

⁹² En este sentido, la RDGRN de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3053) resolvió un supuesto en el que el administrador único se pretendía otorgar poderes de representación a sí mismo en los que autorizaba la autocontratación. La Resolución desestimó el recurso señalando, en primer lugar, que no es posible la concesión por parte del administrador único de la sociedad de un poder a favor de sí mismo para representar a aquélla otorgándose facultades que ya ostentaba por razón de su cargo, haciendo referencia a las RRDGRN de 24 de junio de 1993 (RJ 1993, 5323) y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9448). Y, en lo que ahora interesa, señaló que no «cabe admitir que, como ocurre en este caso, al socaire de una representación voluntaria se estén autoatribuyendo a una persona facultades, como la de autocontratación, de las que en su condición de administrador carecería».

Y es que, como señala la RDGRN de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5945), «el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la

En principio, el acuerdo de la junta general autorizando la autocontratación del representante deberá adoptarse por mayoría simple (cfr. arts. 198 y 201 LSC), salvo que en los estatutos se hubiera previsto una mayoría cualificada para otorgar esta autorización o licencia al administrador⁹³.

Por la necesidad de adoptar un acuerdo para conceder la autorización al representante, es discutible que en el ámbito de la representación orgánica pueda valer una autorización tácita, es decir, derivada de hechos de la sociedad representada de los que se desprenda inequívocamente la voluntad de ésta (de su junta general) de conceder licencia a su representante para autocontratar o ejercer sus facultades incluso incurriendo en conflicto de intereses⁹⁴.

Igualmente, es discutible si en el ámbito de la representación orgánica puede valer una autorización de carácter genérico o, por el contrario, la junta tiene que autorizar de manera concreta cada supuesto en los que pueda incurrir en autocontratación o conflicto de intereses el representante de la sociedad.

La doctrina, de modo claramente mayoritario, entiende que la autorización de la junta tiene que concederse para cada concreto negocio jurídico⁹⁵.

estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. respecto de esta última precisión, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2.º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)». Véase también la RDGRN de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7946).

⁹³ NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 106; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, p. 20; MARIMÓN DURÁ, R., *La Asistencia Financiera...*, *op. cit.*, p. 150.

En las sociedades de responsabilidad limitada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 190 LSC, si el administrador es socio, su voto deberá ser excluido del acuerdo y sus participaciones deberán ser deducidas del capital social para el cómputo de la mayoría.

⁹⁴ En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, *op. cit.*, p. 101, entiende que «el acuerdo que autoriza el autocontrato es inconciliable con una posible aceptación derivada de hechos concluyentes, presuntivos de la voluntad social y constitutivos, en suma, de autorización tácita».

⁹⁵ Véase NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 107, que señala diversas razones para oponerse a la autorización genérica; RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, *op. cit.*, p. 103, entiende que la capacidad de la autorización para evitar el conflicto de intereses se resentiría si no se otorgara específicamente; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, p. 20.

Esta afirmación parece coherente con lo establecido en el artículo 162 LSC, que exige que la autorización de la junta general sea mediante «*acuerdo concreto para cada caso*».

No obstante estas reticencias doctrinales, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido que también en el ámbito de la representación orgánica puede ser genérica la licencia o autorización para que el representante pueda incurrir en autocontratación⁹⁶.

En este sentido, la RDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933) resuelve un supuesto en el que una misma persona, administrador único de dos sociedades de responsabilidad limitada, vende una finca de una de las sociedades a la otra. Se acompañan certificaciones de sendas juntas universales de ambas sociedades en las que, por unanimidad, se autoriza al administrador genéricamente a autocontratar. El registrador suspendió la inscripción de la venta por entender que era necesaria autorización concreta para el acto a realizar. El notario recurre y la DGRN estima el recurso.

Dice la resolución:

«La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina científica y la de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de junio de 2004 [RJ 2004, 5483]) refiriéndose a la actuación de los apoderados, en los supuestos de representación voluntaria, han concluido que debe admitirse la autocontratación siempre que el apoderado esté autorizado expresamente para autocontratar, aunque tal autorización sea genérica, sin necesidad de que se trate de un poder concreto o para un acto determinado. Siendo ello así, no existen razones para concluir que, en el supuesto de representación orgánica, en el que la Junta específica o aclara que el poder del Administrador único incluye los supuestos de autocontratación no deba seguirse el mismo criterio.»

2.4.3 *Momento en el que debe concederse la autorización para autocontratar*

A nuestro entender, la autorización para dotar de validez al autocontrato necesariamente tiene que ser anterior al negocio jurídico realizado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado.

Si la autorización se otorga por el *dominus negotii* una vez perfeccionado el contrato, en realidad no estaremos ante un supuesto de autorización de la autocontratación sino ante un caso de ratificación (posterior) del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para ello (art. 1259 CC).

⁹⁶ HERRANDO DEPRIT, M., «Sobre el autocontrato...», *op. cit.*, p. 2.

Aunque aparentemente parezca que los efectos que producen ambas situaciones (autorización previa o ratificación posterior) son los mismos, pues la ratificación tendrá eficacia retroactiva⁹⁷, sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas situaciones que impiden, a nuestro entender, equipararlas.

En primer lugar, a efectos fiscales no existirá retroactividad, por lo que el impuesto de transmisiones patrimoniales se devengará con la ratificación y no con la perfección del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para su celebración.

Por lo tanto, si el negocio se hubiera autorizado previamente por el *dominus negotii* el impuesto se habría devengado en el momento mismo de su perfección por el representante (art. 49.1 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones) y, en caso de ratificación, el impuesto se devengará en el momento de la ratificación (art. 49.2 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones)⁹⁸.

En segundo lugar, aunque posteriormente se ratificara el negocio jurídico incurrido en autocontratación realizado sin autorización previa del *dominus negotii*, parece que el representante que celebró dicho negocio habrá infringido el artículo 1714 CC y, en su caso, el artículo 1459.2 CC, con las consecuencias en orden a la responsabilidad del mandatario que ello pueda acarrear (cfr. art. 1726 CC). Por el contrario, si el representante estaba autorizado, dichas infracciones no se produjeron.

Por otra parte, en el caso de autorización previa, es posible que el *dominus negotii* inste la nulidad del negocio jurídico realizado por su representante con abuso de poder, esto es, por la utilización

⁹⁷ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., pp. 238 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», op. cit., p. 331; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», op. cit., p. 17; RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», op. cit., p. 417.

Por el contrario, GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», op. cit., pp. 269 y 270, entiende que los efectos de la ratificación del «autocontrato celebrado con oposición de intereses y sin autorización del representado» no son retroactivos, el negocio, dice, «se entenderá confirmado, no desde su fecha, sino desde la de la ratificación (*ex nunc*, no *ex tunc*)».

⁹⁸ El artículo 49.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, bajo la rúbrica, «*Devengo*», dispone: «2. Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquiera otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan».

Por lo tanto, hallándose la adquisición del *dominus negotii* en una situación de pendencia hasta su ratificación, sólo se devengará el impuesto en el momento en el que el representado ratifique el acto realizado sin su autorización.

Por el contrario, si el negocio contara con la previa autorización del *dominus negotii* se aplicaría el artículo 49.1 que establece que el impuesto se devengará: «a) En las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado; b) En las operaciones societarias y actos jurídicos documentados, el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen».

desviada del mismo en relación con la finalidad para la que se otorgó. Sin embargo, en el caso de ratificación, una vez realizada ésta, el representado ya no podrá instar la nulidad por abuso de poder, pues habrá consentido de modo expreso el concreto negocio jurídico realizado en su nombre por el representante.

Finalmente, aunque, como decimos, la ratificación tiene eficacia retroactiva, hay que tener presente que lo que en ningún caso podrá hacer es perjudicar los derechos de terceros de buena fe adquiridos entre el negocio jurídico realizado por el representante y la ratificación posterior [SSTS de 22 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7621) y 12 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8821)]⁹⁹.

Por ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado que, a efectos registrales, esta retroactividad en ocasiones no se va a producir y, por lo tanto, si se presenta para su inscripción el negocio jurídico que incurra en autocontratación celebrado por el representante sin autorización, se suspende esta inscripción, y posteriormente se inscribe la ratificación¹⁰⁰, frente a terceros a los que pueda producir perjuicio, la fecha que se deberá tener en cuenta es la de la inscripción de la ratificación (en realidad, la de su asiento de presentación, cfr. artículo 24 LH) y no la del asiento de presentación del negocio jurídico no autorizado.

En este sentido se pronunció la RDGRN de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10481). En el supuesto contemplado en esta resolución, el 25 de abril de 1995 se celebró contrato de compraventa de una finca entre dos sociedades que tenían los mismos consejeros delegados mancomunados.

En el contrato de compraventa intervinieron en representación de las sociedades compradora y vendedora sendos apoderados cuyos poderes para comprar y vender, respectivamente, fueron otorgados en la misma notaría, el mismo día de la venta, por los dos consejeros delegados mancomunados de las sociedades compradora y vendedora.

La escritura de compraventa se presentó en el Registro el día 17 de mayo de 1995, causando el correspondiente asiento de presentación.

⁹⁹ Para mayor detalle, véase COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 512 y ss.

¹⁰⁰ Como señala NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 126, la ratificación debe originar su propio asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, porque no se trata meramente de un documento complementario del que contiene el negocio jurídico ratificado, sino que es un «otorgamiento sustancial y autónomo que incorpora su propia declaración de voluntad». En idéntico sentido, RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *op. cit.*, p. 417.

El día 31 de mayo de 1995 se anotó preventivamente sobre la finca vendida una demanda en ejercicio de acción reivindicatoria interpuesta por un tercero.

Y el día 26 de junio de 1995 se elevaron a público los acuerdos de las juntas generales universales de las sociedades vendedora y compradora ratificando la escritura de compraventa de 25 de abril de 1995 (que se había presentado al Registro el 17 de mayo).

Presentada al Registro la escritura de ratificación de 26 de junio de 1995, los presentantes solicitaban la inscripción con la prioridad resultante del asiento de presentación (que no había caducado) causado por la escritura de venta de 25 de abril.

El Registrador deniega dicha inscripción con la prioridad solicitada.

La DGRN desestima el recurso en estos términos:

«[D]e conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 del Código Civil, esa nulidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado (en el caso debatido debe ser ratificado por ambas sociedades representadas), si bien es evidente que la misma no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero. Del mismo modo que sin ratificación expresa o tácita, lo actuado por el representante con poder insuficiente no producirá ningún efecto en la esfera jurídica del representado, y ello sin necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad de un acto que hasta entonces se reputaría válido (cfr. arts. 1725 y 1727 del Código Civil), tampoco puede pretenderse, en perjuicio de tercero, una eficacia retroactiva por la ratificación; se opone a ello no sólo el rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado sino, sobre todo, la regla básica de inexistencia de contrato sino desde que media, entre otros elementos sustanciales, el consentimiento de los contratantes (cfr. arts. 1261 y 1262 del Código Civil), produciéndose sus efectos a partir del momento de su perfección (cfr. art. 1258 del Código Civil).»

3. SUPUESTOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA AUTO-CONTRATACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL

En el ámbito de la representación legal existen varios preceptos que prohíben la actuación del representante cuando existe conflicto de intereses con el representado.

Así, el artículo 162.2.º CC señala que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, pero se exceptúan de dicha representación los actos «en que exista conflicto de intereses entre los padres y el

hijo». Y el artículo 163 CC señala que cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo se le deberá nombrar a éste un defensor judicial. Por su parte, el artículo 221 CC prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: «1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras 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».

Por lo tanto, de igual modo a como hemos visto para la representación voluntaria, habrá que determinar en qué casos queda excluido el conflicto de intereses entre el representante legal y el representado a los efectos de poder admitir como válido algún supuesto de autocontrato.

Los casos de autocontratación que no supongan conflicto de intereses entre representante y representado deberán admitirse, pues el negocio jurídico realizado no va a redundar en perjuicio de los derechos del representado, que es lo que pretende garantizar la normativa tuitiva que hemos transcrito. Antes al contrario, alguno de ellos (por ejemplo, la donación), será indiscutiblemente beneficioso para el representado.

Algunos de los supuestos en los que puede admitirse la validez del autocontrato en los casos de representación legal son similares a los que hemos visto al estudiar la representación voluntaria. Pero otros, por razones obvias, no podrán concurrir en los supuestos de representación legal.

Así, por definición, no cabrá la autorización del representado para que el representante legal pueda autocontratar. En los casos que estamos contemplando el representado es un menor de edad o una persona incapacitada y, por lo tanto, no es posible que emita válidamente autorización de ningún tipo (art. 1263 CC).

De igual modo, tampoco cabrá la posibilidad de que el negocio jurídico otorgado por el representante legal en su propio nombre y en nombre del representado hubiera sido predispuesto previamente por el menor o el incapacitado y el representante se limite a darle cumplimiento¹⁰¹.

Sin embargo, parece claro que no existirá conflicto de intereses entre representante y representado cuando aquél realice un negocio jurídico gratuito en beneficio del representado (menor o incapacitado) y lo acepte en nombre de éste.

¹⁰¹ Salvo los supuestos en los que el incapacitado, con anterioridad a la declaración de incapacidad, hubiera establecido o prefigurado las bases del negocio jurídico.

Por lo tanto, si se tratara del otorgamiento de un negocio jurídico gratuito en el que el beneficiario fuera el representado, debe entenderse que el representante no incurrirá en autocontratación prohibida. Así, como vimos, se afirmó en la STS de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3430).

De igual modo, entendemos que el representante legal también podrá actuar válidamente en su propio nombre y en nombre y representación del representado cuando se trate de realizar un negocio jurídico simplemente declarativo, sin trascendencia patrimonial directa o indirecta.

Así, por ejemplo, valdrá el negocio jurídico de división y adjudicación de herencia realizado por el representante legal del menor o incapacitado actuando en su propio nombre y en nombre de su representado si la partición de la herencia no se realiza adjudicando bienes concretos sino cuotas ideales sobre todos y cada uno de los bienes y derechos del caudal relicto en proporción a las cuotas hereditarias de cada uno de los herederos.

En este caso, no parece que la posición del representante sea opuesta a la del representado y, en consecuencia, entendemos que debería valer el negocio jurídico a pesar de la concurrencia manifiesta de autocontratación¹⁰².

Por el contrario, sí que podrán existir conflictos de intereses en la formación del inventario de los bienes integrantes del caudal relicto, sobre todo si hay que liquidar previamente la sociedad de gananciales del cónyuge difunto como paso previo a la división de la herencia del causante.

En este caso habría que determinar qué bienes son gananciales y cuáles privativos de los esposos y, evidentemente, en esa concreción está latente un manifiesto conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite y los herederos del causante, que normalmente serán sus hijos y, si son menores de edad, estarán representados por el cónyuge supérstite¹⁰³.

También habrá conflicto de intereses cuando no sean todos los bienes del caudal relicto los que se adjudiquen en proindiviso ordinario entre los herederos interesados (menores o incapacitados y sus representantes legales), sino sólo alguno de ellos, sin hacer referencia a los demás¹⁰⁴.

¹⁰² En este sentido, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 91, con cita de las RRDGRN de 10 de enero de 1994 y 6 de febrero de 1995.

¹⁰³ ESPÍÑEIRA SOTO, I., «Autocontrato. Epicentro: Conflicto de intereses», www.notariosyregistradores.com, 11 de noviembre de 2004.

¹⁰⁴ En este sentido, la RDGRN de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4121) revocó el auto del TSJ y confirmó la nota de la registradora en un supuesto en el que un heredero (sin poder para autocontratar) intervino en la partición hereditaria representando, ade-

Por el contrario, entendemos que podría valer la actuación del representante legal en la división de la cosa común aunque tanto él como su representado fueran comuneros si la división se realizara mediante su adjudicación a un tercero o a otro comunero a cambio de precio. En estos casos no parece que exista conflicto de intereses y, en consecuencia, el representante legal podría ejercer válidamente la representación¹⁰⁵.

IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DEL AUTOCONTRATO NO PERMITIDO

El Código Civil español no determina qué efectos jurídicos producirá el negocio concluido por el representante legal o voluntario incurriendo en conflicto de intereses con su representado o autocontratación no permitida¹⁰⁶.

A nuestro juicio, deben diferenciarse los supuestos de representación orgánica y voluntaria y los supuestos de representación legal.

En los supuestos de representación orgánica y voluntaria entendemos que cuando el representante incurre en conflicto de intereses o autocontratación no permitida está celebrando un negocio para el que no tiene poder de representación y, por lo tanto, debería

más, a otro heredero. El notario limitó el recurso respecto de la suspensión de la inscripción de una finca que se había adjudicado por partes iguales en proindiviso, aunque existían más bienes en la herencia.

La resolución reitera la doctrina general en materia de autocontratación, señalando que «la regla general es la de que el representante no puede actuar en este supuesto y únicamente lo puede hacer cuando está expresamente autorizado para ello, o esté autorizado para el acto específico en donde existe dicha contraposición, o bien, por la forma de actuar del representado (v. gr. cuando en una partición de herencia se adjudican a los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias todos los bienes que componen la misma), resulta haberse resuelto con imparcialidad dicha representación». Sin embargo, en este caso no es válida la actuación del representante que incurrió en autocontratación porque no estaba autorizado para autocontratar y, aunque el recurso se limitara a la inscripción de la finca que se adjudicó por partes iguales, no salva la «contraposición de intereses, pues no todos los bienes de la partición se adjudican en la misma forma, y es el negocio jurídico particional en su conjunto el que ha de calificar la Registradora».

¹⁰⁵ Véase NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁶ Por el contrario, los arts. 1394 y 1395 Codice Civile establecen la sanción de anulabilidad para los negocios jurídicos celebrados por el representante incurriendo en conflicto de intereses o en autocontratación no permitida. También dispone la anulabilidad de tales negocios el artículo 261 del Código Civil Portugués.

Al igual que en el Derecho español, tampoco establece el § 181 BGB ninguna sanción. Sin embargo, la doctrina interpreta que el precepto establece una limitación del poder del representante y, en consecuencia, el acto realizado sin su autorización (es decir, extralimitándose del poder de representación) no sería nulo sino ratificable por el *dominus negotii*. Véanse HEINRICHS, H., «§ 181», en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 1995, p. 175; FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 944.

aplicarse el artículo 1259 CC, que prevé de modo expreso esta situación.

Como hemos defendido en este trabajo, el poder de representación que se tenga sobre una persona no autoriza con carácter general para ejercer las facultades representativas concedidas por el representado o establecidas por la ley incurriendo en conflicto de intereses o autocontratación¹⁰⁷.

Así, el contrato celebrado por el representante sin tener la suficiente autorización podrá ser ratificado por el representado, pero si no lo ratifica no producirá ningún efecto, 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 representado¹⁰⁸.

A nuestro entender, aplicar a este supuesto el régimen jurídico de la anulabilidad, como se establece de modo expreso en otros ordenamientos jurídicos y, por influencia de éstos, ha defendido la doctrina española más reciente¹⁰⁹, obliga a tener que actuar al representado que, o bien interpone la demanda de anulación frente al negocio jurídico realizado indebidamente en su nombre por el representante, o verá como dicho negocio queda confirmado por el mero transcurso del tiempo.

¹⁰⁷ TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato...», *op. cit.*, p. 383; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 5; FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 944. Respecto de la representación orgánica, PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *op. cit.*, p. 237, señala que «es criterio común excluir del ámbito de la representación del administrador la posibilidad de “autocontratar” y, por tanto, es opinión también común entender que, si en el caso concreto concurren los requisitos del “autocontrato prohibido”, el administrador debe contar con la “específica autorización”».

¹⁰⁸ En este sentido se pronuncian DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 214; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 124; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 349; HERRANDO DEPRIT, M., «Sobre el autocontrato...», *op. cit.*, p. 3; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», *op. cit.*, p. 334; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 17; VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones (los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *RJN*, núm. 18, 1996, p. 139.

¹⁰⁹ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 165 y ss., entiende que la sanción a este negocio jurídico debería ser la de la anulabilidad. En idéntico sentido se pronuncia RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...», op. cit.*, pp. 252, 260, 276 y 319, que entiende que puede establecerse una sanción general de anulabilidad para todos los casos en que se produzca autocontratación no permitida, tanto en el ámbito de la representación orgánica o voluntaria como en el ámbito de la representación legal, con la única excepción del caso contemplado para el tutor en el artículo 221.1 CC, que la autora entiende que debería sancionarse con la nulidad absoluta por obedecer la norma a otros principios que los restantes párrafos del mismo precepto (pp. 277 y ss.). También defienden la sanción de la anulabilidad BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, p. 295; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 227 y 240 para el autocontrato en general y, para la autocontratación en la comisión mercantil, p. 293; y TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 166.

Más aún, el negocio jurídico anulable hasta que recaiga la declaración judicial de nulidad despliega la totalidad de sus efectos entre las partes del mismo (en este caso, entre el representante y el *dominus negotii* que no autorizó al primero para autocontratar).

Por ello, producirá también las consecuencias fiscales que le sean propias, y el representado (que no autorizó el negocio jurídico) resultará sujeto pasivo de los impuestos que graven el negocio, en especial del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que, de entenderse que el negocio es simplemente anulable, se devengaría en el momento de su perfección por el representante sin autorización para autocontratar (arts. 2.1 y 49.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados)¹¹⁰.

Por otra parte, aun cuando se admitiera que el plazo para el ejercicio de la acción de anulación fuera de cuatro años, por ser el establecido con carácter general para todo tipo de anulabilidad¹¹¹, no parece claro el *dies a quo* de este plazo. ¿Desde cuándo debería empezar a correr el plazo para la interposición de la acción? ¿Desde la perfección del negocio jurídico por el representante, desde su consumación, desde que lo supo el representado, desde que cesó la representación?¹¹²

Además, de aceptarse la sanción de anulabilidad, el contrato se mantendría en una situación de incertidumbre jurídica durante un tiempo que, en ocasiones, podría ser excesivo, sobre todo si se aceptan las tesis que defienden también la anulabilidad para el autocontrato en el ámbito de la representación legal¹¹³, pues se supone que habría que esperar a la mayor edad del representado o a la adquisición de su plena capacidad para que éste pudiera ejercer la acción de anulabilidad y entre tanto el negocio jurídico realizado por su representante legal incurriendo en autocontratación produciría la plenitud de sus efectos jurídicos.

¹¹⁰ El artículo 2.1 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dice: «El Impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia». Y el artículo 49.1 a) señala que el impuesto se devengará: «En las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado».

¹¹¹ Plazo que debería ser de caducidad, arg. ex artículo 1301 CC.

¹¹² Sobre esta cuestión no se pronuncian con claridad los autores que con mayor amplitud y énfasis defienden la anulabilidad de estos negocios jurídicos realizados en régimen de autocontratación. Así, ni LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., pp. 238 y ss., ni DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., pp. 188 y ss., hacen referencia alguna al *dies a quo*. Tampoco hemos visto la cuestión en los otros autores que defienden la anulabilidad. Por su parte, RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, op. cit., p. 370, señala que el plazo deberá contarse desde la fecha del acto o contrato o desde que se tuvo conocimiento de él.

¹¹³ Esta tesis es defendida por RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, op. cit., pp. 260 y 413.

Finalmente, es evidente que la anulabilidad en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido para declarar la ineficacia de algunos contratos en los que concurren los requisitos esenciales previstos en el artículo 1261 CC, pero adolecen de «*alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*» (art. 1300 CC).

Y, por ello, como afirma el Profesor Rivero, no se debería asimilar el negocio ratificable al negocio anulable. Como señala este autor, el negocio anulable posee todos los elementos esenciales, aunque alguno de ellos esté viciado, mientras que el negocio realizado por una persona sin poder o sin poder suficiente para actuar en nombre de otra no está completo, le falta algo imprescindible y esencial: el consentimiento del *dominus*, que es lo que le proporcionará la ratificación posterior. Por ello, el negocio realizado por el *falsus procurator* no debería producir efecto alguno 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, además, el negocio ratificable no debería precisar de impugnación para que no resultara afectado el *dominus negotii*¹¹⁴.

No parece, por tanto, que el supuesto que estamos contemplando, en el que falta el consentimiento del representado al negocio que se concluyó indebidamente en su nombre, case bien con el diseño legal de la anulabilidad que se ha establecido en nuestro Derecho¹¹⁵.

¹¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Naturaleza y situación del contrato del «falsus procurator»», *ADC*, 1976, pp. 1071 y 1134 y ss. Señala también el Profesor RIVERO que la celebración de un contrato en nombre de tercero sin poder o excediéndose del poder conferido es una suerte de negocio incompleto, imperfecto o en vías de formación, parte de un cierto camino negocial todavía no concluido, pues falta que recaiga el consentimiento del *dominus negotii* para que el negocio se perfeccione y pueda producir efectos. En tanto negocio todavía incompleto no puede producir los típicos efectos negociales del negocio concreto como si su *iter* estuviera acabado (lo que no impide que pueda producir algún otro efecto menor), efectos negociales completos que, por el contrario, produciría si se entendiera que este negocio celebrado sin poder de representación suficiente fuera meramente anulable. El mismo autor en «La representación», *op. cit.*, p. 329. Véanse también DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *op. cit.*, p. 417, y ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss., donde estudia las diversas teorías sobre el negocio concluido por el *falsus procurator* (nulidad, anulabilidad, eficacia condicionada, etc.) y entiende que la teoría más adecuada es la de el negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación. Un análisis exhaustivo de las distintas teorías sobre la consideración del negocio concluido por el falso representante puede verse en COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 279 y ss., que considera el negocio ratificable como un negocio incompleto, en situación de pendencia, al encontrarse en vías de formación (p. 351).

¹¹⁵ Sin embargo, el artículo 42 de la Ley de Cooperativas estatal, aunque propiamente no regula un supuesto de autocontratación, pues se refiere también a personas que normalmente no ostentarán ninguna representación de la cooperativa, exige acuerdo de la asamblea general cuando la cooperativa tuviera que obligarse con cualquier consejero, interventor o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afini-

Por el contrario sí, como creemos, fuera de aplicación el artículo 1259 CC, el representado no debería hacer nada para que no le afectara el negocio celebrado sin su autorización.

Simplemente, el negocio no le sería oponible ni le vincularía (art. 1727 CC). Evidentemente, tampoco existiría tal vinculación a efectos fiscales, pues no se devengaría el impuesto de transmisiones patrimoniales sino en el momento y para el caso de que finalmente el representado ratificara el negocio celebrado en su nombre sin su autorización (art. 49.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones)¹¹⁶.

Y, si quisiera aceptarlo, bastaría con ratificarlo en cualquier momento, sin que la ley establezca plazo alguno para ello, porque al no existir tercero de buena fe implicado en el negocio jurídico que desconozca que la actuación del representante se realizó sin poder (recuérdese que nos encontramos ante un supuesto de autocontratación y, por lo tanto, las partes del negocio jurídico celebrado son el propio representante y el representado), el negocio jurídico no podría revocarse¹¹⁷, puesto que es evidente que el representante (que es el único que intervino en el negocio, en su propio nombre y en nombre de su representado) conocía que no tenía poder suficiente para autocontratar¹¹⁸.

dad, no pudiendo el socio incurso en esta situación de conflicto tomar parte en la correspondiente votación. Posteriormente, de modo expreso, la norma indica que la sanción a los actos, contratos u operaciones realizados sin la mencionada autorización será la anulabilidad, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

A nuestro entender, esta norma (sancionadora) no puede ser aplicada por analogía a supuestos distintos de los previstos en ella. El precepto establece directamente una sanción ante el incumplimiento de unas exigencias establecidas en la propia norma.

¹¹⁶ Recuérdese que el precepto señala que cuando la efectividad de la adquisición de bienes estuviera limitada por cualquier causa, se entenderá producida el día en que dichas limitaciones desaparezcan, y en ese momento se devengará el impuesto.

¹¹⁷ En contra, parece que LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 241, admite la posibilidad de que el representante que ha realizado la autocontratación pueda revocar su propio acto antes de la ratificación del *dominus*.

¹¹⁸ Como señala Díez-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1259», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, p. 441, con la expresión revocación de la parte contratante parece que el legislador quiere aludir al conjunto de medidas de defensa del interés del tercero que, según el ordenamiento jurídico, protejan a éste, por lo que, como afirma SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», *op. cit.*, p. 526, no parece justificada la revocación cuando el tercero sabe que el representante actúa sin poder. Véanse también Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 233; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 101.

En cualquier caso, deben dejarse a salvo siempre las exigencias de la buena fe y del ejercicio tempestivo de los derechos (cfr. art. 7.1 CC), que también deberán aplicarse para la ratificación del *dominus negotii*. Con carácter general, respecto de la necesidad de que la ratificación sea emitida en un tiempo prudencial, véase COLÁS ESCANDÓN, A. M.^º, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 447 y 448.

Sólo en el caso de la revocación del poder para autocontratar ignorada por el apoderado podría considerarse que el apoderado deba ser considerado tercero a los efectos del

Además, esta ratificación podría realizarse tanto de manera expresa como tácita, valiendo como tal el aprovechamiento de los efectos del negocio jurídico que se pretende ratificar (art. 1727.II CC)¹¹⁹.

De manera decidida, la DGRN ha entendido aplicable el artículo 1259 CC a los supuestos de autocontratación no permitida, considerando que el negocio jurídico realizado es ratificable.

En este sentido, la RDGRN de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865) dice:

«Adviértase que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales (si el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses de los representados que sufren peligro en los casos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos). Esta *ratio* y la doctrina de que los poderes son de interpretación estricta apoyan la solución enunciada para el caso ahora planteado. Como en los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia del poder, cabe la ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1259.2.º y 1727 del Código Civil), en este caso, por las partes representadas.»

En parecido sentido, la RDGRN de 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4191), en un caso en el que el poder no autorizaba para autocontratar por quien lo hizo (el administrador de una sociedad), dice:

«[D]ebe confirmarse la insuficiencia del poder para el negocio realizado, el cual, conforme al artículo 1259 del Código Civil, será nulo a no ser que lo ratifique la parte a cuyo nombre se ha otorgado. En este supuesto bastará la ratificación de los cónyuges hipotecantes ya que sólo respecto de ellos se ha producido la extralimitación de las facultades concedidas»¹²⁰.

Por el contrario, cuando la autocontratación o la actuación del representante en conflicto de intereses con el representado

artículo 1738 CC. En este sentido se pronuncia, TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato...», *op. cit.*, p. 386.

¹¹⁹ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 227; el mismo autor en «Comentario al artículo 1259», *op. cit.*, p. 440; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 206 y 284; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», *op. cit.*, p. 331; COLÁS ESCANDÓN, A. M.³, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 369 y 467 y ss.; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», *op. cit.*, p. 536; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en las notas a ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, en ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Vol. II, Barcelona, 1981, p. 510.

¹²⁰ Véanse también las RRDGRN de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8822) y de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931).

se producen en el ámbito de la representación legal, a nuestro juicio la sanción adecuada al negocio jurídico debe ser la nulidad absoluta¹²¹.

Debe tenerse presente que estamos refiriéndonos exclusivamente a los supuestos de autocontratación no permitida, por lo que, evidentemente, todos los contratos concluidos por el representante legal en su propio nombre y en nombre del representado en los que no exista conflicto de intereses entre ambas posiciones jurídicas deberán ser válidos. Así, como hemos visto, valdrán los negocios gratuitos en los que el beneficiario sea el representado o cualesquiera otros que únicamente le puedan beneficiar, los negocios meramente declarativos, etc.

Se trata de la infracción de normas imperativas (arts. 162.2, 163 o 221 CC) que se han establecido en consideración de un interés de orden público y, por lo tanto, la infracción de dichas normas debe producir como consecuencia la nulidad del negocio jurídico al no haber establecido el ordenamiento jurídico un efecto distinto para el caso de su contravención (art. 6.3 CC).

Más aún, a nuestro entender, el negocio podría ser nulo no sólo por infracción de una norma imperativa sino también porque desde el punto de vista estructural podría considerarse que padece un defecto causal, ya que tiene una causa ilícita («*es ilícita la causa que se opone a las leyes o a la moral*»¹²²) y, en consecuencia, debería

¹²¹ En contra, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 94 y 95, entiende que en todos los casos del artículo 221 CC el negocio jurídico realizado en contravención de la norma no es nulo, sino simplemente ratificable.

Por su parte, RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, *op. cit.*, p. 260, entiende que el negocio jurídico realizado con infracción de las normas establecidas en sede de representación legal sería anulable, al igual que defendía para los autocontratos no permitidos que se produjeran en el ámbito de la representación voluntaria. No obstante, en los casos contemplados en el artículo 221 CC relativos a la representación del tutor, la autora afirma que en el primer supuesto (art. 221.1.º CC) la sanción sí que sería la nulidad absoluta y en el resto de casos la sanción sería la general de anulabilidad.

En cualquier caso, como señala ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal...*, *op. cit.*, p. 78, la sanción a los actos realizados en el ámbito de la representación legal existiendo conflicto de intereses es una cuestión discutida en la doctrina y en la jurisprudencia. Así, se defiende, como hacemos nosotros, la nulidad absoluta por infracción del artículo 6.3 CC; la anulabilidad; o, incluso, la aplicación en estos casos también del artículo 1259 CC, como hace la autora citada, que considera que en estos supuestos de actuación del representante legal en conflicto de intereses con el representado no se infringe una prohibición legal, sino «una serie de garantías y cautelas puestas en interés del menor».

¹²² Como señalan Díez-PICAZO L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 489, la causa es ilícita, desde luego, cuando se opone a la ley, pero también «cuando vulnera principios inspiradores del orden jurídico y de la vida comunitaria». Véase también AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1275», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 488, que se refiere a la ilicitud de la causa cuando «la finalidad perseguida por el acto sea precisamente contraria a la que la ley reconoce o permite de manera que admitir la validez del acto así realizado suponga dejar sin efecto la sanción legal», y más adelante se refiere a los «principios éticos de convivencia social vigentes en una sociedad determinada (...) lo inmoral sería así lo que resulta éticamente inaceptable para la convivencia social».

aplicarse también el artículo 1275 CC para decretar su nulidad, pues no parece que actúe de conformidad con las convicciones sociales imperantes en nuestra sociedad el padre que, teniendo un manifiesto conflicto de intereses con su hijo menor de edad, concluye un contrato en su propio nombre y en nombre de su hijo, como representante legal del mismo. A nuestro entender, la sola celebración por el padre de este contrato –en el que el beneficio de una de las partes parará necesariamente en perjuicio de la otra–, en nombre propio y del menor representa un riesgo para el menor que no debe aceptarse, máxime cuando la superación del conflicto es fácil, pues basta nombrar para ese concreto acto un defensor judicial.

