

## El autocontrato en las sociedades mercantiles

### 1. Concepto

En un sentido descriptivo hay autocontrato o contrato consigo mismo cuando en un negocio jurídico una de las partes es representada por una persona que al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como contraparte (autocontrato), o bien ambas partes contratantes son representadas por la misma persona (doble representación); o tratándose de un contrato plurilateral varias partes son representadas por una misma persona (múltiple representación).

Vamos a verlo en unos ejemplos. Habrá **autocontrato en sentido estricto** cuando un administrador único interviene en una escritura de compraventa como vendedor y al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como comprador.

En cambio, se dará la **doble representación** cuando en una escritura de compraventa intervenga una misma persona como administrador único de la parte vendedora y como administrador único o apoderado de la parte compradora. Por último la **múltiple representación** se dará por ejemplo, en un contrato constitución de una sociedad limitada cuando una misma persona interviene en su propio nombre y derecho y representación de los demás socios.

Por supuesto estos ejemplos pueden darse no sólo en la representación orgánica sino también en la voluntaria (cuando la representación tiene su origen en un mandato) y en la legal (por ejemplo uno de los padres actúa por sí y por su hijo en ejercicio de la patria potestad).

En definitiva, de la definición formulada resultan dos conceptos diferentes pero hermanados: la autocontratación y la doble o múltiple representación. Pues bien, la doctrina del autocontrato se aplica por extensión a los casos de doble o múltiple representación. De manera que en sentido amplio, cuando hablamos de autocontrato prohibido incluimos también el caso de doble o múltiple representación.

### 2. Requisitos del autocontrato prohibido

Siguiendo a NAVARRO VIÑUALES son los siguientes:

- Que exista una sola declaración de voluntad, y no la contraposición de voluntades típica de todo contrato.
- Que mediante el negocio se pongan en relación económica dos o más masas patrimoniales distintas.
- Que entre tales patrimonios puestos en relación comercial exista o pueda existir un conflicto de intereses. Que se dará en aquellos supuestos en los que la satisfacción del representante supone, como consecuencia natural, el sacrificio del representado. Posturas antagónicas que no pueden ser atendidas a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada. O bien expresado gráficamente el conflicto de interés equivale a peligro de daño; no puede haber beneficio para el representante sin daño para el representado.

El requisito del **conflicto de intereses** es elemento clave para que el autocontrato sea ilícito o prohibido. El ejemplo paradigmático es el de la donación; en el caso de que un administrador único donara un bien de su propiedad a una sociedad mercantil, nos encontramos que teóricamente hay autocontrato, ya que en la escritura de donación interviene una única persona en dos conceptos diferentes; como donatario aceptando la donación en su cualidad de administrador único de la sociedad y como donante en su propio nombre y derecho.

Pero en este caso a pesar de haber autocontrato, el mismo no está prohibido ni es ilícito, toda vez que no hay conflicto de intereses, y no lo hay porque no hay peligro de daño, precisamente porque el recibir un bien sin cargas por donación nunca puede ser un daño, sino un beneficio.

En todo caso debemos dejar claro que de la numerosa jurisprudencia y de los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado se llega a la conclusión de que el **autocontrato será admisible** cuando **no** haya **conflicto de intereses** o bien, aunque exista el mismo, medie **autorización del representado**

Vamos a examinar ambas circunstancias.

1) Respecto a la **ausencia de intereses contrapuestos**, no concurren cuando existe un contenido contractual predeterminado o neutral que solamente suponga ejecución del contrato por parte del representante («nuntius» o ejecutor de actos decididos por voluntad ajena) o resulte ya elegida por el representado la persona con quien se ha de ejecutar, o bien las condiciones del contrato puedan determinarse de forma objetiva con un mecanismo o automatismo ajeno a la voluntad de las partes (por ej., determinación del precio según precios oficiales o de mercado en mercados de cotización corriente o fluida; previa concreción de los elementos esenciales del contrato, como precio, finca, persona del comprador o vendedor).

Asimismo, no se presentará conflicto de intereses cuando se trate de intereses concurrentes que pueden ser coincidentes, paralelos o comunes, e incluso, distintos, siempre que se trate de intereses que sean compatibles.

Por último, destacar que en los casos en que se duda si hay o no autocontrato prohibido, la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado suelen concluir que habrá autocontrato ilícito y resolver contra la validez del negocio.

2). Cuando a pesar de concurrir intereses contrapuestos el **representado hubiera autorizado el autocontrato**. Esta autorización puede ser genérica o específica, pero debe poder deducirse de manera inequívoca, y debe ser en principio expresa, aunque también se admite que pueda formularse tácitamente, especialmente cuando sea conforme con los usos de los negocios generalizados en el correspondiente ramo o sector de que se trate o pueda deducirse de los términos del apoderamiento o del contrato de gestión.

En todo caso, no hay olvidar que el hecho de que el representante haya sido autorizado para autocontratar únicamente elimina la posibilidad de impugnar el negocio jurídico ejecutado por el representante por autocontrato, pero no impide que sea atacado por abuso de poder (que daría lugar a un caso de anulabilidad por dolo) en aquellos supuestos en que el representante amparado por la autorización para autocontratar procediera de mala fe.

### 3. Sanción aplicable al autocontrato prohibido

La doctrina ha discutido cuál es la sanción aplicable al autocontrato prohibido. Se ha calificado de un negocio nulo, anulable o incompleto. Vamos a examinar las diferentes posiciones.

#### a) Acto nulo de pleno derecho

Se basa en que en el autocontrato falta el consentimiento exigido por el CC art.1.261. Y en la aplicación del CC art.6.3 que declara que **los actos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva son nulos de pleno derecho**, ya que en el autocontrato ilícito se están incumpliendo normas imperativas, que serán bien los preceptos que aisladamente regulan casos de autocontrato prohibidos, o bien para aquellos casos no expresamente regulados, la vulneración de un principio general de carácter imperativo (el deber de diligencia e imparcialidad del representante, o la interpretación restrictiva de los poderes que en principio sólo se entienden concedidos para contratar con terceros).

Sin embargo, la postura de la nulidad de pleno derecho ha sido cuestionada por la doctrina, ya que es distinto el **interés jurídico protegido** en los distintos ámbitos. Mientras que en la **representación legal** prima una razón de orden público, como es la protección de menores e incapacitados, por lo que es defendible la nulidad absoluta; en la **representación voluntaria** y orgánica, lo que se trata es de proteger el interés del poderdante, por lo que no es tan justificable la defensa de la nulidad.

Además como dice DÍEZ-PICAZO la tesis de la nulidad tiene dos **inconvenientes** prácticos: que impediría que al representado ratificar y que permitiría reclamar su nulidad a cualquier persona, incluido el autocontratante, que es obvio que está vinculado por lo que ha realizado.

#### b) El autocontrato prohibido es un acto anulable por concurrir dolo

Toda vez que habrá abuso de poder, pues se emplea el poder en contra de su finalidad.

Sin embargo, esta posición es rechazada ya que supone que el autocontrato surtiría efectos mientras que el representado no solicitara su anulación. Y por la diferencia entre abuso de poder y autocontrato ya que como dice FERNANDEZ LOZANO, el abuso de poder **supone una utilización del poder conferido, ajustándose a las instrucciones dadas y dentro de los límites del mismo, pero contraria claramente a la finalidad para el cual fue concedido**. Mientras que el autocontrato prohibido es una actuación fuera de los límites aunque no necesariamente contraria a la finalidad del poder. Y como dice DIAZ de ENTRE-SOTOS se detecta **antes** del ejercicio del poder; mientras que el abuso se aprecia **después**.

#### c) Acto jurídico incompleto

El negocio incompleto es aquel al que le falta alguno de los elementos que son necesarios para que surta plenos efectos. Se basa en la idea que puede ser revocado, ratificado o permanecer incompleto, y por tanto ineficaz. En esencia es muy similar al **negocio nulo**, pero con la peculiaridad de que al completar el elemento que le falta surtirá efectos como si de un negocio valido se tratara. Sin

embargo, el negocio nulo es nulo siempre y no puede ser sanado, si se pretende arreglarlo deberá celebrarse un nuevo negocio.

Veamos un **ejemplo**, una donación en documento privado de un inmueble no puede posteriormente elevarse a público, sino si se quiere sanar deberá celebrarse una nueva donación. En cambio en el supuesto de que una persona actúe sin poder cabe que posteriormente se ratifique por el representado de manera que quedará sanada la ineficacia del negocio realizado por el **falso representante**.

La teoría del autocontrato como negocio incompleto se basa en aplicar el CC art.1259.2 que regula el caso de quien actúa sin poder o poder insuficiente; en definitiva el autocontratante carece de poder suficiente porque no estaba autorizado para autocontratar.

Es la postura seguida por la mayoría de la doctrina, y ha sido acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia TS 19-2-01, y por la DGRN Resol 11-12-97 y 2-12-98, recientemente la de 12-2-12; si bien, no siempre utilizan la expresión de «negocio incompleto» sino de «negocio nulo», como la Resol DGRN 12-2-12 que nos dice **que el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1.259 y 1.727.2ª del Código Civil)**. Aunque no diga que es un negocio incompleto, lo cierto es que se está refiriendo al mismo, a pesar de denominarlo «nulo»; ya que si de verdad fuese nulo no cabría la posibilidad de su ratificación. Ya que la ratificación es una forma de «sanación del negocio ineficaz» y de nuestro Código civil se deduce que no son sanables los negocios nulos, ya que no son confirmables (CC art.1310) ni caduca la acción de nulidad (CC art.1301 a sensu contrario).

En cuanto a la **ratificación** por parte del representado del negocio incompleto debemos destacar dos ideas:

1ª En el caso de **doble o múltiple representación**, como nos dice la Resol DGRN 2-12-08, la ratificación deberá provenir de cada uno de los representados.

2º Respecto a los **efectos** de la ratificación: la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia (TS 12-12-89 y Resol DGRN 2-12-98) defienden que tiene la ratificación efectos retroactivos, sin necesidad de pactarlo expresamente, sin perjuicio del respeto de los derechos adquiridos entretanto por terceros.

Así resulta como señala FERNANDEZ LOZANO de la aplicación analógica de lo dispuesto para las obligaciones condicionales de dar del CC art.1120 y lo dispuesto para la confirmación de los contratos en el CC art.1313. Y como sostiene DÍEZ-PICAZO por ser la solución más conforme con la voluntad de todos los interesados, pero con el límite de que la retroactividad no afectara a terceros ya que las partes pueden pactar la manera que entre ellos un acto les afectará pero no pueden pactar la manera que afectará al tercero.

## **AUTOCONTRATO EN MATERIA DE SOCIEDADES**

### **1. Planteamiento**

Vistos los perfiles generales de la figura del autocontrato debemos ahora abordar el desarrollo del mismo en sede de sociedades mercantiles. Para lo que debemos distinguir **dos momentos**: al constituirse la sociedad o durante la vida de la misma.

Si bien centraremos la parte fundamental de nuestro estudio en el autocontrato que afecta, una vez constituida la sociedad, a sus representantes orgánicos y voluntarios, vamos a continuación a hacer

una somera referencia a la autocontratación que puede concurrir en la escritura de constitución de la sociedad.

## 2. El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles

En la doctrina nos hallamos fundamentalmente con **tres posiciones**. De un lado están aquellos que sostienen que en la constitución de sociedad cuando alguno de los fundadores intervenga a través de representante siempre concurrirá autocontrato prohibido, toda vez que existen intereses contrapuestos al pretender cada socio obtener la mayor rentabilidad posible de su inversión. Otros, en cambio, entienden que no hay obstáculo para que se constituya una sociedad a través de representante

Por último se encuentran aquellos que junto a la DGRN Resol 14-5-98 sostienen que en principio en la constitución de la sociedad no habrá intereses contrapuestos sino paralelos, ya que tanto el socio representante como el representado quieren constituir la sociedad.

Por lo que como nos dice la Resol DGRN 7-7-11, **prevalecerá la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de los intereses de las partes**.

Sin embargo, habrá una serie de aspectos relacionados con la constitución de la sociedad en la que sí puede haber conflicto. Que según la Resol DGRN 14-5-98 serán aquellos que tengan carácter de **pacto contractual irrevocable**, por lo que no podrán ser modificados a través de los acuerdos de la Junta general.

Aunque habrá que atender a cada concreto, el potencial conflicto se dará en la determinación de lo que haya de aportarse a la sociedad y el modo en que el beneficio de la misma, una vez obtenido se repartirá entre los socios. En definitiva, se basa en la idea que si bien hay un interés superior, que es el de constituir la sociedad donde no puede haber conflicto de intereses, también existe el deseo individual de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo.

Siguiendo a OLAIZOLA señalaremos los diferentes **supuestos de conflicto de intereses** que pueden darse en el contrato de constitución de sociedad.

**1.** La realización de **aportaciones no dinerarias**. El conflicto se dará en la valoración que de las mismas haga el representado, sin que para el autor citado sea suficiente el informe de experto independiente, que no deja de ser una opinión, todo lo cualificada que se quiera.

Incluso doctrinalmente se sostiene que el experto debe limitarse a verificar que el bien aportado da cobertura suficiente al valor de las acciones que se asignen en pago, pero sin entrar a pronunciarse sobre cuál sea el valor real de ese bien.

**2.** Cuando el representante constituya en nombre del representado una **sociedad personalista** por cuyas deudas deba responder el mismo solidariamente. No en cambio en el caso de la sociedad anónima o limitada irregular porque aunque haya responsabilidad solidaria por la aplicación de las normas de la sociedad colectiva, ya que ello es debido a situaciones extrínsecas al contrato de sociedad.

Respecto a la sociedad en formación habrá conflicto de intereses derivado de vincular solidariamente al representado con el representante o con otro representado cuya representación también ostente el segundo, en el caso de que se trate de una sociedad anónima con capital no

íntegramente desembolsado en la que se autorice en la escritura de constitución a los administradores o a terceros para actuar en nombre de la sociedad en la fase previa a la inscripción. Lo que tiene especial interés en la práctica en aquellos casos en que se haga constar en la escritura de constitución que la sociedad comenzará sus operaciones desde fecha de otorgamiento de la misma, ya que en virtud del LSC art.37, salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa se entenderá que desde ese momento, los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

3. Cuando en la escritura de constitución se atribuyan **ventajas** a algunos de los **fundadores**, o se imponga **prima de emisión** a cargo de alguno o algunos de los socios.

4. En caso de que algunas acciones estén enteramente desembolsadas y otras **falten por desembolsar** puede existir potencial conflicto en la manera que se convenga la satisfacción de los dividendos pasivos, salvo el caso que fueran igual para todos los socios obligados al desembolso.

5. En cuanto a la determinación en los estatutos de la **posición del socio y del funcionamiento de los órganos sociales**. Como nos dice la DGRN «de entrada» no puede apreciarse un riesgo para el representado, porque **escapan al control individual del socio, al estar sometidos al poder organizativo de la Junta general, y por tanto al principio mayoritario**. Aunque CABANAS y BONARDELL lo matizan, añadiendo que no habrá conflicto de intereses **en tanto los estatutos aprobados por el representante no alteren la previsión que había hecho el representado sobre su nivel de influencia en la sociedad**. O como nos dice OLAIZOLA **el conflicto se dará siempre que por vía estatutaria se altere o asimetrice la proporcionalidad entre la participación social y los derechos políticos y económicos inherentes a la misma, o siempre que se establezcan de manera asimétrica las obligaciones de los socios, es decir no sea cualitativamente idéntica**.

Siguiendo a este autor vamos a ir analizando los diferentes **casos dudosos**:

- a) Habrá conflicto de intereses si las acciones o participaciones no confieren los mismos derechos.
- b) También cuando se limiten el ejercicio de los derechos de asistencia y voto; y incluso tratándose de una Sociedad Limitada se atribuyan privilegios relativos al derecho de socio.
- c) La creación de acciones o participaciones sin voto, ya que habrá conflicto en la misma decisión de cambiar derechos políticos por votos. Y de acciones rescatables, ya que hay un potencial conflicto en tomar la decisión de que el representado sea titular de acciones que son rescatables y por tanto confieren una condición de socio de carácter claudicante.
- d) Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones cuando las mismas no afectan por igual a todas las acciones o participaciones sociales.
- e) El establecimiento en los estatutos de determinadas causas de separación o exclusión en la medida de que con ellas se puede estar causalizando los motivos de alguno de los socios fundadores para concurrir al negocio fundacional.
- f) El establecimiento de prestaciones accesorias, salvo las que conlleven una obligación para todos los socios de realizar aportaciones dinerarias en proporción a su respectiva participación en el capital social.

6. El **nombramiento** en la escritura fundacional de los **administradores**: algunos consideran que puede existir conflicto de intereses.

Sin embargo, la DGRN entiende que en el nombramiento del administrador en la escritura de constitución no hay riesgo para el apoderado, puesto que es una parte del contrato de constitución de la sociedad que forma parte de su contenido organizativo y son modificables por ulterior acuerdo de la Junta general.

Si habrá potencial conflicto cuando el representante fije la retribución, o autorice que el administrador pueda hacer la competencia a la sociedad, o bien cuando se salve anticipadamente de la prohibición de autocontratar.

### 3. El autocontrato en la sociedad ya constituida

#### A) Planteamiento

La autocontratación, en materia de sociedades, existe cuando una persona interviene en nombre propio y como representante orgánico o voluntario de una sociedad, o bien cuando ostente la representación de dos o más sujetos en caso de doble o múltiple representación siempre que al menos uno de ellos sea una sociedad .

La justificación de su prohibición descansa en caso de los administradores en la LSC art.226 que ordena que los administradores desempeñarán su cargo **como un representante leal en defensa del interés social**.

#### REGULACIÓN

Tanto la LSA como la LSRL carecían de regulación expresa acerca del autocontrato, aunque contenían **prohibiciones** de autocontratos concretos en tres preceptos, recogidos también por el nuevo LSC:

- La llamada prohibición de competencia, impuesta a los administradores de las Sociedades Limitadas por el antiguo LSRL art.65, y extendida para todos los administradores de las sociedades de capital por el nuevo LSC art.230.
- La relativa al establecimiento o la modificación del contrato de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno de sus administradores (antiguo LSRL art.67 y actual LSC art.220),
- La asistencia financiera del actual LSC art.162, antiguo LSRL art.10.
- Además se defendía la aplicación por analogía de las prohibiciones de autoentrada del mandatario o comisionista.

La nueva LSC, sigue esta misma línea con dos **novedades** destacables. En primer lugar, de su art.227, en nuestra opinión puede inferirse una prohibición general del autocontrato en materia de sociedades, aunque quizás hubiera sido preferible mayor claridad, al decir que **los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas**. Y en segundo lugar enuncia en su art.229 una regla general acerca del conflicto de intereses en que puede incurrir el administrador, quien conforme a dicho precepto deberá **comunicar al consejo de administración** y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés

de la sociedad. La concurrencia del conflicto de intereses conllevará para el administrador afectado que «se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera». Y concluye ordenando que «las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria».

## **SUPUESTOS DE AUTOCONTRATO PROHIBIDO EN SEDE DE SOCIEDADES**

Hay que distinguir según la concreta estructura del órgano de administración.

1. Si el **órgano de administración** contrata con la sociedad actuando **en nombre propio y en representación de ésta**, surge el supuesto típico de autocontrato.

2. Si el **administrador** contrata en nombre propio con la sociedad pero ésta actúa a través de **otro administrador** con facultades suficientes, entonces no existe autocontrato ilícito, ya que no confluye el presupuesto del conflicto de intereses al desaparecer el riesgo de parcialidad y de lesión. Por tanto:

- a) Un administrador solidario puede, actuando en nombre propio, celebrar el negocio jurídico con otro administrador solidario, que representa a la sociedad.
- b) Si siendo precisa la firma de dos de los tres administradores mancomunados, actúa uno de ellos en su propio nombre y los otros dos mancomunadamente en nombre de la sociedad.

3. Si se trata del **consejo de administración**: si acuerda, actuando en representación de la sociedad, contratar con uno de los consejeros, tal negocio es admisible. Sin embargo en la votación decisoria de tal acuerdo se ha de suspender el derecho de voto a dicho consejero por encontrarse en una situación de conflicto de intereses (análogicamente con lo dispuesto por en el antiguo LSRL art.52, actual LSC art.190).

4. Tratándose de **consejeros delegados**:

- a) Si existen dos o más consejeros delegados solidarios: Uno de ellos actuando en representación de la sociedad puede contratar con otro consejero-delegado que actúa en nombre propio.
- b) Cualquiera de los consejeros-delegados solidarios, obrando en representación de la sociedad, puede actuar con otro u otros miembros del Consejo que actúan en nombre propio.
- c) El Consejero delegado puede en nombre propio contratar con la sociedad, actuando en nombre de la sociedad la persona designada por el Consejo de Administración, para ejecutar su acuerdo en el que no participará el citado consejero-delegado.
- d) También puede el consejero delegado contratar en nombre propio y en representación de la sociedad cuando ejecute un acuerdo previamente adoptado por ésta, aunque en la adopción de dicho acuerdo no habrá podido participar.

5. El caso del **representante voluntario** que comparece en nombre de la sociedad contratando con el administrador que actúa en su propio nombre: Pues bien, en principio no concurre autocontratación prohibida ya que hay dos voluntades distintas; sin embargo siguiendo a ÁVILA NAVARRO y a la Resol DGRN 21-5-93 y 2-12-98, hay que distinguir:



- Si el poder de la persona que contrata con el administrador depende de éste en su **origen** (administrador nombró al apoderado), mantenimiento (puede revocarlo cuando desee) y finalmente, en su ejercicio (el apoderado nombrado ha de ajustarse a las instrucciones que reciba del administrador concedente), entonces la relación de subordinación existente provoca que tal administrador mantenga la posibilidad de controlar tal negocio. Es decir, existe un riesgo de parcialidad en el apoderado de la sociedad porque está sujeto a la ascendencia, influencia, o si se prefiere, poder de persuasión del administrador. Por ello, aunque intervengan dos personas se produce un supuesto asimilable al autocontrato.

- Si el poder de la persona que contrata con el administrador no presenta la mencionada triple dependencia (así si el apoderado contrata con un miembro del Consejo de administración, o con uno de los administradores mancomunados; no en cambio si lo hace con el consejero delegado, el administrador único o uno de los solidarios) entonces el acto jurídico concertado no queda sujeto al régimen del autocontrato prohibido.

6. Vinculado al supuesto anterior es el caso del bien que se adquiere indirectamente, como el contemplado por una Sentencia AP Cádiz 28-7-05 en que el administrador único vendía en nombre de la sociedad un bien que era adquirido por su esposa para su sociedad de gananciales. En este caso no habría strictu sensu autocontrato aunque se podría atacar alegando que existe conflicto de intereses o que es un supuesto subsumible en el CC art.1459 que prohíbe al mandatario por sí o través de persona interpuesta comprar un bien del mandante.

7. El **socio único** puede contratar con la sociedad; es un caso de autocontrato legalmente permitido (LSRL art.128, actual LSC art.16).

## **¿A QUIÉN CORRESPONDE SALVAR EL AUTOCONTRATO PROHIBIDO EN MATERIA DE SOCIEDADES?**

Para resolver esta cuestión que carece de expresa regulación hay que diferenciar entre el administrador, el consejero delegado, y el apoderado de la sociedad.

### **1. El administrador de la sociedad**

Tratándose del autocontrato prohibido en el que incurra el representante orgánico de la sociedad, el determinar a qué órgano corresponde salvarlo incide en la respuesta que deba darse a los casos del autocontrato con el apoderado de la sociedad o con el consejero delegado.

La **postura mayoritaria** defiende que el autocontrato prohibido debe **salvarse por la junta general**. Y la jurisprudencia, entre otras TS 12-5-01 y Resol DGRN 12-2-12. Se apoyan en los siguientes argumentos:

1) Se infiere de varios preceptos de la LSC, relativos a las Sociedades Limitadas como el art.162 (asistencia financiera), y el art.220 (prestación de servicios y de obra administrador- sociedad). E incluso del art.42 de la Ley de Cooperativas.

2) Si el administrador pudiera autorizar su propio autocontrato, su actuación excedería de los actos neutros y sería contrario al objeto social.

Por último, para Fernández Lozano, el representante podrá actuar aunque no esté autorizado por la Junta General cuando la misma hubiera delimitado sus facultades de tal manera que el representante se limite a actuar como un mero «nuntius», esto es que se limite a ejecutar un acuerdo de la Junta General. No obstante en nuestra opinión lo que en este caso ocurriría es que no habría autocontrato prohibido porque no habría conflicto de intereses, al haberse salvado por la Junta General.

Respecto a la **autorización del autocontrato por la junta general**: debe concederse en acuerdo ordinario, pues nada autoriza a introducir un quórum cualificado, salvo que lo pidan los estatutos. Tratándose de una Sociedad Limitada sería aplicable por extensión el LSC art.190 (antiguo LSRL art.52) por lo que no se computaría el voto del socio que además sea el administrador cuyo autocontrato la junta general pretende autorizar.

La cuestión más debatida es si la autorización puede concederse con **carácter general**.

Un sector de la doctrina, y la DGRN Resol 26-9-1951 y 11-12-1997 niegan esta posibilidad ya que:

1) Para ÁVILA NAVARRO infringiría el CC art.1256 según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

2) El LSC art.162 permite la asistencia financiera cuando se autorice por la Junta General **mediante acuerdo concreto para cada caso**.

Sin embargo, recientemente la DGRN Resol 3-12-04 ha admitido dicha autorización genérica porque si en sede de representación voluntaria se admite **no puede ser distinta la solución para el caso de representación orgánica**.

Visto de esta manera, en principio no habría obstáculo para autorizar con carácter general el autocontrato en los estatutos sociales. Sin embargo, desde el punto de vista práctico tiene el inconveniente que para revocar dicha autorización no bastaría con la mayoría simple sino que precisaría de las mayorías reforzadas previstas para modificar los mismos.

Como hemos visto la postura sin lugar a dudas consolidada es que el autocontrato prohibido debe ser salvado por la junta general.

## 2. Consejero delegado

La doctrina respecto a qué órgano corresponde salvar el autocontrato prohibido del consejero delegado se encuentra dividida, aunque para aquellos que defienden que corresponde a la junta general respecto a los administradores, la misma solución deberían sostener para el consejero-delegado, que no deja de ser un administrador. En todo caso, para algunos corresponde al **consejo de administración**, para otros a la **junta general**, incluso algún autor propone que pueda salvarse por ambos

La representación de la sociedad compete al órgano de administración, que en este caso es un consejo de administración, de forma que completar la representación incompleta recae al órgano que ostenta dicha representación. Además es coherente con la doctrina de la DGRN Resol 26-11-2003 que declara que **la Junta General no está facultada para ratificar o autorizar la actuación del**

**consejero delegado, pues no es el órgano competente para ello. Tal competencia corresponde al consejo de Administración.**

Lo que ocurre es que si la junta general sana el conflicto de intereses con la sociedad que confluía en el consejero delegado ya no habrá autocontrato prohibido. De manera que indirectamente se habrá autorizado el mismo.

### **3. Apoderado voluntario de la sociedad**

Se discute quién debe autorizar el autocontrato prohibido en que incurra el apoderado de la sociedad; o bien la junta general, o bien el órgano de administración.

Una parte de la doctrina y la DGRN Resol 3-12-04 y 18-7-06 sostienen que corresponde conceder dicha autorización a la junta general, ya que el administrador no puede autorizar al apoderado lo que no se puede autorizar a sí mismo.

Además podría aducirse que corresponde siempre a la junta general salvar el autocontrato prohibido en el que incurra cualesquiera de los representantes de la sociedad (sean orgánicos o voluntarios).

Por otro lado frente a la postura de la DGRN no faltan autores que defiendan que corresponda al **órgano de administración** autorizar el autocontrato del apoderado.

Básicamente llegan a esta conclusión tras poner en duda el argumento fundamental en que la DGRN se apoya para defender que la autorización debe proceder de la Junta, esto es que nadie puede delegar lo que no tiene y por ello el administrador no puede salvar el autocontrato del apoderado porque no puede autorizar el suyo propio. Pues bien, este argumento es criticable ya que en el caso del apoderado el conflicto de intereses que nos preocupa no es del administrador, sino el del apoderado de la sociedad.

Como dice RODRÍGUEZ PRIETO el argumento de la DGRN puede servir para llegar a una conclusión contraria. Sí, el apoderado es un mero instrumento a través del cual actúa el administrador, la sujeción a sus directrices debe ser suficiente para excluirle de la limitación general del autocontrato (es decir no sería como si autocontratara sino que actuaría por sí y por el administrador).

Además NAVARRO VIÑUALES nos propone un argumento práctico. Si el apoderado que autocontrata con la sociedad manifiesta que lo hace en virtud de un mandato verbal, seguramente no encontraremos problemas a que el administrador único de la sociedad en nombre de ésta ratifique posteriormente lo hecho por tal mandatario verbal. ¿Y si lo puede hacer **a priori** por qué no **a posteriori**?

La idea fundamental es que nuestro derecho societario atribuye gran libertad al administrador porque la acompaña de responsabilidad.

Puede salvar el autocontrato pero si en virtud de su actuación perjudica a la sociedad deberá responder frente a la misma.

## VI. SANCIÓN APLICABLE AL AUTOCONTRATO PROHIBIDO EN SEDE DE SOCIEDADES

Ya vimos con carácter general el problema del tipo de ineficacia que es predicable respecto del autocontrato prohibido; concluyendo la mayoría que es un negocio incompleto. Las mismas conclusión se puede trasladar al derecho de sociedades (y aunque el art.42 de la Ley de Cooperativas lo califica de anulable) ya que así acogemos la posición que sea cual sea el tipo de representación defiende la mayoría.

En definitiva, vamos a reconducir la cuestión a un caso de insuficiencia de facultades representativas del representante (voluntario u orgánico) de la sociedad, que es lo que la doctrina mayoritaria sostiene para el caso del LSC art.162, paradigma de un caso de autocontrato prohibido en sede de sociedades.

En este punto me parece interesante detenernos un momento en la relación del negocio celebrado por el administrador de la sociedad vulnerando la prohibición del autocontrato y el LSC art.234 en su apartado primero nos dice **la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos**. Y añade en su apartado segundo, **la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social**.

El problema que se plantea es cuando un administrador celebra un negocio actuando además de en nombre de la sociedad en el suyo propio, o en representación de otra sociedad, el contrato celebrado **¿supone un acto contrario al objeto social?**

La respuesta que se dé a esta pregunta tiene su importancia. Ya que como nos dice la DGRN Resol 12-2-12 **el ámbito o extensión propio de la esfera de representación orgánica viene marcado, no tanto por la naturaleza del acto o negocio jurídico en sí mismo -considerado aisladamente- que realice la administración social (ya que, en principio comprende todo tipo de acto o negocio jurídico, ya sean de administración, gravamen o disposición), sino por un elemento externo a éste, como es su relación con el giro o tráfico propio de la sociedad.(...) La delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor**.

De manera que el que el negocio fuese considerado contrario al objeto social conllevaría el que la sociedad no quedaría vinculada no sólo con la otra parte contratante sino también respecto a los terceros.

Sin embargo, si es considerado un acto neutro el negocio celebrado vinculará a la sociedad y a los terceros, sin perjuicio de que dará lugar a una responsabilidad del administrador frente a la sociedad.

¿Pero el autocontrato supone o no un acto contrario al objeto social? La doctrina se halla dividida entre los que consideran que autocontrato ilícito supone un acto contrario al objeto social, y los que defienden que estamos ante un acto neutro.

En todo la DGRN Resol 13-2-12 parte de la base de distinguir entre el objeto social como límite de las facultades representativas de los administradores y el autocontrato. Lo cual tiene sentido porque

el autocontrato en sí mismo no supone un acto contrario al objeto social, lo contrario será el negocio en sí mismo no el autocontrato.

Pero, la DGRN Resol 13-2-12 al referirse al LSC art.234 nos dice algo más, **dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que exceden de la competencia legal de los administradores.** De manera que sin entrar a discutir si en el caso de autocontrato o doble representación se está o no ejecutando por el administrador un acto contrario al objeto social, la consecuencia práctica es la misma, porque desde el momento en que la DGRN concluye que se debe incluir dentro de la **categoría actos contrarios al objeto social también los que exceden de la competencia legal de los administradores**, está considerando a los efectos del LSC art.234 como acto contrario al objeto social, y por tanto que no vinculará a la sociedad (no sólo frente al autocontratante sino también frente a cualquier tercero aunque sea de buena fe) los supuestos en que un administrador incurra en autocontrato prohibido o doble representación. Es decir, explicado con un ejemplo, de la misma manera que si el objeto social de una sociedad es la explotación de los alquileres de un edificio determinado la venta del mismo supone un acto claramente contrario al objeto social que no vincula a la sociedad no sólo frente al comprador sino también por ejemplo frente al banco que garantiza la operación con un préstamo hipotecario. También en el caso en que una misma persona intervenga como comprador e hipotecante en nombre propio y como administrador de la sociedad vendedora, frente a la sociedad no surtirá efecto ni la venta ni la hipoteca. Esto es, el Banco no podría alegar que es tercero de buena fe del LSC art.234 y por tanto aunque la venta no valga si valdría la hipoteca.