

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, 7.^a edición.

URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 13.^a edición.

ALEJO RUEDA MARTÍNEZ, José: *La sucursal*, 1990.

CAMY, B.: *Derecho mercantil registrable*, 1980.

JURISPRUDENCIA

- Resolución de 16 de septiembre de 1958. Recoge criterio diferenciador entre nombre comercial y denominación.
- Resolución de 4 de diciembre de 1968. Establece criterios para obviar la confusión entre denominaciones.
- Resolución de 2 de septiembre de 1982. Reitera distinción entre nombre comercial y denominación.
- Resolución de 16 de julio de 1984. Determina criterios acerca de la identidad de denominaciones y la diferencia de éstas con el nombre comercial.
- Resoluciones de octubre de 1984 referentes a la seguridad que comunica el tráfico jurídico la certificación de denominaciones.

AUTOCONTRATACION.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN LA QUE UNA MISMA PERSONA ACTUA A LA VEZ EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD DEUDORA Y DE LA SOCIEDAD HIPOTECANTE. (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

A) *Hechos*.—El día 1 de julio de 1988 comparecen ante don E. C. V., Notario de Barcelona, don A. L. T. y don C. S. F. en representación de la sociedad A, y don J. B. C. en representación y como apoderado de las sociedades B y C para otorgar escritura pública de hipoteca cambiaria.

En virtud de las relaciones comerciales entre ambas, C reconoce adeudar 18.597.665 pesetas a la sociedad A, y para el pago de la misma le entrega determinadas letras de cambio que en ese mismo acto AVALA la sociedad B. Esta sociedad, en garantía del pago de los cambiales, constituye hipoteca sobre dos fincas de su propiedad a favor de A y de los futuros tenedores legítimos de las mismas por el importe de la totalidad de las letras que ascendía a la cantidad antes señalada, más 2.000.000 de pesetas para costas y gastos.

La sociedad A, actual tenedor de las cambiales acepta la hipoteca.

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona, siendo suspendida la inscripción del documento ya que don J. B. C. comparece a la vez en representación de B que es hipotecante por deuda ajena, y de la sociedad C que es deudora de A produciéndose un supuesto de AUTOCONTRATACION, sin que conste que la Junta General de Accionistas, órgano soberano de la sociedad, haya concedido facultades de autocontratación o haya ratificado la constitución de hipoteca. El defecto es subsanable mediante la aportación de la correspondiente escritura pública en que conste la ratificación de la Junta General de B.

Se practica anotación preventiva de suspensión por el defecto susanable antes señalado al haberlo solicitado la presentante.

El Notario interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y distingue:

A) El contrato. No existe un supuesto de autocontratación, pues aunque ambas están representadas en la escritura por la misma persona, la voluntad negocial de ambas compañías se dirige hacia una tercera con la que contratan, y no existen manifestaciones de voluntad contractual entre las sociedades deudoras.

B) El reconocimiento de deuda. El reconocimiento de deuda que se realiza en la escritura es totalmente independiente de la hipoteca que se constituye, ya que el primero garantiza la obligación reconocida en la escritura, mientras que el segundo garantiza la obligación cambiaria.

El Procurador de los Tribunales don J. J. P. C., en representación de A (acreedora hipotecaria), interpuso recurso gubernativo contra la calificación anterior citada y alega:

Que la relación jurídica que se pretende es un contrato en el cual son partes la sociedad acreedora del crédito hipotecario y la sociedad deudora del mismo, mientras que la tercera sociedad C, deudora principal del crédito, no tiene intervención alguna en la garantía real constituida. Que paralelamente existe por parte de C un reconocimiento de deuda a favor de A.

Que teniendo en cuenta los dos negocios examinados no existe autocontratación y ambos son independientes entre sí. Que según el recurrente, la doctrina exige para que exista autocontratación: 1) Poder de disposición de una persona sobre dos patrimonios; 2) Existencia de dichos dos patrimonios; 3) Declaración de voluntad que no dé lugar a dudas del *animus disponendi*; 4) Reconocimiento de dicha declaración de voluntad por parte de los representados de un modo tácito expreso o presunto. Dichas afirmaciones las complementa el recurrente con un amplio resumen de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, así como por las sesiones plenarias de los Registradores Mercantiles de España de 20 de abril de 1988, en las que se llegó a la conclusión de no estar prohibida la autocontratación, el carácter restrictivo con el que debe interpretarse la autocontratación en la esfera mercantil, que queden a salvo los intereses contrapuestos y que se trate de actos de ejecución.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó que según la jurisprudencia y en base al derecho positivo existe autocontratación cuando un mismo titular actúa en una doble representación poniendo en relación dos patrimonios de forma que exista conflicto de intereses entre ambos; igualmente existe autocontratación si se detecta el conflicto de intereses por la actuación del representante de las titularidades de dos patrimonios.

Que en el supuesto recogido en la escritura el representante de las sociedades C y B no puede actuar con el equilibrio necesario, ya que si garantiza deudas de C beneficia a ésta, pero perjudica a B; pero si se decide a no garantizar la deuda de C perjudica a la propia sociedad deudora (C).

Que en cuanto a las sanciones previstas para el caso de autocontratación como un supuesto de falta de poder, existen dos posiciones doctrinales, una muy rígida que interpreta que existe nulidad absoluta por falta de consentimiento, y otra, seguida mayoritariamente, entiende necesario poder expreso concediendo facultades de autocontratación y que no exista conflicto de intereses; en caso contrario el acto ha de ser ratificado como si hubiese sido realizado sin facultades suficientes. Es por este motivo por lo que se considera este defecto como subsanable en la nota de calificación, siendo necesario para la subsanación del mismo ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota en base a lo alegado por el Registrador en su informe.

El Notario recurrió el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se debe diferenciar entre el autocontrato y el conflicto de intereses, pudiendo existir aquél sin conflicto de intereses, en cuyo caso es admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Que la desventaja patrimonial se producirá cuando se constituya hipoteca por cuenta de otro. Que la desventaja patrimonial que sufre la sociedad hipotecante (B) también se hubiera producido aun cuando J. B. C. no hubiese concurrido en representación de C para reconocer la deuda a favor de A, y en tal caso no se puede hablar de autocontrato a pesar que la desventaja patrimonial para la sociedad hipotecante sería la misma.

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, añadiendo a sus anteriores alegaciones: Que parte de la doctrina considera que la representación no constituye ningún elemento esencial del autocontrato. Que los artículos 138 y 139 de la Ley Hipotecaria no son aplicables al supuesto de autos, por lo que parece superfluo exigir la ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante.

B) *Doctrina*.—Vistos los artículos 163, 221, 272.7, 299.1, 1.459 y 1.713 del Código Civil; 79, 82 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas; 12.II y 13.I de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 135, 136, 255, 266, 267 y 268 del Código de Comercio; la Sentencia de 23 de mayo de 1977, y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 23 de enero de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, 26 de septiembre de 1951, 30 de junio de 1956, 30 de julio de 1976 y 1 de marzo de 1982.

1. En el presente recurso se debate en torno a la inscribibilidad de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena, habida cuenta que, según el título calificado, en el que se contienen tanto el reconocimiento de la deuda a garantizar como la constitución de dicha garantía, una misma persona actúa a la vez en representación de la sociedad deudora y de la sociedad hipotecante.

2. Ciertamente, en 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 sola 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; 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 vínculo jurídico directo entre deudor e hipotecante. Téngase en cuenta que, por lo general, en la hipótesis de fianza y de hipoteca en garantía de una deuda ajena existe un triple negocio jurídico entre deudor y acreedor, entre fiador o hipotecante no deudor y acreedor, y entre deudor y fiador o hipotecante no deudor; pero este último no es ineludible, pues la fianza o hipoteca pueden establecerse con pleno desconocimiento del deudor (arts. 1.205 y 1.823.II, CC).

3. 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) provoca en el caso debatido una situación similar a

la que subyace en la figura del autocontrato *strictu sensu* y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, en ambos casos una sola 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, no se asegura que en cada uno de ellos haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio del afectado; se incide con ello en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricto que ha de regir en la materia (art. 1.713 CC) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (*vid.* arts. 221.2 CC y 267 CCom) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio representado (arts. 1.727 CC y 247 y 253 CCom), sin perjuicio de la posible sanción posterior si mediase la ratificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota del Registrador.

C) *Comentario.*—1. *Antecedentes históricos.* Difícilmente se encuentran referencias a la autocontratación en el Derecho Romano al no producir efectos jurídicos en el representado la actuación del representante sin un acto que transmitiese los efectos que producidos en este último (representación indirecta), aunque algún sector doctrinal entiende que en el Derecho justinianeo se dieron supuestos de representación directa.

El Código de las Siete Partidas hizo, aunque de un modo indirecto, alguna referencia al autocontrato; así, en la Ley IV, Título V, Partida 5, referida a la tutela, se prohibía a los tutores autocontratar salvo que lo hicieran con autorización judicial.

Se encuentran referencias muy parecidas a las de nuestro Código Civil en el Proyecto de 1851, concretamente en sus artículos 159 y 236 referentes a patria potestad y tutela.

No obstante, fueron los autores alemanes del siglo XIX los que elaboran la figura de la representación y, dentro de ella, el autocontrato. Así SAVIGNY, en el *Sistema del Derecho Romano actual*, y IHERING en su obra *Elaboración o participación en los negocios jurídicos ajenos*.

2. *Derecho comparado.* El Derecho alemán, en su párrafo 181 del Título V del Libro I del BGB, establece: "Un representante no puede en tanto que otra cosa no le esté permitida celebrar en nombre del representado consigo mismo, en nombre propio o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación". Esta prohibición contiene dos excepciones: cuando el negocio consista en el cumplimiento de una obligación o cuando el representante tiene autorización expresa para celebrar el autocontrato.

El Código Civil italiano de 1942 ha regulado el autocontrato dentro del capítulo de la representación en su artículo 1.395.

El Código Civil francés mantiene el mismo criterio del Código Civil español al no regular el autocontrato de una manera expresa, sino prohibiéndolo en algunos supuestos.

3. *Naturaleza jurídica.* Son mayoritarias las teorías que admiten la validez del autocontrato en nuestro ordenamiento jurídico; entre las más importantes destacamos las siguientes: a) Para ROCA SASTRE en el autocontrato no hay una única voluntad, sino una doble voluntad que emana de una misma persona; se trata de un verdadero contrato (1). b) DE CASTRO entiende el autocontrato como un acto unilateral, pero con unas características que le diferencian de los demás actos unilaterales (2). c) Para DÍEZ PICAZO el autocontrato es un negocio jurídico de carácter unilateral, pero se encuentra con dificultades para poder definir su carácter y estructuras al carecer nuestro ordenamiento jurídico de una regla general en orden a su admisibilidad.

4. *Supuestos de autocontratación en nuestro Derecho.* Ante la falta de una regulación unitaria del autocontrato en nuestro ordenamiento jurídico es necesario acudir a diferentes textos legales para encontrar supuestos de autocontratación: a) En el Código Civil en su artículo 163 referente a la patria potestad y el nombramiento del defensor judicial para el caso que exista conflicto de intereses, el artículo 221, donde se recogen una serie de prohibiciones que no puede realizar el tutor. b) En el Código de Comercio, el artículo 267.1 referente a la autoentrada del comisionista, y en los artículos 136 y 137 del Código de Comercio referentes al ejercicio del comercio por los socios de las sociedades colectivas y comanditarias. c) La Ley de Instituciones de Inversión Colectiva recoge de una manera evidente el conflicto de intereses; así, el artículo 6 de la Ley dispone: "Las personas o entidades que tengan encomendadas la gestión y administración de instituciones de inversión colectiva no podrán comprar ni vender para sí mismas, ni directamente ni por persona interpuesta, sus inversiones financieras ni ningún otro elemento de sus activos."

5. *Contenido del autocontrato.* Desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial puede el autocontrato estar configurado a través de una representación simple o a través de una doble representación. En el primero de los casos el compareciente actúa en nombre propio y en representación de un patrimonio ajeno; en el segundo, el representante tiene poder de disposición sobre dos patrimonios ajenos. En ambos casos nos encontramos ante un supuesto de autocontratación; así lo ha manifestado la gran mayoría de la doctrina (3) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 23 de enero de 1943 y 26 de septiembre de 1951.

La doctrina del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, entre otras, Sentencia de 3 de noviembre de 1982 y Resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1922, 4 de mayo de 1944 y 1 de febrero de 1980, exigen como requisitos para la eficacia del autocontrato los siguientes: a) Poder expreso para autocontratar; b) Que no exista conflicto de intereses.

En cuanto al segundo de los puntos arriba detallado, es el conflicto de intereses el fundamento básico de la prohibición de la autocontratación, pues es donde se produce con una mayor evidencia. Se puede definir el conflicto de intereses como aquella situación que produce un perjuicio para una parte en beneficio de la otra.

(1) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid 1948.

(2) F. DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, Madrid 1971.

(3) DÍAZ DE ENTRE-SOTO FORNS: *El autocontrato*, Tecnos, Madrid 1990.

Distingue la doctrina si el conflicto de intereses debe manifestarse como una posibilidad que se derivaría del negocio jurídico a realizar o como una lesión efectiva de alguno de los patrimonios de los representados. En esta línea, la doctrina del Tribunal Supremo y de la DGRN prohíben la autocontratación si existe un potencial peligro para alguno de los patrimonios de los representados.

Según DÍAZ DE ENTRE-SOTO FORN (4), no existe conflicto de intereses en los siguientes supuestos: 1) Las liberalidades puras; 2) El cumplimiento de una obligación contraída; 3) Contenido predeterminado o por la Ley o por la índole misma del negocio o por obra del representado.

En el supuesto de encontrarnos ante un autocontrato ineficaz parece poco adecuado hablar de nulidad radical, ya que no se produce una ausencia de voluntades como sería propio de la institución de la nulidad absoluta o radical. En la autocontratación no permitida hay pluralidad de voluntades, pero con defectos que le impiden una correcta conclusión del negocio jurídico. Según la doctrina mayoritaria, la solución más correcta sería la rescisión, pero esta figura no puede aplicarse a este supuesto al no estar regulado en el artículo 1.290 de nuestro Código Civil como supuesto de rescisión.

El autocontrato no permitido quedaría encuadrado dentro del instituto de la anulabilidad, siendo necesaria la impugnación por parte de la persona perjudicada o, en caso contrario, la ratificación expresa de todo aquello realizado por el representante en aparente conflicto con el perjudicado.

D) *Conclusión.*—De todo lo anteriormente expuesto se deduce que en el supuesto recogido en esta resolución existe autocontrato, con un evidente conflicto de intereses, ya que el representante de las sociedades B y C, aunque hipotequen por deuda ajena, puede ocasionar un perjuicio a B en beneficio de C. Por lo tanto es razonable la postura mantenida por el Registrador en su nota de calificación al exigir escritura de ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante por deuda ajena. De esta forma existiría certeza que no existe perjuicio para la sociedad hipotecante como consecuencia de la actividad de su representante.

FERNANDO ACEDO-RICO HENNING
Registrador de la Propiedad de Molina de Aragón

(4) Ver nota número 3.