



www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 28 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca, por la que, tras inscribir parcialmente una escritura pública de apoderamiento, rechaza determinada cláusula.

(BOE de 1 de junio de 2015)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Sociedad de responsabilidad limitada. Apoderamiento general concedido por los administradores solidarios a un tercero. Cláusula autorizando el ejercicio de las facultades conferidas en supuestos de autocontratación o conflicto de intereses. La Ley 31/2014, de 3 diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introduce una serie de modificaciones acordes con su finalidad en los artículos correspondientes a los deberes de los administradores, enfatizando su obligación de abstenerse de actuar en situación de conflicto de intereses con la sociedad. Contempla la posibilidad de dispensa para casos singulares y, en lo que ahora interesa, en relación a una determinada transacción. Igualmente, atribuye la competencia para dispensar la realización de un acto concreto a la junta general en aquellos supuestos que por su relevancia enumera. En los demás supuestos la dispensa para la realización del acto concreto corresponde al órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso. Como resulta de la regulación legal, la situación de conflicto es ante todo un conflicto material que puede ser dispensado siempre que el interés de la sociedad quede salvaguardado. La regla general es que la dispensa en un supuesto concreto la pueda otorgar el órgano de administración en los estrictos términos en que se pronuncia la norma; en los demás casos, la competencia corresponde a la junta general. Pero nada permite en la normativa señalada que el órgano de administración otorgue una dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses del principal, la sociedad, y el apoderado representante. Bien al contrario, de la norma resulta con absoluta claridad que la dispensa debe ser singular, para casos concretos y adoptando las medidas que permitan salvaguardar los intereses de la sociedad. Y aun así, en los supuestos más graves, la dispensa corresponde a la junta general. Además, la regulación legal no se refiere a la dispensa a posteriori cuyo régimen no queda regulado, lo cual puede plantear dudas sobre el régimen de competencias para la dispensa. En cualquier caso, la infracción de la norma supone la nulidad de los actos realizados. En definitiva, el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general solo puede ser llevada a cabo por la junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 18, 244, 261, 267 y 288.

Código Civil, arts. 6, 7, 162.2, 221, 1.216, 1.217, 1.218, 1.259, 1.459, 1.713, 1.721, 1.722 y 1.725.



www.civil-mercantil.com

Ley 2/1995 (LSRL), arts. 63 y 65.
RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 127, 127 bis y 127 ter.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 227, 228, 229, 230 y 232.

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, por la que, tras inscribir parcialmente una escritura pública de apoderamiento, rechaza determinada cláusula.

Hechos

I

Por el notario recurrente se autorizó, en fecha 19 de diciembre de 2014, escritura pública de apoderamiento en la que comparecen los dos administradores solidarios de la sociedad «Hostelería Casino Teatro Balear, S.L.», otorgando poder general mercantil a favor de determinada persona física. Tras la cláusula en la que se recoge el contenido de facultades que comprende el poder, se hace constar lo siguiente: «c) Autocontrato: Las facultades conferidas podrán ejercitarse aun cuando aparezca la figura jurídica de la autocontratación o exista conflicto de intereses».

II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Notificación inscripción Diario/asiento: 227/11887 F. Presentación: 22/12/2014 Entrada: 1/2014/16.018,0 Sociedad: Hostelería Casino Teatro Balear SL Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María Protocolo: 2014/1202 de diecinueve de diciembre de dos mil catorce. El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he practicado su inscripción con fecha trece de enero de dos mil quince: Tomo: 2596 Folio: 173 Hoja: PM-75337 Inscripción: 2 Haciéndose constar expresamente la no inclusión de la persona/s nombrada/s a que se refieren las inscripciones practicadas en este Registro en virtud de este documento, en el índice Centralizado de Incapacitados ni en el Registro Público Concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil. El precedente documento ha sido inscrito parcialmente, no habiéndose inscrito la posibilidad de que el apoderado pueda ejercitar las facultades relacionadas aún cuando aparezca la figura jurídica de autocontratación o exista conflicto de intereses por cuanto al no disponer de ellas los otorgantes sin autorización de la Junta General –Resoluciones DGRN de 02/12/1998 y 17/11/2000– no pueden conferirla a un tercero.–Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º del Reglamento del Registro Mercantil, contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la precedente calificación: (...). Palma de Mallorca, quince de enero de dos mil quince».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 9 de febrero de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–La doctrina de la Dirección General de los



Registros y del Notariado que aplica la nota de defectos no es aplicable al supuesto de hecho por cuanto se refiere al supuesto de que el administrador autocontrate y no al supuesto de que otorgue poderes con facultades de autocontratación, si bien es cierto que existen otras decisiones (que cita) en que efectivamente hay Resoluciones contrarias. Lo que ocurre es que la doctrina de la citada Dirección General debe ser objeto de revisión, pues el razonamiento que en ellas se contiene no es aplicable al supuesto de hecho planteado porque la persona a que se refiere la cuestión (administrador-apoderado), es distinta en cada caso. Así, la prohibición de que un administrador A autocontrate no le impide contratar con otra persona B; pero si A confiere poder a B para actuar en nombre de la sociedad, no le faculta para contratar con A (que es lo que implica la prohibición de autocontratación), sino para que contrate consigo mismo, facultades que sí tiene A. Por tanto, si A puede legítimamente contratar con B, no hay razón para que B no pueda contratar consigo mismo. Lo que no puede hacer A es darle poderes a B para que contrate con A, porque daría lugar a una autocontratación indirecta. Si en el caso del administrador, el órgano competente para dispensar la autocontratación es la junta general, en el caso del apoderado, la competencia recae en el órgano de administración. El control del uso de los poderes otorgados es exclusivamente del administrador, no de la junta general. Tras la nueva redacción del artículo 230.2.3º de la Ley de Sociedades de Capital ese control se ejerce por los demás administradores. En definitiva, el administrador no está inhabilitado para permitir bajo su responsabilidad que un tercero actúe en situación de conflicto de intereses, pues el administrador no se halla en tal caso condicionado por un conflicto de intereses entre el mismo y la sociedad. La doctrina hasta ahora mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado sería inconsistente con el actual artículo 230.2.3º pues, si el resto de administradores puede dispensar a un administrador concreto de la situación de autocontrato aun careciendo ellos de las facultades para autocontratar, es porque las facultades del dispensado no son las mismas que las de los dispensantes, pues la prohibición de autocontratar es personal y no transferible a terceros, y Segundo.—En el supuesto de hecho, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no sería de aplicación pues, como resulta del título, los dos administradores solidarios concurren al otorgamiento; además, resultan ser los dos únicos socios, como aparece en la escritura de constitución autorizada inmediatamente antes, circunstancia que no puede ser desconocida por el registrador pues, además, en la escritura el notario ha cumplido con su obligación de identificar a los titulares reales, resultando la afirmación de que coinciden con los de escritura de constitución. Si los registradores deben calificar por lo que resulte del Registro, y tal argumento se utiliza para rechazar la inscripción de títulos, debería servir para lo contrario en beneficio del tráfico jurídico, sin necesidad de convocar y celebrar una junta general, al resultar de forma evidente que los comparecientes son los únicos socios.

IV

El registrador emitió informe el día 10 de febrero de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 7, 162.2, 221, 1216, 1217, 1218, 1259, 1459, números 1 a 4, 1713, 1721, 1722 y 1725 del Código Civil; 18, 244, 261, 267 y 288 del Código de Comercio; 63 y 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 127, 127 bis y 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas; 227, 228, 229. 230 y 232 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; las



www.civil-mercantil.com

Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 27 de octubre de 1966, 2 de febrero de 1968, 31 de enero de 1991, 15 de marzo de 1996, 9 de junio de 1997, 27 de enero de 2000, 30 de junio de 2009 y 14 de marzo y 23 de septiembre de 2011, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 1943, 30 de julio de 1976, 20 de septiembre de 1989, 29 de abril y 21 de mayo de 1993, 3 de abril de 1995, 11 de mayo y 2 de diciembre de 1998, 1 de junio de 1999, 17 de noviembre de 2000, 21 de junio de 2001, 15 de junio, 8 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, 7 de septiembre y 21 de octubre de 2011, 13 de febrero, 22 de mayo y 18 de diciembre de 2012, 28 de junio de 2013 y 30 de junio de 2014.

1. La única cuestión que se debate en este expediente hace referencia a si puede acceder a los folios del Registro Mercantil una cláusula contenida en escritura de apoderamiento general concedido por los administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada a un tercero con el siguiente contenido: «c) Autocontrato: Las facultades conferidas podrán ejercitarse aun cuando aparezca la figura jurídica de la autocontratación o exista conflicto de intereses».

El notario recurrente no niega que la doctrina asentada de esta Dirección General es contundentemente contraria a la inscripción de semejante cláusula; sin embargo entiende que dicha doctrina debe ser revisada y modificada en base a los argumentos que por extenso se han extractado en los hechos.

2. En sede de representación voluntaria nuestro ordenamiento jurídico establece que el ámbito de actuación del apoderado viene delimitado por el contenido del poder de representación otorgado a su favor (artículo 1713 y concordantes del Código Civil). En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. «Vistos») tiene declarado de forma reiterada que el ámbito de actuación del apoderado viene limitado por la declaración de voluntad que proviene del principal, a la que debe acomodarse y ajustarse, lo que no autoriza al mandatario a excederse para llevar a cabo negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y por tanto autorizados por quien otorgó el poder. Este propio Centro Directivo, de conformidad con dicha doctrina, tiene igualmente declarado reiteradamente que la valoración del contenido del poder de representación voluntario debe hacerse con el máximo rigor y cautela con el fin de evitar que se modifique el contenido del Registro en base a una actuación extralimitada del representante.

Partiendo de esta premisa, este Centro Directivo en relación a la admisibilidad de la autocontratación, ha afirmado que lo que interesa dilucidar es si en sede de representación voluntaria nuestro ordenamiento jurídico admite la actuación de un apoderado en conflicto de intereses.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 29 de noviembre de 2001), afirma que «el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación (...) sin 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...». Por ello se llega a la conclusión de que la autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la autorización del poderdante, sin que sea preciso que tal autorización reúna especiales



requisitos de forma (cfr. también las Resoluciones citadas en el «Vistos» y, en especial las de 15 de junio y 8 de noviembre de 2004).

Con fundamento en la reiterada doctrina jurisprudencial, esta Dirección General ha reiterado a su vez (por todas, Resolución de 22 de mayo de 2012), que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación o situación de conflicto de intereses, 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 un misma persona la representación de intereses contrapuestos). Por ello tampoco existe prohibición de actuación 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» (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966).

El ordenamiento jurídico trata de garantizar así que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o «dominus negotii» sin interferencia de los propios del gestor, objetivo que se evidencia en muy diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico como son: a) los que establecen una prohibición de compra para el mandatario o gestor, que opera incluso en supuestos en que este último ni decide la venta del bien que gestiona ni determina su precio (cfr. artículos 221 y 1459, números 1 a 4, del Código Civil); b) los que sustraen expresamente al ámbito de poder del representante aquellos actos en que medie conflicto de intereses (cfr. artículos 162.2 y 221 del Código Civil), y c) los que configuran una prohibición de concurrencia del gestor en los negocios del principal (cfr. artículos 288 del Código de Comercio y 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy derogada).

Corolario de las anteriores consideraciones es la consolidada doctrina de este Centro (Resoluciones de 3 de diciembre de 2004 y 13 de febrero de 2012, entre otras), que afirma 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 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).

En definitiva, según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, 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» (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).

3. Este esquema de cosas es aplicable al supuesto en que un administrador societario confiere un poder a un tercero en nombre de su principal persona jurídica por cuya cuenta actúa. Así se ha pronunciado esta Dirección General como reconoce el propio recurrente (Resolución de 18 de julio de 2006). El hecho de que quien comparece para otorgar el poder sea el representante orgánico de una sociedad no modifica la situación jurídica de las distintas partes involucradas. El administrador que actúa en nombre de la sociedad no lo hace en nombre propio sino por cuenta e interés de la sociedad (artículos 209 y 233.1 de la Ley de



www.civil-mercantil.com

Sociedades de Capital), de modo que al igual que tiene vedado actuar cuando se encuentra en situación de conflicto de intereses, no puede atribuir a otro la posibilidad genérica de hacerlo pues sólo el principal, la sociedad cuya voluntad expresa la junta de socios, puede hacerlo. Téngase en cuenta que, como ha quedado expresado, la situación de conflicto de intereses es, fuera de los supuestos objetivos contemplados por la Ley, una situación de hecho que depende de la concreta posición jurídica que en un momento determinado ostenten las partes implicadas; la situación de conflicto es, ante todo, una situación material (vid. Resolución de 30 de junio de 2014).

Por otro lado es importante destacar que el problema que subyace no es una cuestión de suficiencia del poder de representación del órgano de administración sino de que, como ha recalado nuestro Tribunal Supremo, en situación de conflicto no existe poder de representación; en suma, no es un problema de suficiencia sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate (comprar, por ejemplo). Por este motivo sólo el principal (la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), puede conferir ese poder de representación, esa licencia o dispensa, ya con carácter previo ya con posterioridad a la actuación de la persona en conflicto (artículo 1259 del Código Civil).

4. A la luz de las anteriores consideraciones resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. El escrito del recurrente plantea la cuestión de forma incompatible con los anteriores razonamientos por cuanto no se trata de dilucidar si el órgano de administración puede conferir por vía de poder voluntario una facultad, sino de afirmar que no existe la facultad de actuar por cuenta del principal en situación de conflicto de intereses. Cuando este Centro Directivo afirma que el poderdante no puede atribuir una facultad de la que carece se refiere al hecho de que sólo el principal, la sociedad, puede dispensar la situación de conflicto de intereses sanando así la ausencia de actuación representativa que la misma implica conforme a la continua doctrina de nuestro Tribunal Supremo. Esta ausencia de actuación representativa se predica tanto del órgano de representación como del apoderado en situación de conflicto pues depende de la concreta circunstancia en que se encuentre un representante en un momento determinado. De aquí que en ambos casos la solución sea la misma: ausencia de actuación representativa que sólo el principal puede dispensar. El órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad: la junta general de socios.

5. Sostiene el recurrente que la doctrina de esta Dirección General es incompatible con la nueva regulación introducida en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital. En realidad, ocurre lo contrario. La Ley 31/2014, de 3 diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (no vigente en el momento de autorización de la escritura objeto de la presente pues entró en vigor el día 24 de diciembre de 2014), introduce una serie de modificaciones acordes con su finalidad en los artículos correspondientes a los deberes de los administradores, enfatizando su obligación de abstenerse de actuar en situación de conflicto de intereses con la sociedad (artículo 228, letras c y e, y su desarrollo en el artículo 229).

El artículo 230.2 contempla la posibilidad de dispensa para casos singulares y, en lo que ahora interesa, en relación a una determinada transacción. El mismo artículo en su segundo párrafo atribuye la competencia para dispensar la realización de un acto concreto a la junta general en aquellos supuestos que por su relevancia enumera. En los demás supuestos



www.civil-mercantil.com

la dispensa para la realización del acto concreto corresponde al «órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso».

Como resulta de la regulación legal, la situación de conflicto es ante todo un conflicto material que puede ser dispensado siempre que el interés de la sociedad quede salvaguardado. La regla general es que la dispensa en un supuesto concreto la pueda otorgar el órgano de administración en los estrictos términos en que se pronuncia la norma; en los demás casos, la competencia corresponde a la junta general.

Pero nada permite en la normativa señalada llegar a la conclusión que pretende el recurrente y que consiste en que el órgano de administración otorgue una dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses del principal, la sociedad, y el apoderado representante. Bien al contrario, de la norma resulta con absoluta claridad que la dispensa debe ser singular, para casos concretos y adoptando las medidas que permitan salvaguardar los intereses de la sociedad. Y aun así, en los supuestos más graves, la dispensa corresponde a la junta general (artículo 230.2, segundo párrafo). Además, la regulación legal no se refiere a la dispensa a posteriori cuyo régimen no queda regulado lo cual puede plantear dudas sobre el régimen de competencias para la dispensa. En cualquier caso, la infracción de la norma supone la nulidad de los actos realizados (vid. artículo 232 de la propia Ley).

En definitiva, el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general sólo puede ser llevada a cabo por la junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa (artículo 1259 del Código Civil).

6. Por último, no puede pretender el recurrente que el registrador lleve a cabo una calificación conjetural basada en los indicios que el mismo señala por muy significativos que estos sean. Ni del Registro ni del documento presentado resulta que los dos administradores solidarios que comparecen al efecto de otorgar el poder sean los dos únicos socios en el momento de adoptar tal decisión; tampoco resulta que actúen constituidos en junta de la sociedad; bien al contrario, actúan en su condición de administradores. Esta Dirección General tiene una dilatada doctrina en relación al modo de llevar a cabo la calificación registral y ha afirmado en reiteradas ocasiones que no cabe una calificación conjetural basada en circunstancias que no resulten debidamente acreditadas (por todas, Resolución de 23 de mayo de 2012, precisamente en un supuesto en que se afirmaba la existencia de un conflicto no acreditado de intereses). Si los comparecientes deseaban actuar constituidos en junta universal como únicos socios al efecto de otorgar una dispensa de tipo general a quien había de ser nombrado como representante, tal voluntad no se ha plasmado en la documentación presentada ni hay nada en ella, que permita afirmarlo.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.



www.civil-mercantil.com

Madrid, 28 de abril de 2015. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.