

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA—EN GARANTÍA DE UN CRÉDITO QUE EN LA MISMA SE RECONOCE—OTORGADA POR LOS DOS ÚNICOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, QUE ADEMÁS SON LOS GERENTES O ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS DE LA MISMA, A FAVOR DE UNO DE ELLOS COMO ACREEDOR HIPOTECARIO, POR NO HABER AUTOCONTRATACIÓN NI SER OBSTÁCULO LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 1.459, 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL, EN EL EVENTUAL SUPUESTO DE ADJUDICACIÓN A FAVOR DEL SOCIO ACREEDOR HIPOTECARIO, EN CASO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Resolución de 1 de julio de 1976 (B. O. del E. de 16 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura pública autorizada por el Notario de Murcia don José Julio Barrenechea Maraver, el 1 de marzo de 1974, don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, interviniendo como únicos socios que integran la Compañía Mercantil «Resinol, S. L.», y constituidos en Junta Universal, reconocieron que la Sociedad adeudaba al citado don Leandro Moreno Abellán 1.400.000 pesetas, constituyendo como garantía de devolución de la cantidad adeudada una hipoteca a fa-

vor del acreedor sobre el pleno dominio de una finca de 2.000 metros cuadrados propiedad de la Sociedad.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Murcia número 1 primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del presente documento, nuevamente presentado el 23 de junio pasado, asiento número 900, diario 187, en unión de un acta de subsanación de aquél autorizada con arreglo al artículo 146 del Reglamento Notarial, el 3 del mes expresado, por el mismo Notario, señor Barronechea Maraver, y los demás documentos que se dirán:

Primero.—Porque don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, administradores mancomunados y socios únicos de la Compañía Mercantil 'Resinol, S. L.', no constan expresamente autorizados para en nombre y representación de la misma constituir la hipoteca a que el documento contrae como administradores, conforme al artículo 39 de los Estatutos; como únicos socios por la Junta General, en la que según el acta referida se constituyeron en la cláusula primera del otorgamiento del documento, cuya cláusula se contrae a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, por lo cual tampoco aparece expresamente autorizado éste, dada la contradicción de intereses existentes entre el mismo y la Sociedad deudora para intervenir en el documento con el doble carácter con que lo hace.

Segundo.—Porque siendo la hipoteca un derecho real de garantía que vincula la finca hipotecada al cumplimiento de la obligación, limita las facultades dominicales del deudor y atribuye al acreedor, entre otras, la de instar, caso de impago, la enajenación del inmueble hipotecado y la de solicitar la adjudicación del mismo a su favor, como mejor postor o por falta de ellos en la correspondiente subasta, no puede ser el señor Moreno Abellán, por su carácter de administrador—mancomunado—de la Sociedad y, por ende, de la finca hipotecada, adquirir el mentado derecho real sobre la misma, conforme al artículo 1.459, 2.º, del Código civil, sin que obste al efecto apuntado la existencia del otro administrador.

Es insubsanable el segundo defecto. No se ha solicitado ni procede anotación preventiva. Se han tenido en cuenta la escritura de constitución de la Sociedad y la modificación de Estatutos y nombramientos de administradores, al efecto aportadas.»

El Procurador don Trinidad Cantos Galdamen, en representación de don Leandro Moreno Abellán, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el primer defecto señalado por el Registrador está redactado con notoria oscuridad; que la interpretación que hace declarando que los dos únicos socios actuaron en Junta Universal para reconocer la deuda (1.ª cláusula de la escritura) y sólo como administradores para constituir la hipoteca (cláusula 2.ª) carece de rigor jurídico y va contra el principio de la unidad de acto y el artículo 1.281 del Código civil; que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1933 señala que cuando en un negocio jurídico comparecen todos los socios que tiene en ese instante la Sociedad, el órgano de actuación es perfecto, pues a ellos compete por excelencia la representación de la misma; que el artículo 1.459, 2.º, del Código civil no se puede alegar, como lo hace el Registrador, para señalar el 2.º defecto—insubsanable—de la nota, ya que este precepto no puede interpretarse de forma extensiva, sino que las incapacidades a que se refiere son sólo las taxativamente enumeradas, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de marzo de 1911, que prohíbe la aplicación de las disposiciones de carácter restrictivo a otros casos y personas que los comprendidos en ellas.

El Registrador informó: que no es aplicable a la cuestión debatida, como pretende el recurrente, la doctrina sentada por la Dirección Gene-

ral de los Registros y del Notariado en la resolución de 20 de octubre de 1933, que se refiere a la enajenación realizada por los dos únicos socios de una Sociedad colectiva, de cuyo carácter no participa la Sociedad recurrente, que tiene el carácter de limitada, aunque esté formada por dos únicos socios; que el acuerdo adoptado por estos dos únicos socios de la Sociedad limitada citada constituidos en Junta General, conforme a la cláusula 1.ª de la escritura, subsanada por el acta de rectificación, sólo puede referirse a lo que resulta de la lectura de dicha cláusula, o sea, a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, quedando fuera de tal acuerdo el contenido de la cláusula 2.ª de la escritura, que se refiere a la voluntad social de hipotecar los bienes de la Sociedad, al apoderamiento de los socios para constituir la hipoteca en representación de la Sociedad y a la autorización al socio acreedor para intervenir en el doble concepto en que lo hace en la escritura y que daría lugar a la figura jurídica de la autocontratación, todo lo cual produce la consecuencia de que los comparecientes carecen de la capacidad de obrar que justifique su intervención en el patrimonio ajeno, que implica toda representación careciendo del poder o mandato, requisito imprescindible de la representación voluntaria (resolución de 20 de octubre de 1933); que al ser el acreedor hipotecario gerente o administrador de la Sociedad deudora a la que representa, es indudable que existe, en cuanto a la referida hipoteca, la prohibición a que se refiere el número 2 del artículo 1.459 del Código civil; que las prohibiciones contenidas en dicho precepto tienen un fundamento moral y la violación de las mismas hace nulo de pleno derecho al acto o negocio jurídico que se celebre contravieniéndolas, siendo éste la doctrina mantenida en la sentencia de 11 de junio de 1966; que en el caso controvertido es muy acusada la contraposición de los intereses de la Sociedad y los del acreedor de la misma por la existencia innegable del autocontrato o contrato entre las diferentes personas de un solo sujeto (resolución de 30 de mayo de 1930), y que son improcedentes las alegaciones del recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 1.281 del Código civil y al concepto de «unidad de acto».

El Notario autorizante de la escritura calificada informó: Que el conflicto de intereses entre la Sociedad y los administradores en un negocio jurídico determinado se regulará por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 79 de la de Sociedades Anónimas, que obligan a los administradores a responder frente a la Sociedad, los accionistas y acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, y si el conflicto es susceptible de perdurar más tiempo nos encontramos con el supuesto del artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece que los administradores que tengan intereses opuestos a los de la Sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio, por acuerdo de la Junta General; que el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite también la separación de los administradores; que no existe en nuestro Derecho positivo ninguna norma que prohíba con carácter general la autocontratación; que el conflicto de intereses o autocontratación desaparece cuando la Sociedad representada conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios en Junta General; que dicha figura jurídica se produce cuando una sola persona reuniendo un doble carácter, como representante de una Sociedad, por un lado, y como particular, por el otro, realiza unas operaciones en provecho propio, pero que esta figura desaparece cuando la parte representada da su aprobación, pues al haber dos personas cesa el autocontrato; que «Resinol, S. L.», estaba perfectamente representada por sus dos únicos socios, que acordaron por unanimidad reconocer la deuda, constituyendo acto seguido,

y en su calidad de tales socios y no de gerentes, la hipoteca a favor del acreedor; que es inexplicable el criterio del Registrador de considerar que los otorgantes intervinieron en el doble concepto de socios y gerentes, y que como gerentes no estaban autorizados por los Estatutos y como socios en Junta General sólo actuaron en el reconocimiento de deuda contenida en la 1.ª cláusula, pero en la cláusula 2.ª actuaron como gerentes sin facultades; que según el artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas, la voluntad de los socios rige y representa la Sociedad, y que en la escritura calificada no aparece en ningún sitio que los otorgantes comparecieran como gerentes, sino como únicos socios; que el acuerdo social es plenamente válido, tanto para el reconocimiento de deuda como para la constitución de hipoteca, estando perfectamente determinada la voluntad de los dos únicos socios en la escritura, que, como es natural, fue leída y aprobada por los comparecientes.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y declarando, además, que en el caso debatido no existe conflicto de intereses ni autocontratación al concurrir en la escritura dos personas distintas: la Sociedad, que exteriorizó correctamente su deseo mediante su órgano deliberante, y el acreedor, que aceptó por sí la hipoteca constituida a su favor; que aun cuando el acreedor hubiese intervenido en la cláusula 2.ª de la escritura como gerente de la Sociedad y no como socio reunido en Junta Universal, sería inoperante a efectos de autocontratación, ya que su intervención, junto con el otro socio gerente—único que podría alegar perjuicio para la constitución de la hipoteca—, lo sería, en definitiva, como órgano administrador de la Sociedad, pero en ningún caso como su mandatario.

Interpuesta apelación por el Registrador contra el auto presidencial, la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado, que revoca la nota del Registrador (1) en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—El primero de los defectos de la nota de calificación hace referencia a si es posible inscribir una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, otorgada en nombre de la Sociedad deudora por sus dos únicos socios, y tras acuerdo unánime de ambos, dado que el acreedor hipotecario es uno de estos mismos socios, lo que se traduce en una contradicción de intereses entre la Sociedad y el socio titular del crédito.

Al haber sido adoptado el acuerdo por los dos únicos socios que forman parte de la Sociedad, se salvan los problemas que pudieran plantearse acerca de la facultad de los mismos para actuar en nombre del ente social para la ejecución de un acto aislado, ya que en nuestro Derecho, según reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores, por lo que de no existir otro obstáculo, lo que a continuación se examinará, es adecuada la intervención de los dos únicos socios de la escritura calificada, que a la vez son gerentes mancomunados, y en la que, como Sociedad de Responsabilidad Limitada, pueden concluir sus acuerdos, de conformidad con el artículo 14 de la ley, por cualquier medio que garantice la autenticidad de la voluntad declarada, lo que ha tenido lugar en este caso en forma tan directa como su propia comparecencia personal en la escritura, en donde, como órgano supremo de la Sociedad, asumen a la vez las funciones propias del órgano deliberante—Junta Universal y acuerdo unánime—y del órgano de administración y representación.

(1) Vistos los artículos 1.459 y 1.713 del Código civil; 286 del Código de Comercio; 76, 82 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 11, 12, 13 y 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953.

Cuestión más delicada es la relativa al posible conflicto que pudiera existir entre la Sociedad, como sujeto de Derecho con un patrimonio autónomo y unos intereses diversos de los dos socios que la componen, y estos dos mismos socios, como podría suceder en este caso, en donde por los últimos se declara que la Sociedad adeuda a uno de ellos—como tercero acreedor, distinto del ente jurídico de la Sociedad—una determinada cantidad, y en garantía de ese pago constituyen en nombre de ésta una hipoteca sobre una finca de su propiedad, que es aceptada por el otro socio en calidad de acreedor.

A diferencia de otras legislaciones, la española no contiene una completa y detallada regulación de esta importante materia, lo que no quiere decir que no existan preceptos aislados que se ocupen de la cuestión, como son, para las Sociedades de Responsabilidad Limitada, los artículos 12-2.º y 13-1.º de la ley que las regula, y más ampliamente, la Ley de Anónimas, en su artículo 82 y especialmente el 83-2.º, que establece el cese del administrador que bajo cualquier forma tenga un interés opuesto al de la Sociedad, y siempre a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General.

Al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios, y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado, no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida, y es correcta la autorización de la escritura, en cuanto que en la misma comparecen, de una parte, la Sociedad, a través del órgano correspondiente, y de otra, el acreedor, que acepta la hipoteca constituida, todo ello sin perjuicio de que con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria se pueda acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título, pues las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial y quedan fuera del marco del recurso gubernativo.

En cuanto al 2.º defecto, que hace referencia a la imposibilidad que tiene el acreedor, como actual administrador de la Sociedad, de adquirir la finca hipotecada en subasta judicial caso de impago del crédito—artículo 1.459-2.º del Código civil—, es de advertir que tal circunstancia habrá de ser tenida en cuenta en el momento en que la situación se produzca, con una gama de posibilidades tan diversas que pueden dar lugar a que no se origine el supuesto concreto de prohibición, como, por ejemplo, por no ser ya el acreedor administrador de la Sociedad, o incluso siéndolo, acudir postores extraños a la subasta y adjudicársele a uno de ellos, o se satisfaga normalmente el crédito, por lo que la calificación de esta circunstancia habrá de realizarse—caso de que se diera—en el título o documento que en su día se presentara en el Registro y contuviera el posible acto discutido, y sin olvidar, además, que en este supuesto concreto el poderdante ha autorizado al apoderado expresamente la compra del referido inmueble.

COMENTARIO.—A) *El recurso*.—En el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Murcia número 1, forman triángulo tres figuras jurídicas que gustan de plantear dificultades y problemas allí donde aparecen: la personalidad jurídica, la autocontratación y los derechos reales de propietario. Nada tiene de extraño que por ello el comentarista naufrague en este trágico triángulo de las Bermudas, cosa que, en cierto modo, le ha ocurrido al recurso también, naufragio del que a duras penas se salva su resolución.

La nota de calificación, en su apartado o defecto 1.º (si su texto es el que aparece en el B. O.) (2), está redactada con cierta oscuridad, como dice el recurrente. Aun completándola con el informe, queda poco claro

(2) Posiblemente el confuso texto provenga de error de imprenta en el *Boletín Oficial del Estado*.

si el defecto 1.º es la autocontratación, por faltar acuerdo social eximente de tal autocontratación, o es simplemente la falta de acuerdo social relativo a la constitución de hipoteca, porque la cláusula 1.ª se refiere sólo al reconocimiento de deuda. Parece que el primer defecto es de carácter formal o más bien formulístico y que si las cláusulas de la escritura se hubiesen redactado más cuidadosamente, incluyendo tanto la declaración o reconocimiento de deuda, como la constitución de la hipoteca, no sólo en una cláusula en la que ambos socios actuaran como constituidos en Junta Universal, sino en otra en que actuaran como únicos administradores mancomunados, el Registrador no hubiese acusado defecto. Pero creo que en este caso no es muy razonable que la validez del negocio se haga depender de una mayor o menor corrección formulística. Había autocontratación o no la había, porque no cabía poner en duda el consentimiento de don José y don Leandro para la hipoteca en garantía de la deuda reconocida a favor de éste.

El segundo defecto está expuesto con más claridad: Si la hipoteca confiere el derecho de instar la venta de la finca en caso de impago e incluso el de adjudicársela como mejor postor, o a falta de postor, el acreedor, administrador también de la sociedad hipotecante, es la hipoteca misma y no sólo la futura y eventual adjudicación lo que vulnera la prohibición del artículo 1.459 del Código civil. El Registrador se limita a hacer un paralelo en este supuesto con el resuelto por la doctrina del Centro Directivo, según la cual, como la hipoteca puede desembocar en venta, la prohibición de vender lleva insita la de hipotecar (3).

Las alegaciones del recurrente son: a) que la unidad del acto y el artículo 1.281 del Código impiden la interpretación del Registrador, según la cual los otorgantes actúan como Junta para el reconocimiento y sólo como administradores (sin acuerdo de Junta) para la hipoteca, y b) la doctrina jurisprudencial restrictiva del artículo 1.459 del Código.

El Notario autorizando, además de coincidir con el recurrente en lo que acabamos de sintetizar, dedica la mayor parte de su informe a rechazar la existencia de autocontratación, por quedar ésta excluida al desaparecer el conflicto de intereses, en cuanto la sociedad conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios. Completa la argumentación con la cita de los únicos preceptos que regulan la contraposición de intereses entre Sociedad y administradores: artículos 12 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 79 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota, entre otras razones, por estimar: a) No hay conflicto de intereses ni, por tanto, autocontratación, pues concurren dos personas distintas: la Sociedad mediante su órgano deliberante y el acreedor que acepta la hipoteca. b) Que aun cuando don Leandro hubiese concurrido a la cláusula de constitución de hipoteca sólo como gerente y no como socio en Junta General, su intervención junto con el otro socio gerente sería, en definitiva, como órgano administrador y no como mandatario (4).

(3) Ver Resoluciones de 18 de abril de 1952 y 18 de enero de 1963.

(4) La Resolución de 20 de octubre de 1933, que el recurrente alega en su favor y el Registrador estima no aplicable porque se trataba de una sociedad colectiva, declaró inscribible una escritura de venta otorgada conjuntamente, como parte vendedora, por los dos únicos socios de una sociedad colectiva en liquidación en la que el Notario manifestaba haberse exhibido una escritura de reforma y reconstitución de la sociedad. Se presentó en el Registro certificación del Mercantil acreditativa de que los otorgantes vendedores eran los únicos socios y tenían el uso indistinto de la firma social, pero el Registrador exigió la presentación de la escritura de constitución y de la de reforma y reconstitución. La Dirección partió de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, de que sólo en cuanto a ésta se da la representación y de que aquella no descansa en los pactos sociales restrictivamente interpretados; para concluir que, concurriendo los dos únicos socios, no son racionalmente posibles dudas ni sobre la representación ni en cuanto a extralimitaciones del mandato conferido en los Estatutos.

No es necesario analizar todos los considerandos de la resolución, y solamente vamos a detenernos a enumerar los puntos en los que estos considerandos pueden ser objeto de discusión o de desarrollo interpretativo:

a) El considerando segundo combina la, que dice reiterada, doctrina del Centro Directivo, según la cual el objeto social limita sólo la esfera de actuación de los administradores (no la capacidad de la Sociedad) (5), con el texto del artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, para salvar todo problema acerca de las facultades de los intervinientes en la escritura para actuar en nombre de la Sociedad. El considerando es impecable, pero retengamos de su final que dichos comparecientes asumen la función de órganos de la Sociedad (deliberante y de representación a la vez).

b) Los considerandos tercero al quinto entran de lleno en el problema de la autocontratación y con argumentación habilísima concluyen que no hay autocontratación prohibida. Tan hábil es la argumentación que consigue confundir este otro, más sencillo, planteamiento: autocontratación, al menos, parcial, desde luego, existe; el que sea prohibida por existir, además, posible conflicto de intereses es lo que se trata de averiguar.

B) *El autocontrato en la representación orgánica.*—Imposible entrar aquí en el estudio, por somero que fuese, del autocontrato, figura en la que la abundancia de literatura está en razón inversa de la claridad conseguida. Prueba de esta falta de claridad son los considerandos de la resolución, que al no disponer de una doctrina sedimentada y pacífica sobre autocontratación tienen que abrirse su propio paso, partiendo, además, del pie forzado de los dos defectos de la nota, ambos relacionados con la prohibición del autocontrato, aunque en ninguno de los dos aparezca como defecto la vulneración de esta prohibición acaso por la idea simplista de que nuestra jurisprudencia admite el autocontrato.

De esta manera vemos cómo la Dirección deja el defecto segundo, consistente en la prohibición del artículo 1.459, para un considerando, el sexto, independiente de aquellos en los que ha hecho referencia a la autocontratación. Es cierto que obligaba a esto el principio de congruencia, ya que la nota había separado dos defectos y el primero de ellos, aunque confuso, parecía consistir también en la contradicción de intereses producida por la «autoentrada»; pero acaso haya influido en tal sistematización la exposición de DE CASTRO, que tratando de evitar la excesiva extensión de la nulidad no ratificable y del *odiosa restringenda* en el campo de dicho precepto y del autocontrato en general (nulidad e interpretación restrictiva que serían obligadas consecuencias del carácter de norma prohibitiva del texto del artículo, en relación con el 6.º, 3, del Código), tiende a separar excesivamente la autocontratación y las prohibiciones de dicho artículo 1.459 (6).

Observamos que quedaban dos puntos oscuros en el recurso por qué se alegaban los grandes riesgos que ocasionaría la presentación al Registro de unos documentos que se habían exhibido poco antes al Notario autorizante, y si la adquisición de la casa por la sociedad vendedora había sido antes o después de la escritura de reforma y reconstitución social. Pero lo principal es que el caso presenta escaso parecido con el de nuestro recurso.

(5) No es necesario aquí detenerse en este problema, ya que en el recurso en ningún momento se duda que «Resinol, S. L.», tenía capacidad jurídica para reconocimientos de deuda y constituciones de hipoteca. No obstante, debemos observar que posiblemente en nuestra doctrina no se hayan calibrado suficientemente las series razones que, en cierto sentido, tiene la ya antigua teoría *ultra vires* inglesa, el principio francés de *specialité* y los autores que, como VON THUR, mantuvieron la posibilidad de que el objeto estatutario venga a limitar el área de actuación de la persona jurídica.

(6) FEDERICO DE CASTRO: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 70 y 72. Damos por conocida las evoluciones un tanto dispares de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de la Dirección sobre la autocontratación. La Sentencia de 8 de julio de 1968 sigue considerando los difíciles contornos de esta figura. Sobre la interpretación restrictiva, la imposibilidad de la analogía y la consecuencia de producir nulidad no ratificable cita CASTRO las Sentencias de 27 de mayo de 1957, 3 de mayo de 1960, 11 de junio de 1966, 14 de octubre de 1966 y 15 de febrero de 1967. Ver también Sentencias de 6-3-1909, 10-3-63, 5-11-56 y 30-9-68. CASTRO estima que no es extraño que exista cierta confusión entre las prohibiciones del 1.459 y los supuestos de autocontratación, pero mantiene que son

Creo preferible considerar ese y otros preceptos como elementos para la construcción de una doctrina general del autocontrato, que tuviese en cuenta las variedades que, en cuanto a consecuencias y efectos, impongan no sólo la variedad de los negocios en que la autocontratación incida, sino también, y ante todo, la variedad que el régimen del autocontrato ha de presentar en los diversos tipos de representación (legal, voluntaria y orgánica), pues tanto la transigencia previa del poderdante como la ratificación posterior del mismo presentan distinto aspecto en cada supuesto de representación, según pueda existir o no un órgano de control o a nivel superior del representante que contrata consigo mismo (defensor judicial respecto al padre o madre, consejo de familia respecto del tutor, Junta General respecto al administrador o Consejo de Administración, etc.). En la representación voluntaria de la persona física siempre puede el poderdante, o bien excluir en el poder la prohibición del autocontrato expresa o implícitamente, o ratificar posteriormente; pero en los diversos casos de representación legal y orgánica, la cuestión varía.

Los autores alemanes colocan el problema del autocontrato dentro de la teoría general de la representación, y no parece discutirse que aquél puede aparecer cualquiera que sea la base del poder de representación (representación legal, orgánica o voluntaria). Respecto a la orgánica, el B.G.B. dice expresamente, en varios párrafos, que la Dirección de las personas jurídicas tiene la posición de un representante legal y le son aplicables sus disposiciones, y aunque es cierto que las discusiones entre los partidarios de la teoría del órgano y los de la teoría del representante no han terminado, también lo es que tales discusiones tenían como razón práctica fundamental el problema de la responsabilidad por acto ilícito y que en lo demás apenas median diferencias entre órgano y representante en la relación externa. La prohibición del autocontrato aparece en el párrafo 181, que después de una regla general de prohibición del mismo establece dos excepciones. Pues bien, una de ellas es la de que se le haya permitido al representante autocontratar, y ENNECCERUS incluye en esta excepción (al parecer, sin oposición ninguna) el caso de que los estatutos de una persona jurídica contengan tal permiso (7).

El considerando cuarto critica a la legislación española por no contener—a diferencia de otras—una completa y detallada regulación de la importante materia objeto de la controversia. No aclara bien la laguna legislativa observada, pues cita como preceptos aislados que se ocupan de la cuestión los artículos 82 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas y 12.2.º y 13.1.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y lo cierto es que estos artículos regulan cuestiones próximas (incapacidades, incompatibilidades, responsabilidad por conducta desleal, prohibición de concurrencia, etc.); pero ni ellos ni otras disposiciones especiales se refieren concretamente a la autocontratación de los administradores de las socie-

cosas distintas aunque la jurisprudencia las confunda a efectos del *odiosa restringenda* y de producir nulidad absoluta no ratificable. Afirma que en los casos de autocontratación, más que de nulidad por el artículo 4.º (hoy 6.º, 3.º del Código) se trata de ineficacia por falta de poder de representación susceptible de ratificación. Estamos conforme con esto, pero no tanto con que autocontratación y prohibiciones del artículo 1.459, 2.º, sean cosas distintas y con que todos los códigos extranjeros sigan soluciones menos seguras que las que él deduce para el derecho español de los principios generales y de una separación de los casos del 1.459 y de otros de autocontrato.

(7) La otra excepción no nos interesa aquí (la de que el negocio jurídico a celebrar por el representante consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación). Pero si queremos recordar las discusiones que ocasionó (*) el determinar si el negocio celebrado contra la regla prohibitiva era nulo en absoluto o podía ser ratificado por el representado. Fue uno de los casos de discusión en torno al «dürfen» (ser lícito) y el «können» (poder) en el B. G. B. El 181 dice «kann nicht» y no «darf nicht», de lo cual PLANX y otros dedujeron la sanción de nulidad absoluta. Los oponentes entendieron el giro del párrafo como ineficacia (no necesariamente nulidad) hacia el exterior. Prevalció el criterio de que la ratificación puede convalidar el negocio viciado de autocontratación igual que otro caso cualquiera de falta de poder de representación. (Suponemos que sería decisivo el giro dado por el Cosack en su 5.ª edición.)

(*) La discusión surge ya en la segunda Comisión redactora del B. G. B.

dades, que es, sin duda, la omisión que observa el considerando. En efecto, a una incompleta normativa general de la autocontratación, se une una carencia de normas específicas referidas a los órganos de representación de sociedades u otras personas jurídicas.

En el Derecho alemán, la norma general sobre autocontratación del párrafo 181 del B.G.B. se completa con normas particulares en materia de personas jurídicas y sociedades. Así, por ejemplo, en materia de asociaciones, el B.G.B. establece, tanto para los acuerdos de la Asamblea como para los de la Dirección, que ningún miembro de una u otra tiene voto en ellas para decidir sobre un negocio que haya de concluirse con él mismo o sobre un pleito que haya de llevarse contra él. No obstante, es válido el acuerdo tomado con la intervención y voto del miembro de la Asamblea o de la Dirección, que a la vez sea contratante o pleitante con la Sociedad, si de todas maneras hubiese habido mayoría sin su voto.

En el Código civil italiano, además de los dos artículos que regulan, respectivamente, el contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado y el autocontrato en sentido estricto (8), encontramos en materia de Sociedad el artículo 2391, que dice: «Los administradores (de la Sociedad Anónima) que en una operación determinada tengan por cuenta propia o de un tercero intereses en conflicto con la Sociedad deben ponerlo en conocimiento de los demás administradores y del colegio sindical (consejo de vigilancia) y abstenerse de participar en los acuerdos referentes a tal operación. El acuerdo del Consejo del que pueda derivarse daño para la Sociedad puede ser impugnado, dentro de los tres meses de su fecha, por los administradores ausentes o disidentes o por los síndicos, cuando sin el voto del administrador, que debió abstenerse, no se habría obtenido la mayoría exigida. En todo caso, quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por tercero en base a actos realizados en ejecución del acuerdo. El artículo 2391 se aplica también a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, conforme al artículo 2487.

En el Derecho francés, cuya regulación general del autocontrato es muy similar a la nuestra y tan incompleta como ella, encontramos, en cambio, una regulación muy detallada de los posibles conflictos de intereses entre la Sociedad y los contratantes con ella, cuando éstos son, a la par, sus órganos de representación o simplemente socios que han de contribuir a formar la voluntad social mediante su intervención en los órganos deliberantes. Esta normativa francesa presenta, además, una particularidad, en virtud de la cual, los préstamos, reconocimientos de deudas, aperturas de crédito, etc., tienen un trato más riguroso que otros contratos, en materia de representación orgánica que incida en autocontrato (9).

(8) Conforme al artículo 1.394 el contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado por éste si el conflicto era conocido o debido conocer por el tercero.

En el 1.395 se viene a definir el autocontrato como el contrato que el representado concluye consigo mismo en nombre propio o como representante de otra parte. También lo estima anulable por el representado (sólo por él), salvo que le haya autorizado específicamente o que el contenido del contrato esté determinado de tal modo que excluya la posibilidad de conflicto de intereses.

(9) En materia de sociedades de responsabilidad limitada dispone el artículo 50 de la Ley de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1966 que el Gerente, o el Comisario de cuentas si existe, presentarán a la Asamblea, o unirán a los documentos comunicados a los socios en caso de consulta escrita, un informe sobre los contratos a celebrar, directamente o por persona interpuesta, entre la sociedad y alguno de sus gerentes o socios. Previo este trámite decide la Asamblea y el Gerente o socio interesado ni puede tomar parte en la votación ni sus participaciones se toman en cuenta para el cómputo de los *quorums* ni de las mayorías. Los contratos no aprobados produce el efecto, contra el Gerente y en su caso contra el socio contratante, de soportar individual o solidariamente según los casos las consecuencias del contrato perjudiciales para la sociedad. Lo mismo se aplica a los contratos celebrados con una sociedad cuyo socio ilimitadamente responsable, Gerente, Administrador, Director general, miembro del Directorio o del Consejo de vigilancia sea simultáneamente Gerente o socio de la sociedad de responsabilidad limitada.

El artículo 51 dispone que bajo pena de nulidad del contrato se prohíbe a los Gerentes o socios contratar en cualquier forma préstamos con la sociedad, hacerse consentir por ella un descubrimiento en cuenta corriente o de otra forma, así como hacerse afianzar o avalar por ella obligaciones hacia terceros.

También el Proyecto de Sociedad Anónima Europea contiene una disposición relativa al autocontrato, en la que se separa el régimen de los préstamos y similares (prohibición absoluta) y el de los contratos en general (control del consejo de vigilancia a la directiva cuando un miembro de ésta sea parte en un contrato a celebrar). En la misma disposición (artículo 69) se incluyen otras normas de incompatibilidades de miembros del directorio (10).

Basta esta incompleta ojeada al Derecho comparado para que no nos resulte tan segura la afirmación que encabeza el quinto considerando, al estimar suficiente la intervención del otro socio, señor Bautista, no interesado, para sanar el vicio de autocontratación, que, desde luego, en cuanto al señor Moreno, existía. Y no resulta tan segura porque, ya consideremos a ambos como componentes únicos de una Junta Universal de la Sociedad, o como únicos administradores mancomunados, si la voluntad del señor Moreno la consideramos inservible, por incidir en autocontratación con clara colisión de intereses, la voluntad sola del otro no es suficiente para conseguir la mayoría exigida por el artículo 14, apartado 3, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Por cuanto no resulta que la participación del señor Bautista fuese mayor que la del señor Moreno, el acuerdo social no obtenía más que el 50 por 100 de los votos. De todas maneras, hace dudar la ley francesa cuando afirma que el socio interesado no puede tomar parte en la votación y sus acciones no son tomadas en cuenta para el cálculo de *quorums* y de la mayoría (11).

C) *El levantamiento del velo de la personalidad jurídica.*—Otro vértice del triángulo en el que se mueve el recurso está determinado por las inacabables polémicas sobre la esencia y naturaleza de la persona jurídica. Desde las teorías negativas de su realidad hasta la moderna doctrina del *to lift the veil*, pasando por la tesis que no ve en la persona jurídica más que una perspectiva nueva de la vieja institución de la propiedad colectiva, la persona jurídica es una figura oscilando continuamente entre el entusiasmo y el recelo de los juristas; siempre convencidos de su innegable utilidad en todos los campos del Derecho, pero siempre temiendo el abuso de la institución. No es preciso que estos abusos conduzcan a casos límites y espectaculares para que el velo de la personalidad jurídica haya de levantarse dejando al descubierto los reales intereses de las personas físicas que se pretendían enmascarar.

Pero si la sociedad explota un establecimiento financiero esta prohibición no se aplica a las operaciones corrientes de este comercio concluidas en condiciones normales. Esta prohibición se aplica igualmente a los cónyuges, ascendientes y descendientes de las personas mencionadas en el apartado primero, así como a toda persona interpuesta.

En materia de sociedades anónimas se encuentra regulada aún más detalladamente la tramitación necesaria para salvar los diversos supuestos de autocontrato de órganos sociales, pero en forma bastante similar y con idéntico régimen más riguroso en materia de préstamos, reconocimientos de deuda, etcétera (arts. 101 a 105 y 106 de la Ley).

(10) El artículo 69 del Proyecto dice: 1. Ningún miembro de la Directiva puede formar parte del Consejo de vigilancia. 2. Tampoco puede ejercer ninguna otra actividad profesional ni aceptar ser nombrado por el Consejo de vigilancia de otra sociedad, salvo que haya sido autorizado especialmente por el Consejo de vigilancia. 3. Queda prohibido a los miembros de la Directiva contratar, en cualquier forma que sea, préstamos con la sociedad o con sus sociedades dependientes, hacerse reconocer por las mismas una deuda en cuenta corriente u otra forma, así como hacerse garantizar o avalar por las mismas sus compromisos hacia terceros. La misma prohibición se aplica al cónyuge, a los ascendientes y descendientes de los miembros de la Directiva, así como a toda persona interpuesta. 4. Todo convenio en el que sea parte la sociedad y en el que uno de los miembros de la Directiva tenga un interés, incluso indirecto, debe ser previamente autorizado por el Consejo de vigilancia. A tal fin el miembro de la Directiva interesado debe dar aviso escrito del convenio a dicho Consejo. La falta de esta autorización no se puede oponer a terceros, salvo que la propiedad pruebe que el tercero sabía que no había sido dada la autorización.

(11) Hemos de tener en cuenta los inconvenientes del escaso número de socios con los que se conforma nuestra legislación de sociedades anónimas (3) y de responsabilidad limitada (2). Los inconvenientes de la sociedad de un solo socio apenas desaparecen y se complican con otros en la de dos socios. El caso del recurso nos demuestra que en la sociedad de tan escaso número de socios el levantamiento del velo es más fácil y frecuente.

Unas veces es más fácil levantar el velo que otras, y así el velo tiende a caer, casi solo, en nuestro caso de una Sociedad de Responsabilidad Limitada de dos socios que reconoce deber una cantidad a uno de ellos. Al menor contratiempo, en interés de cualquiera, cabe entender que este reconocimiento se estime hecho por uno de los socios a favor del otro en cuanto a la mitad de aquella cantidad, desapareciendo por confusión la otra mitad de la deuda reconocida. Es la misma facilidad para el levantamiento del velo que encontramos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada o Anónima de un solo socio.

Aunque el Registrador de Murcia no plantease la cuestión en el resbaladizo terreno del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, creemos que por este camino marchaban sus recelos: evitar que sobre una finca que, en definitiva, era de ambos socios y de nadie más, pudiesen constituir una hipoteca de 1.400.000 pesetas, cuando sólo existía una deuda de 700.000 pesetas de uno al otro, porque en cuanto a las restantes 700.000 pesetas se trataba de hipoteca de propietario o en garantía de crédito extinguido por confusión o imposible por autocontrato puro. Levantado el velo de esta manera, la hipoteca de propietario, sus inconvenientes y su inadmisión por nuestra legislación, salen a la luz en nuestro caso y su inscripción, en cuanto puede venir a perturbar, por ejemplo, los derechos de un eventual embargante, fue considerada improcedente por el Registrador.

Pero ¿tiene éste facultades para levantar en algún caso el velo de la personalidad jurídica? El problema se ha planteado en materia de calificación del Registrador Mercantil de los actos de la Sociedad de un solo socio, y en alguna ocasión se admitió que pueda oponer reparos cuando la Sociedad, sus órganos deliberantes y de gestión, los acuerdos de unos y otros y, en general, todo el mecanismo social desaparezcan y, de hecho, queden sustituidos por una persona física y una serie de actos simbólicos de la misma (12). Distinto criterio ha seguido el quinto considerando de la resolución que comentamos, el cual, después de la discutible afirmación de que no se está en un supuesto de autocontratación prohibida, en cuanto comparecen, de una parte, la Sociedad a través del órgano correspondiente y, de otra, el acreedor que acepta la hipoteca, deja a salvo el recurso judicial (art. 66 de la ley) para ventilar acerca de la validez o nulidad del título porque quedan fuera del marco del recurso gubernativo y son propias de la autoridad judicial las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros. Incluso a esta última parte del considerando se pueden oponer reparos (13), pero su doctrina de que el levantamiento del velo de la persona jurídica no es tarea propia del Registrador al calificar y sí de los Jueces y Tribunales en vía contenciosa, es suficientemente diáfana y no parece hacer distinguos en razón a la mayor o menor ligereza del velo a levantar.

Los hipotecaristas suelen estudiar esta doctrina del descorrimiento del velo (el *disregard of legal entity* de los americanos) en materia de la protección por la fe pública para excluir ésta, cuando la contraposición de adquirente y transmitente resulta aparente y ficticia por la identidad

(12) Ver la Resolución de 3 de octubre de 1972 que sigue la doctrina de la S. del T. S. de 19 de abril de 1960 que rechazó la Junta de un solo accionista, ya que pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra Junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante, porque sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sólo sean los dos a que se refiere el artículo 51 (de la Ley de S. A.), no es admisible que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante que no es precisamente un acuerdo para una interpretación que pugna con las palabras de la misma y sobre todo con un recto sentido. Ver comentario a la reseñada Resolución de don EUGENIO F. CABALEIRO en esta Revista, núm. 494, enero-febrero de 1973, pág. 195.

(13) El procedimiento judicial idóneo para levantar el velo de la personalidad jurídica sería difícilmente el recurso judicial previsto en el artículo 66 de la Ley, pues éste piensa en los mismos intereses que podrían entablar el recurso gubernativo (art. 112, 1.º del R. H.) y a éstos ya se les vio el escaso interés en levantar el velo. Igual puede decirse en cuanto al posible fraude a terceros, pues si la calificación no detiene el acto fraudulento en vía cautelar, las cosas pueden ponerse difíciles al tercero defraudado.

personal o de intereses de ambos. Pero es innecesario decir que en otros múltiples casos debe entrar en cuestión si la personalidad jurídica debe desaparecer dejando al descubierto las personas físicas (u otras personas jurídicas) de los asociados, socios o destinatarios de la persona jurídica, para evitar que la personalidad moral sirva como instrumento de fraude.

SERICK (14) describe entre los casos de perjuicio ilícito a terceros con ayuda de la forma de persona jurídica, el del mutuo a favor de la Sociedad de un solo socio: se constituye una persona jurídica cuyo capital sea insuficiente para los negocios planeados, y luego el socio único o «quasi único» entrega el capital necesario a título de préstamo, con lo cual se atribuye el papel de acreedor para el caso de fracasar el negocio; como socio quedaría pospuesto a los auténticos acreedores, pero como acreedor concurrirá con ellos, acaso con preferencia. Con razón, el Tribunal del Reich, en constante jurisprudencia, entra entre bastidores de la persona jurídica para examinar las circunstancias de hecho y el supuesto préstamo queda calificado como inversión de socio encubierta (15).

D) *Derechos reales en cosa propia*.—El tercer punto determinante del triángulo en el que se mueve el caso del recurso es también un tanto mortificante: el de los derechos reales en cosa propia. En ningún momento del recurso aparece, ni las partes hacen la menor referencia al mismo, ni la Dirección tampoco. Sin embargo, apenas levantado el velo de la persona jurídica nos aparece en toda su plenitud, hasta el punto de hacer desaparecer el del autocontrato. Si a los señores Bautista y Moreno les privamos del manto social, nos aparecen inmediatamente como dueños de una finca constituyendo una hipoteca a favor del segundo de ellos; estamos, pues, ante una hipoteca de propietario en cuanto a una mitad.

Cuando hace ya cuarenta años PÉREZ y ALGUER traducen y anotan el *Tratado* de ENNECERUS, sólo encuentran como casos de derechos reales de propietario los que pueden surgir de la herencia aceptada a beneficio de inventario (el dueño hereda un derecho real limitado sobre su cosa o viceversa) y el del nacimiento (¿continuación?) de servidumbre por destino del padre de familia (art. 541 del Código). El Derecho alemán admite los derechos reales de propietario con más generosidad. El B.G.B. los admite, en general, como consecuencia de no extinguirse los gravámenes por reunirse en una misma persona el dominio y el derecho real limitado o la propiedad de los predios dominante y sirviente; pero también los admite *ab origine*, aunque con mayor cautela (16), en algunos casos, como el del gravamen de la cosa común en favor de los copropietarios.

(14) ROLF SERICK: *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles*, Barcelona, 1958, páginas 237 y ss., y 256 y ss.

(15) SERICK estudia dentro de un mismo capítulo dos problemas de interpretación de dos preceptos del B. G. B. en relación con la persona jurídica. Uno el indicado sobre el juego del principio de fe pública registral (parágrafo 892 del B. G. B.) cuando o transmite o adquiere (terceros protegidos por dicha norma) es una persona jurídica de la que forma parte el otro contratante persona física. El otro caso es el referente al autocontrato (parágrafo 181 del B. G. B.) del órgano de la persona jurídica consigo mismo como persona física: el socio único y único administrador de una sociedad de responsabilidad limitada prestó a ésta 64 000 marcos de su patrimonio particular, la sociedad cae en quiebra y el Tribunal del Reich falló que el socio único no podía contratar consigo mismo como gerente de la sociedad y que no cabe estimar permitida en este caso la autocontratación, porque al autorizar la operación la sociedad estaba representada por la misma persona, por lo que la prohibición del autocontrato (parágrafo 181) afecta también a dicha autorización, autorización para el préstamo y préstamo constituyen un negocio jurídico unitario. SCHREIER se opuso a la sentencia por faltar la contraposición de intereses; pero hay que tener en cuenta que la contraposición de intereses no aparece en el texto literal del precepto. De todas maneras lo que ocurre es que si el parágrafo 181 no es suficiente para estimar ineficaz el préstamo y por ello fuese preciso acudir a levantar el velo de la persona jurídica, nos encontraríamos no con un caso de autocontratación en sentido estricto, sino con el autocontrato puro en que hay un solo contratante y una sola parte (A. presta a A.).

(16) ENNECERUS sólo cita tres casos, el citado en el texto, la deuda inmobiliaria de propietario (*Eigentümergrundschild*) y el de que coincida en una misma persona la condición de *versus dominus* de una cosa y de adquirente de buena fe de un gravamen sobre la misma, en virtud de la fe pública registral o de la adquisición de muebles por la posesión de buena fe. Pero según dicho autor los derechos reales sobre cosa propia deben admitirse siempre que exista un interés jurídico en su naci-

El párrafo 1.009 dispone que la cosa común puede ser gravada a favor de un copropietario. También puede gravarse una finca con una servidumbre predial, aunque el predio dominante o el sirviente correspondan en propiedad a un copropietario de la otra finca. Esta norma, aunque aplicable a la copropiedad romana del B.G.B. (*Miteigentum*), es una de las concesiones hechas en él a la tradicional propiedad germánica en mano común. La pura tradición romanista consistía en que el gravamen de la cosa en condominio a favor de uno de los condueños ha de limitarse a las participaciones indivisas de los otros y nunca gravar la cosa entera. La diferencia es importante en cuanto al rango de los gravámenes anteriores y en el caso de cesión del gravamen.

La solución en nuestro Derecho, aunque acaso no sea la más conveniente desde un punto de vista práctico, parece ser la romana si tenemos en cuenta que la regulación de la comunidad de bienes en nuestro Código no parece haber hecho muchas concesiones a la comunidad germánica en mano común, y nuestra legislación hipotecaria se ha resistido a admitir las figuras germánicas de hipotecas y deudas inmobiliarias de propietario. Siendo así, en cuanto el velo de la persona jurídica «Resinol, S. L.», se levantara, don José Bautista podría constituir hipoteca sobre su mitad indivisa a favor de don Leandro Moreno, pero la totalidad de la finca a favor de uno de ellos no podrían hipotecarla ni siquiera juntos.

E) En resumen, en cualquier dirección que recorramos el triángulo (levantamiento del velo, autocontratación, hipoteca parcialmente de propietario), la solución apropiada dentro del Derecho positivo español nos resulta muy dificultosa en caso de posible controversia judicial, pero aún más para decidir su trato en vía de jurisdicción voluntaria registral. El Centro Directivo ha creído encontrar la solución fácil partiendo de que el Registrador no es quién para levantar el velo, y sin levantar el velo no hay autocontratación, porque hay dos personas diferentes—la Sociedad y el socio—, la primera actuando en base a un acuerdo social unánime, necesariamente excluyente de la autocontratación. Aún antes y más claramente que la autocontratación ha de excluirse la posibilidad de plantearse problema ninguno de derecho real sobre cosa propia, pues la cosa es de la Sociedad y el derecho real se constituye a favor de un socio.

Pero creo que el razonamiento de la resolución resulta tan sencillo únicamente partiendo de una idea que se prodiga a lo largo del recurso y que consiste en creer que en cuanto hay dos partes, dos personas, ya no

miento y concretamente al tratar de la servidumbre estudia *in extenso* las razones que abonan la servidumbre de propietario *ab initio*, frente a las opiniones contrarias de otros autores que no consideran permitida la constitución de la servidumbre predial de propietario, aunque sí su inscripción (GIERKE), o que aconsejan la corruptela iniciada en Berlín, de transmitir a un amigo una milésima (por ejemplo) de una de las fincas, constituir con él la servidumbre (posible conforme al párrafo 1.009), retransmitiéndose después dicha milésima sin que la servidumbre se extinga por confusión (ENNECERUS-WOLF *Derecho de cosas*, Barcelona, 1937, vol. I, págs. 11 y 17, y vol. II, págs. 39 y 40).

Inútil decir los inconvenientes prácticos que se derivan de la resistencia de la doctrina española a la servidumbre de propietario, resistencia más incomprensible cuando nuestra jurisprudencia ha admitido la constitución de servidumbre, aunque intervenga en lugar del dueño del fondo dominante el titular de cualquier otro derecho sobre el mismo. Es cierto que esta tenacidad en rechazarla se funda en que el romano *nullus res sua servit* aparece incluida en la delimitación del artículo 530 del C. C.; pero es extraño que sean los Registradores quienes más se resisten a la admisión de la servidumbre de propietario cuando la inscripción registral puede ser el mejor signo aparente establecido por el propietario de ambas fincas para que la servidumbre «continúe» activa y pasivamente si se enajenare una (art. 541 del Código) (17), y cuando la mecánica de los asientos registrales demuestra mejor que nada que la servidumbre predial es ante todo una relación jurídica entre dos predios que transitoria o incidentalmente pueden pertenecer al mismo dueño (18).

Por todo ello creo preferible que mediante la inscripción sea posible la servidumbre constituida entre predios del mismo dueño, sin necesidad de acudir a la corruptela de constituir e inscribir la bajo la condición suspensiva de que pase a distinto dueño la propiedad de uno de los fondos, que nos recuerda la corruptela berlinesa de la venta y reventa de la milésima.

(17) Confróntese con los artículos 692 a 694 del Código francés, aún más expresivos.

(18) Demostración que nada supone naturalmente contra la tesis de que verdaderas relaciones jurídicas en sentido propio sólo deban admitirse entre persona y persona.

hay autocontrato. La verdad es que en el autocontrato siempre hay dos personas, lo que ocurre es que una de ellas esta representada por quien es a la vez la otra parte o el representante de la otra parte. El autocontrato puro con una sola parte es otra cuestión diferente estudiada por otros lugares (voluntad unilateral como fuente de obligación, constitución de derecho real sobre cosa propia, etc.). Los considerandos de la Dirección no incurren en el desconocimiento de esta diferencia entre autocontrato (auto-entrada del representante) y el autocontrato puro o gramatical, pero tampoco dejan de encontrarse un tanto influidos por este confusionismo al encontrar tan indudable que el autocontrato desapareciese simplemente por «haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado».

Este planteamiento tan elemental desconoce las particularidades del autocontrato en la representación orgánica, en todo supuesto en el que la voluntad del órgano superior que ha de asumir el papel de representado, a los efectos de salvar el obstáculo de autocontratación del representante, está total o parcialmente constituido por el mismo representante o acaso por la otra parte contratante.

Ya hicimos mención de las dificultades interpretativas de las disposiciones de otras legislaciones, encaminadas a salvar la eficacia de acuerdos de órganos colectivos a pesar de que forme parte de ellos el contratante con la Sociedad. Esas dificultades interpretativas se van haciendo mayores a medida que el número de socios de la Asamblea o de miembros del Consejo se reduce, y llegan a su punto máximo cuando se trata de sólo dos con participación igualitaria. La Dirección ha estimado que la voluntad única del socio no interesado implica un acuerdo unánime en favor de la exclusión de contradicción de intereses. La falta de normas específicas en la legislación mercantil la autorizaban a llenar la laguna en esta forma, y por ello creemos que no proceden especulaciones encaminadas a averiguar si tendrían igual o mejor fundamento otras soluciones distintas del problema, a saber:

- Reducido el órgano social a un solo socio por la incidencia en autocontratación del otro, no cabe acuerdo ni a favor ni en contra del contrato a celebrar.
- Reducida la Sociedad, por la autocontratación de uno de los socios, a Sociedad de un solo socio, se está en un caso de descorrimiento automático del velo, y la imposibilidad de gravar la totalidad de la cosa común a favor de uno de los conductores impide la inscripción de la hipoteca.

T. C. G.