

2. MERCANTIL  
DERECHO DE SOCIEDADES

*Administradores y libro registro de acciones  
nominativas*

*Directors and registered shares book*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

**RESUMEN:** En la práctica resulta muy importante la delimitación del ámbito de las facultades de los administradores en orden a proceder a la inscripción de las transmisiones de acciones en el libro registro de acciones nominativas.

**ABSTRACT:** *In practice, the delimitation of the scope of powers of directors in order to proceed with the registration of share transfers in the registered shares book is very important.*

**PALABRAS CLAVE:** Administradores, transmisión de acciones, libro registro acciones

**KEYWORDS:** *Directors, shares transfer, registered shares book*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. DEL ALCANCE DE LA LABOR DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES EN EL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica y en el seno de determinadas operaciones societarias, no sólo en compraventas, sino también en la constitución de derechos reales, hemos de tener muy presente el papel que desempeña la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, o de participaciones sociales, en su caso, así como el al-

cance del control que pueda hacer el órgano de administración para la práctica de dichas inscripciones, extremo éste último que va a centrar este trabajo.

Realmente, el valor de dichas inscripciones queda en muchos casos completamente denostado y desafortunadamente, en algunos casos, no hemos obtenido respuestas judiciales correctas. Por ejemplo, en el ámbito del valor de la inscripción del derecho real de prenda sobre acciones nominativas en el libro registro de acciones nominativas, ya asistimos en su día a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) núm. 391/2021 (JUR 2022/31520) que de forma inexplicable, con apoyo presunto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016, reiteramos presunto, puesto que el Alto Tribunal no se pronunció en dichos términos, llega a la siguiente afirmación categórica (FJ Segundo):

*“En definitiva, conforme a la citada Sentencia del Tribunal Supremo, el contrato produce solo efectos obligacionales y la constitución del derecho real de prenda sobre acciones no impresas exige la inscripción en el libro registro como sustitutivo de la necesaria entrega.”*

Como ya dijimos en su momento, <sup>1</sup> ni la inscripción en el libro registro de socios o de acciones nominativas, en este caso, ni es constitutiva ni goza de publicidad material desde la perspectiva del tercero de buena fe, ya que como ejemplo del fallo actual del sistema registral societario compuesto por el libro registro se pone el ejemplo de la prenda con fecha fehaciente anterior. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 171/2008 de 28 febrero de 2008 (RJ 2008/2931), no deja lugar alguno a dudas sobre la inexistencia del carácter constitutivo de la inscripción en el libro registro de la transmisión de unas acciones.

En lo que nos ocupa en estos instantes, o sea, el alcance del control por parte del órgano de administración acerca de la transmisión de acciones con el objeto de poder verificar la inscripción o no de la misma en el libro registro oportuno, las respuestas que han venido ofreciendo los Tribunales distan de ser claras al respecto y mucho menos evidencian la existencia de una doctrina jurisprudencial que nos pueda servir de guía, ya que por el contrario, la extracción aislada por parte de un lector parcial de afirmaciones que se recogen en dichas Sentencias, pudieran llevar, a nuestro juicio, a conclusiones equívocas.

Nos referimos en primer lugar, a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 (Id Cendoj: 28079370282020101428).

En este caso, y en su escrito de oposición, KENDALL insiste en negar que BPP adquiriera la condición de socio por efecto de la dación en pago formalizada por medio de la escritura pública de 14 de febrero de 2014. Como razón de tal rechazo, apunta KENDALL que no hubo *traditio*, puesto que el título que le fue entregado a BPP (título múltiple número 127, representativo de las acciones NUM000 a NUM001) había sido anulado, enfatizando que el que le sustituía (título múltiple 7, representativo de las acciones NUM002 a NUM003) estaba en poder de KENDALL, pendiente de canje. En el caso que nos ocupa, el título primitivo del Sr. Jerónimo había quedado anulado al no solicitarse su canje dentro del plazo anunciado y la sociedad no había procedido, como prescribe el artículo 117.2 LSC, a la remisión del nuevo, reteniéndolo en depósito.

La Sentencia apelada reconoce la eficacia inter partes de los acuerdos cerrados entre el Sr. Jerónimo y BPP. No obstante, rechaza que se deba condenar a

KENDALL a reconocer como socio a BPP con efectos desde la fecha de la escritura pública en que se formalizaron tales acuerdos, señalando como razón que la transmisión no se había justificado adecuadamente ante KENDALL mediante la exhibición del original o de copia testimoniada de la escritura pública en cuestión, exigencia que se hace derivar del juego de los artículos 122 y 106 LSC.

En definitiva, existe un comprador de acciones con causa en escritura de dación en pago quien demanda a la sociedad para que se le reconozca como accionista y se le inscriba en el libro registro de acciones nominativas, a lo que se niega la sociedad esgrimiendo que no hubo entrega de las acciones, puesto que el título múltiple que se entregó había sido anulado y el sustituto continuaba pendiente de canje.

La Audiencia Provincial de Madrid introduce el debate exponiendo que en el supuesto de transmisión de acciones nominativas cuyos títulos representativos no hubieran sido entregados rigen las reglas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales. Ahora bien, dentro de ese régimen, los artículos 1.527 del Código Civil y 347.2 del Código de Comercio no establecen, a los efectos que aquí interesan, una pauta, en el sentido de que el mero conocimiento de la cesión por parte de la sociedad opera en aquel supuesto como fuente de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales.

Siendo la legitimación eminentemente una técnica de protección de la sociedad, la normativa societaria establece mecanismos de control adicionales por parte de la beneficiaria de la protección. En concreto, cuando se trata de la transmisión de acciones nominativas mientras no se haya impreso y entregado los títulos, el segundo párrafo del artículo 120.2 LSC establece que *“los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas”*.

La Audiencia Provincial de Madrid, en esta discutible Sentencia, nos viene a concluir lo siguiente:

*“15. Existe, por lo tanto, un deber de control por parte de la sociedad, a través de sus administradores, cuyo objeto es comprobar si la transmisión está o no acreditada. Evidentemente, ese control no puede extenderse a la validez sustantiva de la transmisión, pues ello supondría una intromisión en materias que incumben exclusivamente a las partes del negocio transmisivo, debiéndose limitarse a los aspectos externos, en particular, a la existencia real del negocio y a la regularidad de la cadena de transmisiones, y, en su caso, a si se han respetado o no las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones impuestas estatutariamente. Por lo demás, el control consiste en la simple constatación de un hecho, sin margen alguno de decisión”*

En otro precedente conocido, igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 43/2021 de 21 enero (JUR 2021\118161), en realidad no se discutió la titularidad formal o material de las acciones, ya que consta en la misma lo siguiente:

*“7. En cuanto a lo primero (regularidad del título del solicitante), la Sentencia afirma que ICONOS es la titular de 1.078.368 acciones nominativas que en su día correspondían a CORPORACIÓN AUGUSTA, a la vista del pronunciamiento vinculante y de cosa juzgada del laudo arbitral del TAS.*

*Titularidad material o sustantiva que no es cuestionada en esta alzada. Añadir, además, que, al no constar que los títulos de las acciones nominativas estuvieran im-*

presos y no resultar posible el endoso para su transmisión (art 120.2 LSC), no había que comprobar la regularidad de la cadena de endosos (supuesto de la STS 171/2008, de 28 de febrero), sino que, al proceder la transmisión de acuerdo con la normas de cesión de créditos y derechos incorporales, el consejo de administración de la SAD debía limitarse a verificar la existencia del negocio de transmisión y la traditio; presupuestos no cuestionados en esta alzada.

Transmisión de la titularidad que, a mayores, venía corroborada por el laudo arbitral (su parte dispositiva) en la que se declaraba expresamente que el 7 de marzo de 2018 se produjo el perfeccionamiento del contrato de compraventa de las acciones del Real Murcia C.F., S.A.D., transmitiéndose la propiedad de todas las acciones de las que era titular Corporación Empresarial Augusta, S.L. en la sociedad Real Murcia Club de Fútbol, S.A.D. en favor de Iconos Nacionales S. de R.L. de C.V.

El que ese laudo fuera extranjero y no constase en esa fecha aún protocolizado, pues no se disponía de su integridad (y por ende no era posible haber instado su reconocimiento y ejecución en España) no es determinante, ya que lo que era objeto de inscripción no era el laudo, sino la transferencia de las acciones, y esta se produce al margen del laudo, que se limita a declararla y condenar a la contraparte negocial (el transmitente), ante la controversia surgida con el adquirente.

Por tanto, en cuanto a este particular, la falta de inscripción no resultaba justificada, dado que no solo formalmente la transmisión estaba plenamente acreditada, sino, además, declarada expresamente su regularidad por resolución definitiva del órgano dirimente (TAS), designado a tal efecto por las partes implicadas”.

Lo mismo sucede en la Sentencia del Juzgado Mercantil de Palma (Provincia de Illes Balears) Sentencia núm.. 83/2023 de 31 marzo (JUR\2023\323268), donde igualmente no se discutió la validez material o formal de la transmisión, sino simplemente la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, recogiendo el debate de la siguiente forma:

Pues bien, en el presente caso, aplicando la Jurisprudencia citada, y partiendo de que en este procedimiento de impugnación de acuerdos sociales se puede examinar la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro, sin necesidad de un procedimiento previo, procede declarar que la sociedad ACEITES MARTORELL, S.A. pese a que en el Libro Registro de acciones nominativas de la sociedad, (que no consta legalizado para garantizar un registro cronológico y sin ulteriores manipulaciones de las operaciones de la sociedad), no estaban inscritas las 2.120 acciones vendidas por D. Luis Alberto, era socio de la sociedad APARTHOTEL CLUB POLLENSA, S.A.

Así permite afirmarlo el título de transmisión de las acciones, la escritura de fecha 19 de diciembre de 1991 y el hecho de que la venta de las acciones realizada por D. Luis Alberto, como se desprende del certificado expedido por D. Rodrigo obrante en la citada escritura, cumplió los requisitos estatutarios, en concreto, el art.10 de los estatutos sociales en orden a la transmisión de las acciones a favor de la entidad ACEITES MARTORELL, S.A.

La sociedad demandada, en las Juntas de 19 de julio y 20 de diciembre de 2021, negó la condición de socio a la entidad ACEITES MARTORELL, S.A. pese a que ya se le había comunicado, como se desprende del Acta notarial de 2 de diciembre de 2019, mediante un correo de fecha 4 de diciembre de 2019, la transmisión de las acciones, aportándole copia de la escritura de 19 de diciembre de 1991.

*La sociedad niega la condición de socio a ACEITES MARTORELL, S.A. y alude a que no están inscritas sus acciones en el libro Registro. Sin embargo, fue la sociedad la que, tras comunicársele la transmisión mediante la aportación de la escritura, no procedió a la inscripción.*

## II. DEL ALCANCE DE LA LABOR DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES EN EL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS

En primer lugar, ha de decirse que la transmisión de las acciones nominativas impresas y entregadas se puede efectuar, en nuestro sistema, además de por endoso —negocio jurídico de transmisión integrado por la declaración cambiaria y la entrega del documento—, por otros medios compatibles con la existencia y el carácter de los títulos de que se trata —artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital.

A esa exhibición de los títulos se refiere el artículo 120 para el caso de que se hubieran transmitido por endoso, con la finalidad de que los administradores comprueben la regularidad de la cadena de aquellos. Pero, con alcance general, también la exige el artículo 122 del mismo texto, al disponer que, tratándose de acciones nominativas, la exhibición de las mismas será precisa para obtener la inscripción en el libro correspondiente.

De esta forma, se pronuncia pues el artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital para la exhibición del título cuando circula por endoso:

*“La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título. Los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro-registro de acciones nominativas.”*

Y con carácter general, con independencia de la circulación de la acción vía endoso o cesión de créditos, el artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital, se pronuncia literalmente del siguiente tenor:

*“Artículo 122. Legitimación del accionista.*

*Una vez impresos y entregados los títulos, la exhibición de los mismos o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada será precisa para el ejercicio de los derechos del accionista. Tratándose de acciones nominativas, la exhibición solo será precisa para obtener la correspondiente inscripción en el libro-registro de acciones nominativas.”*

Como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005 (RJ2005/4420) resulta necesario comunicar la transferencia de los títulos a la entidad mercantil, para gozar del derecho de asistencia a la Junta, razonando lo siguiente:

### *SEGUNDO*

*Sobre la precisa consideración del carácter imperativo de las reglas que rigen las sociedades anónimas, en cuanto constituyan garantías en beneficio de terceros, y, presupuestos para la regularidad de la organización y funcionamiento de la propia sociedad, ha de consignarse que la legitimación de los titulares para asistir a las Juntas, en el caso de las acciones nominativas exige que éstas consten inscritas a nombre de los mismos en el registro, con cinco días de antelación al que haya de celebrarse la junta: este registro no es otro que el «libro registro de acciones nominativas» regu-*

lado por el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, que claramente determina que «la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro». Estatutariamente, sin embargo, están ampliadas las posibilidades de asistencia a la Junta, pues el artículo 17 dispone, que: «Será requisito necesario para que cada socio pueda asistir a las Juntas tener inscrita la titularidad de sus acciones en el Libro-Registro con dos días de antelación al menos a aquél en que haya de celebrarse ésta o exhibir con igual antelación documento público de adquisición de quien en el Libro-Registro figura como titular».

Por tanto, no es menos cierto que la solicitud por el adquirente de la inscripción en el libro-registro de acciones nominativas impone a la sociedad, a través de su órgano de administración, el deber de practicarla, previa verificación (a) de la regularidad del título del solicitante (art 120) y (b) del cumplimiento de los requisitos estatutarios, si existen (art 123 y 28 LSC y STS 406/1992, de 14 de abril y STS 1035/1999, de 2 de diciembre), ya que dicha inscripción de la transmisión en el libro no es automática.

Como reseña la Sentencia del Tribunal Supremo 171/2008, de 28 de febrero:

*«Antes bien, para que se produzca es necesario, por parte del adquirente, que lo solicite y que acredite la adquisición.»*

*Mientras que a la sociedad le corresponde comprobar, bajo su responsabilidad, la regularidad aparente de una y otra—la Sentencia de 22 de febrero de 2.000 hizo referencia al necesario control de esa legitimación del adquirente, mediante la comprobación de la normalidad de la transmisión—.*

*Los administradores, aunque el de registrar sea un acto reglado y el control que puedan ejercer se limite a los aspectos externos y aparentes de la titularidad afirmada por el solicitante de la inscripción, pueden oponerse a reconocer la legitimación tabular, ya sea por defectos de la solicitud, ya de la misma titularidad afirmada—por disconformidad con las reglas del tracto sucesivo o con la misma apariencia—. Pueden, por ello, los administradores exigir la exhibición de los títulos para llevar a cabo la verificación expuesta, previamente al reconocimiento de la legitimación del adquirente.»*

Y ello debe hacerlo el órgano de administración de forma diligente y de buena fe, como la Sentencia del Tribunal Supremo 128/2000, de 22 de febrero recuerda:

*«El cuidado en el ejercicio de estas facultades que competen a los administradores ha de ser máximo —puede lograr respaldo o puede arrastrar, con la revocación de la decisión tomada, la anulación de los actos viciados por ella— pues aun cuando no gozan de facultades de calificación, su decisión sobre la regularidad o no de las transmisiones casi llega a alcanzar aquella categoría y producirá efectos en tanto no se impugne con éxito ante Tribunal que, apreciando su desvío, ordene la registración con todas las consecuencias legales que de ella se derivan»*

Por otro lado, en la doctrina mercantilista, a favor de la decisión amplia revisora de los administradores se ha sostenido, Vid. Recalde, Andrés, <sup>2</sup> lo siguiente: <Los administradores están obligados a una correcta llevanza del libro registro, a la que quedan vinculados en virtud del deber general de gestionar los asuntos sociales con lealtad y diligencia (art. 225.1 LSC). Una vez que se les comunica la transmisión de la acción, deben inscribirla “de inmediato” (art. 120.1 párr. 2.º LSC).

La infracción voluntaria de este deber incide en la eficacia del libro registro. La falta de inscripción imputable a la sociedad (incluso aunque se debiera a la ausencia del libro registro) o la demora no justificada (p. ej. se deniega la inscripción antes de que se celebre la junta general para impedir al adquirente el ejercicio del derecho de asistencia) son conductas, cuyas consecuencias, al margen de la responsabilidad personal de los administradores y de la sociedad, inciden en los efectos del libro registro. La irregularidad en la llevanza no perjudica al verdadero socio, ya que la sociedad no podría alegar que sólo puede reconocer como accionista al inscrito en el libro registro.

Los administradores deben modificar los datos del libro después de que se les notifica la transmisión y de que comprueban su regularidad. En primer lugar, deben verificar que el adquirente que solicita inscribirse adquirió las acciones del accionista que estaba legitimado para transmitir las. La adquisición pudo realizarse mediante los procedimientos de circulación propios de los títulos a la orden. A estos efectos, es suficiente con que los administradores comprueben que el solicitante de la inscripción era el último eslabón de una cadena de endosos que se refleja en la misma acción (art.122 segundo inciso LSC). Una vez verificada la regularidad formal del último endoso, la sociedad inscribirá al endosatario, a quien desde entonces tendrá por accionista.

Si la transmisión era formalmente irregular (p. ej. se rompió la cadena de endosos porque el endosatario no adquirió del anterior legitimado), los administradores podrán negarse a la inscripción.

La inscripción se somete a las normas y principios del Derecho de títulos-valor. Al controlarla regularidad de la transmisión, los administradores deben actuar de buena fe. Por eso, rechazarán la inscripción si conocían o debían conocer que quien la solicita realmente no adquirió las acciones y disponían de medios de prueba líquidos para demostrarlo. Si, ello no obstante, inscriben al adquirente, habrán obrado de mala fe y no podrán ampararse en los datos resultantes del libro registro. Pero los administradores no deben valorar la suficiencia causal de la transmisión ni oponerse a la inscripción porque esta se realizase a título fiduciario (p. ej. cesión legitimatoria).

Si no se emitieron los títulos o, en general, si la transmisión de las acciones se realizó conforme al Derecho común, la adquisición de las acciones debe probarse con arreglo al régimen de la sucesión mortis causa o de la cesión. Pero la sociedad también puede exigir en este caso que quien solicita inscribirse presente el título. Sólo así se cubrirá del riesgo de un cumplimiento no liberatorio, como el que se produciría si aparece un tercer adquirente de buena fe que invoca la protección del régimen de los títulos-valor.

Los administradores deben controlar la transmisión también desde una perspectiva material, lo que, ante todo, supone juzgar si concurren los requisitos para transmitir y adquirir (capacidad, poder de representación, facultad de disponer). No deben inscribir la transmisión si en esta intervino un representante sin poder, si conocen la falsedad de las declaraciones de voluntad, la vis absoluta que vició la voluntad de alguno de los contrayentes o cualquier circunstancia que pudiera afectar a la validez del negocio.

El control se proyecta, igualmente, al cumplimiento de los estatutos, en particular a las previsiones que restringen la libre transmisión de las acciones. Si

los administradores entienden que en la transmisión que se pretende inscribir se incumplieron estas cláusulas, pueden y deben negarse a inscribir al adquirente. El adquirente que entienda que ilícitamente se le denegó la inscripción y, con ello, el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de accionista no puede impugnar la junta celebrada sin su presencia, si no ejerció una acción *"tendente a obtener la plenitud de su invocada condición de accionista, también ante la sociedad"*

Ahora bien, si la sociedad inscribió al adquirente, quien se oponga debe demostrar que no se aplicó la cláusula de los estatutos y solicitar que se rectifique el libro registro, que, mientras tanto, seguirá siendo eficaz.

En definitiva, mientras se discute si la transmisión se adecuaba o no al régimen estatutario, la sociedad puede y debe estar a lo que resulta del libro registro de acciones nominativas, aunque luego los tribunales anulen la transmisión y sus efectos. En tal caso será necesaria una nueva anotación que modifique la anterior. En cambio la sociedad no puede crear un nuevo libro registro ni el presidente de la junta puede elaborar la lista de asistentes en contradicción con las indicaciones del libro registro.>

Volvemos a incidir que en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid no se discutió la titularidad formal o material de la transmisión que permitiera a la Ilma. Audiencia Provincial enjuiciar el caso desde la existencia real del negocio (aspecto legitimador que sí reconoce la Audiencia Provincial de Madrid al órgano de administración) frente a la validez sustantiva de la transmisión (aspecto legitimador que no reconoce la Audiencia Provincial de Madrid), ya que en la misma se recoge que el ámbito de discusión lo era sobre aplicación española o extranjera, del siguiente modo:

*"17. Aduce KENDALL que el contrato celebrado en 2014 por BPP y el Sr. Jerónimo es contrario a la ley española.*

*Como presupuesto de tal postulado se mantiene que, frente a lo manifestado en el documento contractual, en el sentido de que el contrato se somete a la normativa portuguesa (apartado 3, dentro del apartado "9.*

*Disposiciones finales")*, la ley aplicable al mismo es la española, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito."

Pues bien, ¿qué es la existencia /inexistencia real del negocio? Para poder comprender este término acudimos al análisis realizado de dicho concepto realizado por la doctrina civilista.

Para ello, sumamente reveladores son los razonamientos realizados al respecto por Delgado Echevarría (Catedrático de Derecho Civil) y Parra Lucán (Catedrática de Derecho Civil y Magistrada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo),

<sup>3</sup>cuando nos enseñan lo siguiente:

#### <1.6 La inexistencia

La 'inexistencia' es un concepto desconcertante, pues no es cualidad predicable del contrato como pueden ser la invalidez o la ineficacia. En la jurisprudencia, sirvió sobre todo para dar un tratamiento a los contratos simulados absolutamente (evitando la aplicación de los arts. 1.301 y 1.302. En la doctrina, tiene una his-

toria atormentada. Autores recientes proponen fundar esta categoría sobre nuevas bases.

El Tribunal Supremo utiliza habitualmente el término “inexistencia” referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1.261, reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes, en el sentido del art. 6.º-3. Pero no pretende luego extraer consecuencias de esta distinción terminológica, que resulta así poco relevante.

La introducción de la categoría de la inexistencia del acto o contrato se debió en Francia a una necesidad práctica coyuntural. En la antigua doctrina francesa se había consolidado la regla *pas de nullité sans texte*.

Promulgado el Código, se advirtió que el legislador había dejado de señalar la nulidad de actos cuya falta de protección por el Derecho era evidente: en concreto, nada decía sobre el matrimonio de dos personas del mismo sexo. La misma evidencia de la nulidad explicaba el olvido del legislador, que la doctrina se apresuró a subsanar advirtiendo que, en tal caso, no es que el matrimonio sea nulo, sino algo más grave: se trata de un *matrimonium non existens*. Es claro que, no aceptado el principio de necesaria expresión legal de todas las causas de nulidad, el concepto de inexistencia nos es innecesario para llegar a resultados como el aludido.

*Cfr. Ghestin, J. 1988, 874 y 876; Larroumet, Ch. 1990, 505 ss.*

Pero desde entonces la doctrina —muy particularmente la italiana— se ha esforzado por diferenciar la nulidad de la inexistencia: se dice, por ejemplo, que para poder calificar de inválido a un contrato tendrá al menos que existir, con lo que la inexistencia será cosa distinta de la invalidez. Se define, entonces, la inexistencia diciendo que, en tal caso, falta un requisito de tal alcance que “impide la identificación del negocio” (Santoro Passarelli), que “hace inconcebible el negocio” (Cariota Ferrara) o que impide se dé “el concepto de negocio” (Scognamiglio). Estos planteamientos doctrinales tuvieron algún eco en España, señaladamente a través de los Mozos (1960). Pero el mismo autor reconocía en 1983

que “*el concepto de inexistencia del negocio jurídico carece de entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades*”.

*De los Mozos, J. L. 1960-1, 486 ss. y 1983, 481 ss.; también en 1987, 570-572. Con posterioridad, Pasquau ha insistido en que la nulidad, como sanción jurídica, presupone la existencia, mientras que la inexistencia debe restituirse al plano estricto del supuesto de hecho (Pasquau Liaño, M. 1997, 161 y ss.).*

El alcance práctico de la cuestión reside, en nuestra opinión, en la posibilidad de distinguir consecuencias diferentes para el contrato inexistente y para el nulo: es decir, de identificar en la inexistencia una disciplina distinta a la de la nulidad. Ciertamente, si esta diferenciación puede hacerse, el concepto de inexistencia sería útil y necesario. Se ha argumentado que los contratos nulos pueden producir, a pesar de todo, ciertos efectos más o menos excepcionales o indirectos, que son susceptibles de conversión (sobre la relación entre la conversión y la categoría de la inexistencia, en la doctrina italiana, vid. Díez Soto, C. 1994, 123-125) y aun, en ciertos casos, de convalidación; mientras que en la inexistencia todo ello quedaría excluido. También puede añadirse que no en todos los casos la nulidad es apreciable de oficio. Aun dando todo ello por cierto, no resulta suficiente para asentar la categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad de pleno derecho. Que ciertos contratos nulos produzcan algún efecto, o sean susceptibles de conversión,

no permite distinguir de la nulidad una categoría diferente —la inexistencia—, sino tan sólo obliga a matizar ciertas diferencias entre contratos nulos, por causas que no posibilitan la construcción unitaria de una nueva categoría doctrinal.

Cabe concluir, entonces, que la “inexistencia” no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad. Puede entenderse que es precisamente para evitar esta utilización por lo que el art. 34-2 LSA incluye el término ‘inexistencia’ junto a los de ‘nulidad’ y ‘anulación’, del siguiente modo: “Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad ni tampoco acordarse su anulación”. No consagra con ello la ‘inexistencia’ como una categoría de ineficacia o invalidez, sino que establece una cláusula de cierre para evitar que en la práctica se salten los límites del art. 34-1 que, en cumplimiento de las Directivas europeas, establece un numerus clausus muy rígido de causas de nulidad.

Con la repetida utilización por el Tribunal Supremo del calificativo de “inexistentes” respecto de los negocios simulados se trataba de negar la aplicación de los artículos 1.301 y 1.302, para lo que se buscó un término distinto al de nulidad —que preside dichos artículos—, con apoyo en la dicción del art. 1.261 (para la Sentencia 8 marzo 1994, *“al margen de las disquisiciones doctrinales en orden a si existe o no distinción entre la inexistencia y la nulidad radical, es lo cierto que la doctrina de esta Sala, no muy abundante pero sí unívoca, tiene declarado que tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta, el art. 1.301 Cc. no es aplicable, ya que estos contratos carecen de toda validez”* (cita Ss. 23 marzo y 10 abril 1933, 13 mayo y 22 noviembre 1983 y 31 octubre 1992). Pero en la situación presente de la doctrina, bien establecidas las diferencias entre nulidad (de pleno derecho) y anulabilidad, se presta a confusión seguir manteniendo aquella terminología: los contratos en que falta alguno de los requisitos del art. 1.261 están sujetos a la misma disciplina que los contrarios a las leyes (o bien, en algunos casos discutidos, a la de los contratos anulables —incapacidad natural, error obstativo, violencia—; pero nunca a una disciplina distinta, propia de contratos “inexistentes”), es decir, la disciplina genérica de la nulidad de pleno derecho, *“a causa de lo cual —reconoce la S. 5 marzo 1966— se suelen incluir los dos conceptos dentro del capítulo genérico de la nulidad, distintos ambos de la simple anulabilidad de que trata el Código civil —con error terminológico en la denominación— en los arts. 1.300 y ss.”*.

Expresiones que reiteran las Ss. 29 abril 1986, 24 febrero 1992, 20 junio 1996 y 29 abril 1997 (un análisis jurisprudencial en Pasquau Liaño, M. 2000 b, 2160 y ss.). Un camino por el que, en ocasiones, el Tribunal Supremo llega a la unificación —que siempre ha mantenido— del régimen de la inexistencia y el de la nulidad absoluta es el de considerar que en la simulación hay incumplimiento de una norma imperativa (el art. 1.261-3: ausencia de causa), por lo que resulta aplicable el art. 6.º-3. Así en la S. 23 octubre 1992. La S. 16 junio 1989, en un caso de tercera de dominio en que el acreedor ejecutante opuso al tercero la simulación de su título de adquisición, admite la excepción (sin reconvención), declarando que *“debe advertirse que la nulidad por simulación fue alegada como excepción única, como es posible alegar la nulidad radical, según reiterada jurisprudencia aplicable a la simulación, pues aun cuando, si es total, su consecuencia es la declaración de inexistencia, tal declaración tiene en la práctica, si en el proceso están presentes todos*

los afectados, las mismas vías de postulación que la declaración de nulidad” (vid. Albiez Dohrmann, K. J. 2000, 2238).>

Por tanto, doctrinal y jurisprudencialmente se sostiene que inexistencia (existencia real) es una categoría idéntica a la nulidad contractual, estando por tanto legitimados los administradores para la verificación de la misma, según las propias palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020.

Negativamente, la meritada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 parece negar el efecto legitimador del órgano de administración para cuestionar la validez sustantiva de la transmisión.

En consonancia con lo anterior, ¿hay negocios válidos (existentes) que sin embargo no tienen efectos transmisivos para poderlos contraponer con la categoría de inexistencia /nulidad del negocio)? La respuesta es sin dudarla afirmativa y para ello recurrimos a título de ejemplo a la validez de la compraventa de cosa ajena sin efectos transmisivos que propugna sin discusiones la doctrina y la jurisprudencia.

Para poder ilustrarlo mejor, recordamos que la jurisprudencia (SSTS 23 junio 1951 y 7 abril 1977, entre otras) consideró en una primera etapa que la venta de cosa ajena era inexistente por falta de objeto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1953 (RJ 1953, 1262) ya se planteó la hipótesis de validez, aunque restringiéndola a la esfera interna de los contratantes, al señalar que:

*“aunque se admitiera con el recurrente que dado el carácter consensual que el contrato de compraventa tiene, la venta de una cosa ajena debiera de estimarse válida, tal cuestión podría ser debatida entre los contratantes para exigirse el cumplimiento del contrato o la indemnización correspondiente si tal cumplimiento fuere imposible, pero no podría afectar al copropietario de la cosa, tercero, en el contrato que no puede ser desposeído de su derecho por virtud de ningún contrato en que no haya intervenido y cuya nulidad puede reclamar, como se ha expuesto anteriormente, quedando a salvo el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas la de saneamiento por evicción que le reconocen los artículos 1474 y 1475 CC con los efectos señalados en el artículo 1478 CC”.*

El TS admitió claramente la validez de la venta de cosa ajena a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1958 (RJ 1958, 2537), al señalar que el hecho de que la cosa no sea propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo 1997 (RJ 1997, 1643) describió la evolución jurisprudencial señalando:

*“La teoría de la validez de la venta de cosa ajena, ante la cual, en un principio, fue reacia la jurisprudencia de esta Sala, está hoy admitida plenamente, dada la naturaleza consensual del contrato generador de obligaciones, entre las cuales destaca y es esencial la que tiene el vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de un precio, sin que ningún precepto exija que sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda ser entregada, bien por el vendedor ya dueño poseedor actual, bien por estar o quedar constreñido a la adquisición de la cosa para entregarla al comprador [como epítome la STS 5 mayo 1983 (RJ 1983, 2668)]”.*

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 noviembre 1997 admitió la validez de la venta de cosa ajena aunque permitiendo que el comprador pudiera resolverla por incumplimiento de la obligación de entrega.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6693) se refirió a los orígenes históricos de la figura:

*la llamada venta de cosa ajena fue admitida, como indudablemente válida, por el Digesto (18.1.28: rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio), aunque el dueño pudiera reivindicarla (sed res emptori auferri potest). Y lo propio hizo la quinta Partida (Ley 19, del título 5: cosa ajena vendiendo un ome a otro valdra la vendida). Aunque el Código civil guarda silencio sobre ella, esta Sala ha negado reiteradamente la nulidad del contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo [SSTS 5 febrero 1968, 3 julio 1981 (RJ 1981, 3043), 31 diciembre 1981 (RJ 1981, 5358) y 11 mayo 2004 (RJ 2004, 2733)].*

Y añadió:

*“Debe indicarse, sin embargo, que la venta de cosas ajenas plantea frente a las dueñas verdaderas una cuestión que no es de validez del contrato posterior, sino de oponibilidad de su eficacia transmisiva, unido al modo. Lo que significa que reconocer aquella, sin necesidad de ningún negocio accesorio de convalidación, no implica que la segunda compradora, esto es, la demandada, sea, pese a haber recibido instrumentalmente la posesión mediante la escritura (artículo 1462 CC), la dueña por virtud de una adquisición a non domino, ni, correlativamente, que las primeras compradoras, esto es, las demandantes, propietarias ya al perfeccionarse el segundo contrato, hayan dejado de serlo porque un tercero, que no les representa, hubiera vendido lo que era de ellas (nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet: Digesto 50.17.54). Precisamente porque las verdaderas dueñas son las demandantes se mantendrá el pronunciamiento de cancelación de los asientos que publican el derecho de la demandada”*

Colacionamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 febrero 2008 (RJ 2008, 2819) al declarar que:

*“la enajenación de una cuota en el condominio superior a la que corresponda a los vendedores es un caso de enajenación de cosa ajena (respecto a ese plus), y como tal debe ser tratada jurídicamente”.*

La doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 2007 y las que cita) es la de que la misma es válida y eficaz como tal compraventa, aunque existirá un incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor al haber recaído, interpretando en el sentido de que la venta es válida y eficaz, aunque la cosa no sea propia del vendedor, con fundamento en que dicho cuerpo legal no admite la transmisión consensual del dominio, sino que se rige por la teoría del título y el modo, conforme a la cual el vendedor sólo queda obligado a entregar la cosa vendida (cfr. art. 1461 CC), pero no produce por sí la transmisión del derecho.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 2008, especifica el ámbito de aplicación de las acciones declarativas de dominio y reivindicatoria en la venta de cosa ajena, del siguiente modo:

*“La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición*

*(cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) a non domino en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) en los inmuebles. Precizando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz.”*

En conclusión y en nuestra opinión, el órgano de administración sí está legitimado según la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 para apreciar la existencia real del negocio (inexistencia /nulidad) o nulidad del negocio aunque, en su opinión, no para cuestionar la validez de la transmisión, por lo que el órgano de administración de la sociedad sí que ha de tener facultades revisoras al menos en los términos expuestos, lo que deriva de su propio cumplimiento del deber de diligencia ex. artículo 225.1 LSC, sin que una lectura apresurada de pronunciamientos judiciales tales como el que se efectúa en la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 nos pueda llevar a una solución contraria.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- Delgado Echevarría. Manual de las nulidades de los Contratos. J. Delgado y M.<sup>a</sup> Angeles Parra. Zaragoza. 2003.
- Recalde, Andrés. Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, *Estudios Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2012
- Redondo Trigo. La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022.

### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1953
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1958
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 noviembre 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo 128/2000, de 22 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 febrero 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1.<sup>a</sup>) núm. 171/2008 de 28 febrero de 2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) núm. 391/2021
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 43/2021 de 21 enero
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Palma (Provincia de Illes Balears) Sentencia núm. 83/2023 de 31 marzo

## NOTAS

<sup>1</sup> Redondo Trigo. <La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022.

<sup>2</sup> Recalde, Andrés <Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas>, *Estudios Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2012, p 727 ss., Vid. págs. 14 y 15.

<sup>3</sup> Delgado Echevarría. *Manual de las nulidades de los Contratos*. J. Delgado y M.ª Angeles Parra. Zaragoza. 2003.