

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

La revocación de la *denuntiatio* en un caso
de adquisición derivativa

*The revocation of the denuntiatio in a case
of derivative acquisition*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 analiza un supuesto de revocación de la *denuntiatio* antes de la aceptación por la Junta General de la sociedad al ser un supuesto de adquisición derivativa de acciones, dando respuesta sólo a validez o no de la revocación de la oferta de venta de acciones tras su aceptación por el órgano de administración social y sin adecuar dicha respuesta al necesario consentimiento de la Junta General al tratarse de un caso de adquisición derivativa de acciones.

ABSTRACT: *The ruling of the Provincial Court of Salamanca of February 16, 2024 analyzes a case of revocation of the denuntiatio before acceptance by the General Meeting of the company as it is a case of derivative acquisition of shares, responding only to validity or not of the revocation of the offer to sell shares after its acceptance by the corporate administration body and without adapting said response to the necessary consent of the General Meeting as it is a case of derivative acquisition of shares.*

PALABRAS CLAVE: Revocación, oferta, restricciones a la libre transmisibilidad, adquisiciones derivativas, acciones.

KEYWORDS: *Revocation, offer, restrictions on free transferability, derivative acquisitions, shares*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE NUEVO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE ADQUISICIONES DERIVATIVAS.—III. LA RESPUESTA NEGOCIAL DESDE LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO

IMPERFECTO.—IV.BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 (Roj: SAP SA 139/2024 — ECLI:ES:APSA:2024:139), es uno de esos —desafortunadamente— frecuentes casos donde la respuesta que ofrece la Sala al desestimar el correspondiente recurso no ofrece respuesta adecuada a los términos del debate jurídico planteado, al silenciar un aspecto fundamental del problema jurídico existente, a saber, el carácter y las consecuencias de la falta de intervención de la Junta General en el proceso adquisitivo de acciones iniciado para el cumplimiento de las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones previstas en los estatutos sociales.

En el FJ Primero se recoge el objeto del recurso de apelación de la siguiente forma:

“El recurso de apelación contiene el motivo del mismo, de este modo: “ la cuestión controvertida en este procedimiento es la vulneración o no del procedimiento de enajenación que regula el artículo 8 de los estatutos sociales de la entidad CETRAMESA, S.A., respecto al ejercicio de adquisición preferente de las acciones de las que VERTRAUEN CORPORATE, S.L es titular, ante su comunicación de transmisión a tercero, a lo que necesariamente ha de superponerse la cualidad del órgano social competente (Junta General) para aceptar el negocio transmisivo derivativo ofertado”.

O sea, el problema suscitado no era sólo la posibilidad de revocar una oferta en el seno de un proceso de venta de acciones en el que existían restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas sino si dicha oferta de venta o *denuntiatio* se podía revocar antes de que recayera la aceptación por parte de la Junta General y no sólo del órgano de administración social al tratarse de un caso de adquisición derivativa de acciones por la propia sociedad afectada.

Pues bien, pese a ello, la respuesta ofrecida (FJ Cuarto, *in fine*) sólo lo es respecto del primer problema apuntado y no respecto del segundo, ya que la Sala se pronunció simplemente de la siguiente forma para desestimar el recurso de apelación, acogiendo acríticamente la solución ofrecida en la instancia:

“La denuntiatio de la intención de transmitir las acciones ocurrida en esta litis contenía como se ha dicho los requisitos suficientes como para no considerarla una mera proyección del sentir de los demás socios. Sólo cuando el comunicante ve que será la sociedad quien adquiera su paquete de acciones es cuando “desiste” de su oferta. Sin embargo la comunicación inicial, correcta a salvo de una aclaración, supuso una declaración de voluntad recepticia que incluía la oferta de venta. Y no es revocable. Es la manera de preservar el equilibrio entre los diversos intereses concurrentes (Resolución de la D.G.R.N. de 9 de enero de 1995). Siendo posible el pacto de revocabilidad de la oferta, si el oferente pudiera verse económicamente perjudicado, en este caso ni está previsto ni consta que pudiera existir ese perjuicio, fijado el precio. Ni siquiera el inicial comprador, mantenido al margen del problema y del que no consta su renuncia.”

Efectivamente la generalizada revocación de la *denuntiatio* no es controvertida, Perdices Huetos ¹razona lo siguiente: <A nuestro juicio, el socio puede alterar o interrumpir el proceso de activación del derecho potestativo de adquisición del beneficiario de la preferencia a través de una nueva *denuntiatio*, de sentido contrario, hasta el momento en que aquél ejercite su derecho de adquisición. La razón de esa posibilidad de desactivar el proceso restrictivo se encuentra en que el hecho que constituye la condición de ejercicio del derecho del beneficiario de la preferencia —la voluntad de transmitir a un extraño manifestada con la *denuntiatio*— debe subsistir hasta el momento de ejercicio de aquél. El interés adquisitivo del beneficiario de la preferencia no es absoluto, sino relativo, es decir, por relación a un tercero; si ese extraño desaparece, con él desaparecerá también el interés que justifica la preferencia. Y eso, desde luego, mediante el pago de gastos y la correspondiente indemnización que pueda proceder en su caso, aparte de eventuales sanciones societarias en el caso de una retirada y caprichosa práctica de denuncias y revocaciones. Del mismo modo, será posible la previsión estatutaria de la irrevocabilidad de la *denuntiatio* como medio de asegurar la seriedad de las intenciones de los socios; así, por ejemplo, se ha admitido tal irrevocabilidad, aunque sobre la base de calificar la *denuntiatio* como oferta, por la RDGRN 9-1.1995>.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE, 18 de febrero de 1995), permite la inscripción de una cláusula estatutaria de irrevocabilidad de la oferta de venta, luego a *sensu contrario* como no podía ser de otra forma la oferta de venta en estos procesos es esencialmente revocable, aunque con los límites que posteriormente veremos.

Pero no vamos a entrar en el análisis de la corrección o no de la respuesta ofrecida al primero de los puntos debatidos (posibilidad de revocar una oferta en el seno de un proceso de venta de acciones en el que existían restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas), por no ser el que nos ofrece interés en este momento pese a que de los propios hechos recogidos como probados en la alzada se pudiera ofrecer igualmente una crítica a la solución que al respecto ofrece la Audiencia Provincial de Salamanca, sino que nos centraremos en ofrecer nuestra visión al problema que ha quedado huérfano de respuesta, a saber, si dicha oferta de venta o *denuntiatio* se podía revocar antes de que recayera la aceptación por parte de la Junta General y no sólo del órgano de administración social al tratarse de un caso de adquisición derivativa de acciones por la propia sociedad afectada.

II. DE NUEVO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE ADQUISICIONES DERIVATIVAS

En primer lugar, ha de caracterizarse la naturaleza jurídica de la *denuntiatio*, sobre la que existen opiniones divergentes. Una aproximación a la misma se realiza desde la mera prospección o invitación como sucede con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2006, núm.20/2005 (ECLI:ES:APB:2006:9409).

Sin embargo, la postura más consolidada en la Jurisprudencia y que consideramos como la correcta, a la que se adscribe esta sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 Roj: SAP SA 139/2024 —

ECLI:ES:APSA:2024:139, es configurar dicha *denuntiatio* como una auténtica oferta de venta. Así podemos encontrar pronunciamientos sobre el particular en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2000, núm. 3551/1995 (ECLI:ES:TS:2000:8728), y en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2013, núm. 817/2012 (ECLI:ES:TS:2013:430), así como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca, de 30 de julio de 2018, núm. 384/018 (ECLI:ES:APIB:2018:163).

Desde otra óptica y en sede de regulación de las adquisiciones derivativas de las sociedades anónimas, el artículo 147 de la Ley de Sociedades de Capital no declara nula las adquisiciones efectuadas en contravención de los requisitos que establece el artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital, a diferencia de lo que sí establece el artículo 146.4 de la Ley de Sociedades de Capital, para uno de los casos de adquisiciones derivativas condicionadas, cuando regula que: *“Será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias”*.

Simplemente, el artículo 147 de la Ley de Sociedades de Capital establece que *“Será de aplicación lo establecido en el artículo 139 a las adquisiciones derivativas realizadas por la sociedad anónima en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior.”*

Es decir, una cuestión serán las consecuencias societarias de la infracción, que son las previstas en el artículo 139 de la Ley de Sociedades de Capital (a las que nos remitimos en estos momentos) y otra serán las consecuencias negociales de la referida infracción, donde podemos apreciar que para el caso debatido la norma societaria nos ofrece un silencio que hemos de proceder a integrar con recurso a la normativa general contractual, la cual no ha de pasar por la sanción general de nulidad que establece el artículo 6.3 CC o de la nulidad derivada del propio artículo 1275 CC al pensar que estamos ante un negocio con causa ilícita por oponerse a la ley.

Al estudiar los antecedentes normativos del artículo 147 de la Ley de Sociedades de Capital, traemos en estos momentos la opinión que nos diera García-Cruces² al respecto cuando analizaba el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas.

García-Cruces nos dice que: <resulta común tanto en nuestra doctrina como en la comparada destacar cómo la sanción acogida en el artículo 76, apartado primero de la LSA no es la general y típica del Derecho Privado ante la vulneración de un precepto legal. Ésta, de conformidad con cuanto dispone el artículo 6, apartado tercero del Código Civil, no sería otra que la nulidad del acto contra legem, aun cuando el citado precepto advierte la posibilidad de que el precepto violado sancione una limitación de los efectos de tal ineficacia negocial e, incluso, unas consecuencias distintas de aquélla. El legislador español, sin embargo, tenía enormemente limitada sus posibilidades en este aspecto pues, de conformidad con el mandato de armonización (artículo 189 de la TCEE), tenía que respetar el contenido del artículo 21 de la Segunda Directiva CEE, del 13 de diciembre de 1976, sobre la constitución de la sociedad, así como el mantenimiento y modificaciones de su capital, en donde se rechaza la sanción tradicional de la nulidad en favor del establecimiento de una obligación de enajenación similar a la recogida— fielmente— en la normativa interna española. Sin embargo, un pausado análisis de

la solución propugnada en la norma comunitaria y acogida en la vigente LSA nos lleva a pensar en la existencia de una comunidad de fin entre los resultados de ésta y los que pudieran acogerse con la sanción de nulidad o ineficacia. En efecto, tal y como acertadamente se ha señalado, la obligación de enajenación de las acciones propias ilegítimamente adquiridas es expresión de una técnica normativa profundamente distinta respecto de aquélla que hunde sus raíces en las categorías de la invalidez o de la ineficacia. Así, la eliminación de los efectos del acto de adquisición de las propias acciones que fuera ilegítimo no se persigue más interviniendo sobre su validez o eficacia, sino imponiendo el cumplimiento, dentro de un plazo, de un nuevo acto en sentido inverso (enajenación)>.

Paz-Ares y Perdices Huetos ³ también estiman que no estamos ante una sanción de nulidad ex. art. 6.3 CC, en casos de adquisición originaria, cuando opinan lo siguiente: <La originalidad del precepto no se halla, sin embargo, en la prohibición absoluta no se halla, sin embargo, en la prohibición absoluta de autosuscripción que proclama, sino en las sanciones que prevé para su infracción, y que se separan abiertamente de la regla general de la nulidad consagrada por el art. 6.3 CC.>

En esta línea, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia núm. 214/2021 de 12 marzo (JUR\2021\160806), que razona lo siguiente:

La infracción de lo previsto en el artículo 146 del TRLSC, por remisión del artículo 147, determinaría las consecuencias reguladas en el artículo 139, esto es, la obligación de enajenación de las acciones adquiridas en el plazo máximo de un año o, en su defecto, su amortización con la consiguiente reducción del capital social. Y si bien no se impone la nulidad o ineficacia de la adquisición (STS 43/2014), no puede obviarse que se trataría de una adquisición contraria a las previsiones legales a la que el artículo 157 califica de infracción y anuda sanciones administrativas. En este mismo sentido se pronuncia la SAP Madrid de 29 de mayo de 2019 para el supuesto de inobservancia de los presupuestos legales señalando que “(a) aunque sin sanción de nulidad, la adquisición infringe la prohibición general de adquisición de las propias acciones (art. 134 LSC (RCL 2010, 1792, 2400)), luego sigue siendo un acto ilícito. (b) Se trata no solo de una ilicitud administrativa sino también negocial. (c) El contrato solo obliga en lo que sea conforme a la ley (art. 1258 CC (LEG 1889, 27)). (d) Los artículos 139 y 147 deben reducirse teleológicamente. La enajenación forzosa se establece como un remedio tan eficaz como la nulidad, más sencillo de administrar y, además, preserva la seguridad jurídica de terceros y sucesivos adquirentes. Por esto, el artículo 139 habla de acciones “adquiridas” y el 147 de adquisiciones “realizadas”, esto es, negocios ya consumados. Sin embargo, cuando todavía las acciones no se hubieran transmitido a la sociedad o esta no hubiese satisfecho el precio, el remedio de la nulidad (ex art. 6.3 CC) recupera su función y es la solución más ventajosa, siendo inexistente la entrega de títulos o el pago del precio. (e) Los anteriores argumentos no dependen de la buena o mala fe del vendedor; unido a que, en nuestro caso, el optante conoce que las condiciones legales no se concitan. (f) En determinadas circunstancias, el optante de buena fe que no pudiera exigir el cumplimiento podría recurrir a una acción indemnizatoria”.

Sin embargo, no es menos cierto que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) Sentencia núm. 214/2019 de 29 mayo (JUR\2019\211365)

no es tan tajante al eliminar la sanción de nulidad cuando las acciones fueran entregadas, al pronunciarse del siguiente tenor literal:

“87. En efecto, (a) aunque sin sanción de nulidad, la adquisición infringe la prohibición general de adquisición de las propias acciones (art. 134 LSC), luego sigue siendo un acto ilícito. (b) Se trata no solo de una ilicitud administrativa sino también negocial. (c) El contrato solo obliga en lo que sea conforme a la ley (art. 1258 CC). (d) Los artículos 139 y 147 deben reducirse teleológicamente. La enajenación forzosa se establece como un remedio tan eficaz como la nulidad, más sencillo de administrar y, además, preserva la seguridad jurídica de terceros y sucesivos adquirentes. Por esto, el artículo 139 habla de acciones “adquiridas” y el 147 de adquisiciones “realizadas”, esto es, negocios ya consumados. Sin embargo, cuando todavía las acciones no se hubieran transmitido a la sociedad o esta no hubiese satisfecho el precio, el remedio de la nulidad (ex art. 6.3 CC) recupera su función y es la solución más ventajosa, siendo inexigible la entrega de títulos o el pago del precio. (e) Los anteriores argumentos no dependen de la buena o mala fe del vendedor; unido a que, en nuestro caso, el optante conoce que las condiciones legales no se concitan. (f) En determinadas circunstancias, el optante de buena fe que no pudiera exigir el cumplimiento podría recurrir a una acción indemnizatoria.”

En nuestra opinión, claramente no puede desprenderse sanción de nulidad al negocio de adquisición derivativa cuando falta la autorización de la Junta General y ya nos pronunciamos al respecto en sede de sociedades de responsabilidad limitada,⁴ donde a diferencia que para las sociedades anónimas, la nulidad de la adquisición ex. art. 140 LSC sí se encuentra generalizada, pero dicha nulidad de la adquisición no se refiere a nulidad del negocio adquisitivo, ni siquiera para los casos de sociedades de responsabilidad limitada ni obviamente para los dos supuestos citados en el artículo 146.4 LSC que también se refieren a la adquisición y no al negocio adquisitivo.

En aquel caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/102193) deniega un recurso de casación en un supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales por falta de previo acuerdo social de reducción de capital, declarando la nulidad de pleno derecho del negocio adquisitivo por haber sido contraído el mismo mediante la existencia de causa ilícita, por oponerse la causa del referido contrato a la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales prevista en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo tanto, el fallo casacional descansaba principalmente sobre la afirmación consistente en que *“el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes”*, lo que supone el otorgamiento de una respuesta jurisprudencial desde la mera aplicación de la literalidad del artículo 1275 del Código Civil cuando prevé lo siguiente: *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral”*, sin realizar una interpretación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con lo previsto con el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades Capital cuando expresamente sanciona la contravención del régimen de adquisición derivativa de participaciones sociales de la siguiente forma: *“Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho”*; lo que implicaba —en nuestra opinión— la falta de realización de un juicio de valor (en términos causales) de la conducta efectivamente llevada a cabo por las partes contractuales, así como la inexistencia de ofrecimiento de una correcta respuesta

al efecto de la nulidad que podría predicarse en el presente caso, en contra de la sanción de nulidad negocial absoluta que sí predicó el Tribunal Supremo y en contra también de lo que hay que entenderse por “*adquisición*” ya que conforme con Díez-Picazo y Gullón, el término “*adquisición*” hace referencia a la atribución del derecho de subjetivo a una persona determinada,⁵ refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjetivo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil como hechos jurídicos adquisitivos.

Por ello decíamos, que la ineficacia del contrato se ha visto como una sanción que el Ordenamiento Jurídico anuda ante los presupuestos de su existencia, de ahí, que el régimen especial de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil requiera para la aplicación de la nulidad del “acto” que éste sea absolutamente estigmatizado por el Ordenamiento Jurídico, lo cual creemos ha dejado de suceder tras la referida reforma legislativa. La ratio de la norma del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital reside por tanto en protección de socios y acreedores, lo cual queda cumplido —a juicio del propio legislador— mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos para las adquisiciones derivativas de participaciones sociales propias (ej. que medie un acuerdo de reducción de capital social); por lo que, entendemos que la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico adquisitivo no debe ser el remedio más propio para la consecución de dicho ánimo protector, puesto que en nada empecería a la efectividad del referido proteccionismo si la consecuencia jurídica de la adquisición derivativa de participaciones sociales fuera solamente la ineficacia de la adquisición de la propiedad de dichas participaciones sociales por la propia sociedad, como si de un negocio jurídico incompleto se tratara que fuera susceptible de convalidación mediante la subsanación a posteriori a través de la correspondiente adopción —en su caso— del correspondiente acuerdo de reducción de capital.

Pero antes de volver en el caso que nos ocupa, otra vez, a la categoría del negocio incompleto o imperfecto que es como creemos ha de resolverse el interrogante que ha dejado abierto la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024, hemos también de tener presente que la intervención de la Junta General para otorgar su autorización a la adquisición derivativa de acciones propuesta en este caso salmantino, en términos estrictos, no hace desplazar la competencia orgánica a la Junta General, residiendo la misma en el órgano de administración social, por lo que luego habremos de indagar en la naturaleza jurídica de esta autorización de la Junta General, para terminar ubicando la respuesta al problema dentro de la categoría del negocio incompleto.

Ciertamente, Díez-Picazo ⁶ razonaba al respecto que: <Se ha dicho que la adquisición de acciones por parte de una sociedad es un inequívoco acto de administración y en principio de la exclusiva competencia de los órganos de administración.

La razón de la intervención de la Junta General, en este punto, se ha querido encontrar en la obligación de establecer una reserva, de la que después hablaremos, así como de resolver en cuanto a la aplicación de requisitos. Sin embargo, más parece obedecer a un principio de transparencia e igualdad de trato de todos los socios.

La necesidad de intervención de la Junta General no le transfiere la competencia. Se requiere el placet de la Junta, pero la competencia sigue siendo del órgano de administración. Carecería de efectos vinculantes una decisión que más que autorizar ordenase la adquisición (o la enajenación) de las propias acciones. Y se opone, por otro lado, a que en los casos en que exista un daño inminente y grave para la sociedad, que sólo pueda ser contrarrestado con eficacia mediante la adquisición de acciones propias, los administradores inviertan el procedimiento normal: adquieran primero las acciones y recaben a posteriori la autorización>.

De igual forma, García Cruces ⁷ razona que: <Por otro lado, y en estricta técnica jurídica, la exigencia a la que nos referimos tampoco supone un límite de carácter interno pues, como acabamos de ver, la competencia para la adquisición de las propias acciones no corresponde a la Junta General ni ésta la delega en los administradores, sino que el acuerdo social requerido debe calificarse como una habilitación, pues los administradores serán libres de, con posterioridad, ejecutar o no la operación de autocartera derivativa. En definitiva, la exigencia de acuerdo de la Junta General autorizando la adquisición de las propias acciones no hace venir a menos el carácter de acto de gestión que tiene el supuesto, y en consecuencia, ha de afirmarse la competencia de los administradores sociales en representación con tales adquisiciones>.

III. LA RESPUESTA NEGOCIAL DESDE LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO IMPERFECTO

Sentada la competencia del órgano de administración para la celebración del negocio adquisitivo y la necesaria autorización o *placet* de la Junta General, como decíamos, a nuestro juicio, el tratamiento de la cuestión ha de efectuarse desde la categoría del negocio incompleto o imperfecto.

Rescatamos a estos efectos las ideas que al respecto hemos ofrecido también en otro trabajo. De Castro, contribuyó sin duda a dejarnos una configuración de la dogmática del negocio jurídico que nos sirve al propósito que en estos instantes nos ocupa. ⁸

De Castro nos enseñó efectivamente que el negocio jurídico no es sinónimo de declaración voluntad, resultando el negocio jurídico una situación compleja, en palabras del propio De Castro, quien dice que: <Tan solo después de que la regla jurídica (teniendo para ello en cuenta todos los datos de la realidad social, incluidas las circunstancias de la voluntariedad) haya calificado lo hecho (de negocio, delito, ejercicio de una facultad o derecho) será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que, en su caso, digan los usos; y así, cómo de qué manera dependerá de la voluntad la eficacia jurídica de lo realizado o propuesto>.

Con estos pilares, nos ofrece De Castro su obra o definición de negocio jurídico: <la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración, o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos> ⁹

O sea, De Castro entiende correctamente que la declaración de voluntad puede ser completada con otros hechos o actos, por lo tanto, la ausencia del hecho o acto concreto nos abre la puerta *a sensu contrario* a la categoría del negocio incompleto en el pensamiento de De Castro, que sin embargo, su indudable acierto en la aproximación que realiza a esta categoría del negocio incompleto o inexistente y desde la distinción entre la confirmación, conversión y convalidación del negocio nulo, para hablar de esta última en relación con el negocio incompleto, la inclusión que el referido De Castro realiza aún cuando sea tan sólo dentro de lo que denomina concepto amplio de nulidad, no deja de ofrecernos la nitidez suficiente sobre el problema en cuestión, respecto del cual sí que podemos afirmar que no existe una solución sencilla a la categorización de la inexistencia de la forma habilitante del negocio jurídico consistente en una autorización judicial necesaria para el mismo.¹⁰

Ubicado en dicha línea argumentativa, De Castro ¹¹ nos ofrece la siguiente panorámica o especificación de lo que denomina genéricamente como *Negocio Inexistente*: <Esta designación podría reservarse para los negocios que se han solido calificar de no existentes. Dentro de este grupo pueden distinguirse: 1. *Negocios incompletos*, como aquellos que en el momento en que son considerados, carecen de un elemento esencial y no suplible por la interpretación. Los que, a su vez, podrán ser: a) *Negocios en formación*; es decir, los que están, o se han quedado en un estadio preliminar o no han logrado carácter definitivo (p. ej., tratos, ofertas y contrapropuestas, testamento revocable). b) *Negocios realizados por quien carece de poder suficiente* (p. ej., supuestos de los arts. 269, 1.259, 1.459 núms. 1-3, 1.413, 1.714), c) *Negocios carentes de forma necesaria* (p.ej., casos de artículos 632,633, 1.669, 1.875). 2. *Negocios defectuosos*, como son aquellos a los que les falta de modo irremediable algo esencial a la existencia del negocio; por ejemplo, carencia de consentimiento (disenso), de causa (venta sin precio) o de forma (en el testamento). 3. *Negocios aparentes*; en los que la apariencia negocial no corresponde a la realidad jurídica (así, los negocios con simulación absoluta)>.

Por lo tanto, para De Castro en los casos de falta de autorización administrativa o judicial nos encontraríamos ante un negocio inexistente e incompleto, como especie de una categoría genérica a la que denomina nulidad en sentido amplio.¹²

En estrecha conexión con lo anterior y con el objeto de poder ofrecer nuestra opinión al respecto, estimamos oportuno acercarnos al tradicional trabajo sobre la materia que elaborara en su día Rivero Hernández y poder comprobar cuál de las teorías sobre el asunto en cuestión influyó en De Castro para llegar a la conclusión de calificar al negocio realizado por quien carece de poder suficiente (art. 1259 CC) como negocio incompleto.¹³

Rivero Hernández ¹⁴ se hace eco, entre varias teorías al respecto, de la que elaborara Graziani ¹⁵ quien consideraba el negocio llevado a cabo por el *falsus procurator* <como una entidad jurídica inacabada, como negocio imperfecto, incompleto —en oposición esencial a aquella otra que la veía como perfecto y completo, aunque ineficaz—,¹⁶ parte solamente de un “*iter*” negocial al que falta aún el consentimiento del dominus, que es precisamente la ratificación>.

Pese a todo, Rivero Hernández, antes de admitir la tesis de Graziani (vid. op. cit, pág. 1103) como “*ampliamente favorable*”, estima la proximidad de la categorización de De Castro con la misma, cuando explica lo siguiente (vid. op. cit. pag.

1101 y 1102): <En nuestro país esta teoría no ha tenido apenas repercusión, como no sea en un autor a que debo hacer especial alusión. Me refiero a Federico de Castro, en quien, no obstante no haber estudiado directamente esta cuestión, que yo sepa, me parece haber encontrado cierta alusión e ideas próximas a las ahora comentadas. Efectivamente, al estudiar De Castro la convalidación del negocio nulo, y los supuestos en que cabe, cita como casos de convalidación admitidos: “1. Respecto de los negocios incompletos: a) Casos en que se concede a un extraño al negocio la facultad de convalidarlo, apropiándose del negocio mediante la ratificación (artículos 129, 1727, 1892, 1893>. Es decir, para este autor, si no he entendido mal, el negocio ratificable es un negocio incompleto, con lo que si esa breve referencia (quizá “obiter dicta”?: no sé) expresa su posición en esta materia, cabría situarle muy próximo a la teoría y autores a que vengo refiriéndome>.

Rivero Hernández, (vid. op. cit, pág. 1083), desde su entendimiento del negocio imperfecto critica la tesis del negocio condicionado ya que <...entiendo que el principal fallo de la tesis ahora comentada no está tanto en hablar de negocio condicionado, de eficacia sometida a condición, o de “conditio iuris” referida a la ratificación, cuanto en considerar perfecto y completo como negocio el del falso representante. Desde luego, creo que la ratificación no es, no puede ser, condición propia o impropia (conditio iuris) puesto que esta incide sobre negocio acabado estructuralmente, es algo externo al mismo, afecta sólo a la eficacia no al consentimiento. El negocio condicionado es válido desde que se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición, lo pendiente de ésta es sólo la eficacia. Sin embargo, al negocio antes de la ratificación le falta el consentimiento de una de las partes, de aquella que va a sufrir o recibir sus efectos, es consentimiento, voluntad contractual nada menos, lo que le falta antes de ser ratificado>.

Con todo ello, Rivero (vid. op. cit, pág. 1134) concluye que: <De todo ello, creo poder deducir ya que el contrato del representante sin poder antes de la ratificación —tras cuya naturaleza, sentido de esa situación, vamos desde el principio— no es sino una parte de cierto camino negocial todavía no concluido, al que falta parte del total consentimiento negocial necesario para la perfección del negocio (contrato): el consentimiento del representado, precisamente; situación protegida por el Derecho, porque éste lo tiene previsto como camino o medio hábil para la autorregulación de intereses privados. Pero en cuanto negocio incompleto, imperfecto, no produce los típicos efectos negociales, los previstos para el negocio concreto cuyo iter quedó inacabado (lo que no impide que produzca algún otro efecto menor). En este sentido puede llamarse ineficaz: lo es tanto en cuanto no produce los efectos propios de un negocio perfecto y completo, aquéllos que como tal produce normal e institucionalmente.>

O sea, coincidiendo con Díez-Picazo (vid. op. cit) que puede existir un supuesto en que los administradores inviertan el procedimiento normal: adquieran primero las acciones y recaben *a posteriori* la autorización y conformes con De Castro (vid. op. cit) en que una de las denominadas formas habilitantes del negocio jurídico se producen cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio, somos de la opinión de que la naturaleza jurídica de la autorización o *placet* de la Junta General ha de ser necesariamente una de esas formas habilitantes del negocio jurídico cuya inobservancia supone

que nos encontramos ante un negocio jurídico incompleto o imperfecto, que ha de ubicarse en la disciplina del artículo 1259 del Código Civil, que descarta igualmente la inexistente nulidad del mismo pero que supone que el negocio jurídico no ha desplegado aún los efectos que le son propios, en el caso de que el órgano de administración haya efectuado el negocio jurídico adquisitivo sin la autorización de la Junta General.

Y es aquí, donde encontramos la trascendental posibilidad que otorga al tercero el referido precepto, que ha resultado obviado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024, o sea, la posibilidad de revocar (*denuntiatio*) antes de que recaiga la autorización del principal (Junta General), ya que el citado artículo 1259 del Código Civil, establece que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, *a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*.

No obstante, la dicción literal del artículo 1259 CC que nos pudiera hacer pensar en la libre revocabilidad por el tercero antes de la ratificación por el principal, no es menos cierto, que dicha potestad entendida en términos absolutos no ha sido compartida por la doctrina civilista.

Díez-Picazo,¹⁷ analizó ya en su momento la cuestión negando la absoluta libre revocabilidad por parte del tercero, de la siguiente forma: <Objetivamente considerada la hipótesis, en relación con el principal merece en principio la misma calificación que le dábamos en el apartado anterior. El negocio es irrelevante para el dominus e ineficaz frente a él. Es un negocio incompleto, que puede quedar perfeccionado mediante la ratificación. Sin embargo, en este caso lo que debe ser diferente es la protección que merece el tercero, bien en todo caso, bien cuando su error sea excusable o bien cuando siendo inexcusable se compensa con la conducta negligente o de mala fe del gestor.

En todos estos casos, con independencia de la ratificación, antes de que ésta recaiga, el tercero tiene una triple opción: apartarse del negocio así concluido sin esperar el transcurso de ningún tipo de plazos que es probablemente lo que el artículo 1259 llama revocar; considerar obligado frente a él al representante sin poder ex. artículo 1725 o hacer a éste responsable de los daños y perjuicios, que deben ser los daños precontractuales incluibles en el llamado interés negativo. Para que estas dos últimas posibilidades sean admisibles, será menester que el tercero actuante sea de buena fe y que haya culpa del gestor>

Por su parte, el artículo 1281.3 de la Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de mayo de 2023, recoge las ideas anteriores de Díez-Picazo contrarias a la libertad absoluta de la revocación, de la siguiente forma: “3. *Antes de la ratificación, el tercero tiene la facultad de revocar su declaración de voluntad de celebrar el acto mediante comunicación al representado, siempre que en el momento en que se celebró el acto no conociera o no fuera cognoscible para él la falta o insuficiencia del poder*”

Es decir, de *lege ferenda* se propugna el conocimiento o la cognoscibilidad de la falta o insuficiencia del poder de actuación como límite a la libre revocabilidad por el tercero de su declaración de voluntad que fue emitida en su momento para la lograr la perfección del negocio jurídico. Por ello, en nuestro caso, el tercero

tendría que desconocer o que no le fuera cognoscible que la actuación del órgano de administración tuviera que se ratificada por la Junta General para entenderse completo el negocio adquisitivo de la autocartera.

En definitiva, la cuestión que se nos presenta es la consideración del error que pudiera haber sufrido el tercero que emite la *denuntiatio* sobre la necesaria autorización de la Junta General que prevé el artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital en las adquisiciones derivativas de acciones, cuya norma societaria de protección no excluye el carácter imperativo o prohibitivo de la autorización de la Junta General. O sea, la cuestión se desplaza —a nuestro juicio— a la incidencia o no del error sobre la previsión y aplicación de una norma imperativa al negocio adquisitivo derivativo, para luego valorar la excusabilidad e imputabilidad de dicho error y así poder atender a la última fase del problema que nos ocupa en este estadio, la posibilidad de revocación por el tercero conforme a la buena fe.

Morales Moreno ¹⁸ analizó, con sumo acierto y en su momento, la incidencia del error de derecho sobre normas imperativas que disciplinan el contrato, incluyendo en una de las categorías relevantes, la que dio en llamar las “*normas que establecen ciertos requisitos para la perfección o eficacia del contrato*”, especie que estimamos aplicable al caso que nos ocupa. Morales Moreno decía para este caso que <la norma imperativa excluye el resultado que se pretendía alcanzar, produciendo la nulidad o ineficacia del acto. La invocación del error pretenderá normalmente la protección de la buena fe. Pero esa protección sólo será posible, si está especialmente prevista>.

Al hilo de lo anterior, Morales Moreno ¹⁹ cita un ejemplo jurisprudencial interesante <-STS de 25 de octubre de 1873: El error que invoca el comprador se refiere a la legitimación del vendedor: consiste en “considerar al gerente de una sociedad mercantil formal con facultades para celebrar válidamente en nombre de ella contratos que no son mercantiles”. La ausencia de legitimación impide la transmisión. El comprador pretende que la transmisión sea eficaz, debido a su error (protección de su buena fe), algo que no es posible, algo que no es posible; no porque el error de derecho no pueda aprovecharle, sino porque lo impide la ordenación jurídica del tráfico de bienes, sin excepción en este caso. El TS no razona así: Llega al mismo resultado, pero por otro camino, utilizando la regla error iuris nocet: El comprador actuó “a sabiendas, o cuando más, si se quiere, con ignorancia o error de Derecho, que no puede aprovecharle”>.

Residenciada la competencia del órgano de administración, según hemos visto, para contraer el negocio de autocartera, sí que podemos encontrar en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital la protección del contratante de buena fe en sede incluso de error de derecho sobre la necesaria autorización de la Junta General para la autosuscripción: “2. *La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.*”

La cognoscibilidad a la que hace referencia el mencionado artículo 1281.3 de la Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de mayo de 2023 nos habría de llevar al análisis de los requisitos clásicos del error; a saber, la inexcusabilidad y la imputabilidad del error; recordando igualmente las palabras colacionadas de Díez-Picazo cuando hacía

referencia sobre el tema a la excusabilidad y a la buena fe del tercero que revoca su declaración negocial.

Morales Moreno ²⁰ nos muestra ambos requisitos del error en su análisis de la incidencia del error en la contratación mediante la siguiente exposición: <La inexcusabilidad, en palabras del propio TS, “deriva de la condición subjetiva de las personas que intervienen en los negocios jurídicos” (STS de 21 de mayo de 1963). Siguiendo esta orientación, el TS ha tenido en cuenta la condición poco versada en leyes de la persona que padece el error; a lo que añade las maquinaciones dolosas de la otra parte, que actúa asesorada por letrados (STS de 20 de diciembre de 1967), para valorar la excusabilidad del error (...). El TS valora también la experiencia profesional del que invoca el error; aunque no sea experto en Derecho, para extraer de ahí la inexcusabilidad del error referente al ámbito de las normas relativas a su actividad. Así, por ejemplo, si el “actor se dedica profesionalmente a la explotación de minas, con una larga y copiosa experiencia en la materia” (STS de 6 de abril de 1962) (...). En otro lugar hemos estudiado cómo entiende el TS el requisito de la excusabilidad del error: Valorando la conducta de ambos contratantes, es requisito se transforma en la práctica en el de la imputabilidad del error. Esta idea de la excusabilidad (imputabilidad) utilizada por el TS es aplicable igualmente al error de Derecho, habida cuenta de que el mismo no constituye una categoría especial de error (...) De esta manera se fortifica la protección de la confianza, sin imponer un deber de conocer las leyes ni hacer en todo caso inexcusable el error de Derecho. Cualquier contratante, en principio, puede confiar, salvo que advierta o pueda advertir lo contrario, en que la parte con la que contrata se ha procurado el conocimiento del Derecho necesario para el desenvolvimiento de su actividad. Si existe error, carecerá quien lo padece de acción para impugnar el contrato, salvo que el error padecido fuera cognoscible para el otro contratante>, es decir, el contratante ha de sufrir el error salvo que pueda imputarse al otro contratante.

Pues bien, es cierto que para valorar la incongruencia omisiva de una sentencia se plantea la necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno’ (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2)” (STC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 8).

Ante dicho panorama procesal, probablemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 no peque de incongruente, pero no es menos cierto que nos ha sustraído de un interesante debate que sí le fue propuesto y que como vemos goza de un indudable interés práctico para la solución de la cuestión que se le suscitó en la alzada, ya que esta sentencia no ofrece más que una visión parcial del problema y que nos ha dejado sin una solución completa y coherente con lo propuesto. Sirvan al menos las anteriores reflexiones para dimensionar debidamente la cuestión y suscitar opiniones al respecto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- De Castro. El Negocio Jurídico. Civitas, 1985.
- Díez-Picazo. La representación en el Derecho Privado. Civitas, 1979
- Díez-Picazo y Gullón. Sistema de Derecho Civil. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989.
- Díez-Picazo. Los negocios de la sociedad con las acciones propias AAVV. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima. Fundación profesor Manuel Broseta y Civitas, Madrid, 1995.
- Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos. Thomson Reuters, Civitas, 2011. Tomo II.
- García-Cruces. La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (La regulación de la autocartera en el Derecho Español. Themis. Revista de Derecho, nº 39, 1998.
- Graziani. La rappresentanza senza procura. Studi di Diritto Civile e Commerciale, Napoli, 1927.
- Morales Moreno. La incidencia del error de derecho en el contrato. Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Vol. II.
- Paz-Ares y Perdices Huetos. Adquisición originaria de acciones propias. Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 6, 2002.
- Perdices Huetos. Cláusulas Restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones. Civitas, 1997.
- Redondo Trigo. La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 88, Nº 732, 2012.
- Rivero Hernández. Naturaleza y situación del contrato del “falsus procurator”. Anuario de Derecho Civil 1976.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 30 de julio de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 12 marzo de 2021
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1995.

NOTAS

¹ Perdices Huetos. *Cláusulas Restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas, 1997, páginas 189 y 190.

² García-Cruces. <La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (La regulación de la autocartera en el Derecho Español>. *Themis. Revista de Derecho*, nº 39, 1998, pág. 379.

³ Paz-Ares y Perdices Huetos. <Adquisición originaria de acciones propias> *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 6, 2002. Pág. 210.

⁴ Redondo Trigo. <La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 88, Nº 732, 2012, págs. 2443-2471

⁵ Díez-Picazo y Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989, pág. 482, afirman que: <un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada.>

⁶ Díez-Picazo. <Los negocios de la sociedad con las acciones propias> AAVV. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima>. *Fundación profesor Manuel Broseta y Civitas*, Madrid, 1995, p. 192. Trabajo recogido en: Díez-Picazo. *Ensayos Jurídicos*. Thomson Reuters, Civitas, 2011. Tomo II, pág. 3803 y ss. Vid. pág. 3811.

⁷ García-Cruces. Vid. op. cit. pág. 344.

⁸ De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, págs. 25 y 26.

⁹ De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, pág. 34.

¹⁰ De Castro, distinguía entre las siguientes formalidades (vid. op. cit. pág. 278): <a) La llamada *forma intrínseca* o estructural; que se da cuando el negocio, para su eficacia, ha de ahormarse a un tipo legal (“*numerus clausus*” de tipos). b) Las denominadas *formas habilitantes*, cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio. c) Las *formas de publicidad*, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registros, puesta en posesión)>.

¹¹ Vid. op. cit. pág. 472.

¹² De Castro. Vid. op. cit. págs. 471 y 472: <La frase nulidad absoluta puede emplearse en un sentido restringido y sin comprender los negocios llamados inexistentes; pero también se utiliza en un sentido amplio, abarcando los negocios contrarios a la Ley y los inexistentes. Entendida en este último sentido es posible hacer una enumeración general de los supuestos de nulidad absoluta>.

¹³ Rivero Hernández. <Naturaleza y situación del contrato del “*falsus procurator*”>. *Anuario de Derecho Civil* 1976, Fascículo 4.

¹⁴ Rivero Hernández. Vid. op. cit. págs. 1096 y ss.

¹⁵ Graziani. <La rappresentanza senza procura>. *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Napoli, 1927.

¹⁶ Previamente, Rivero Hernández (vid. op. cit. págs. 1089 y 1090) encuadraba a la doctrina española, sin compartir su conclusión, dentro de la teoría de la ineficacia sometida a condición, cuando afirma tras el análisis de la misma, lo siguiente: <En cuanto a la doctrina española, suele situarse en línea análoga a la de la doctrina francesa e italiana últimamente citadas, y con alguna discrepancia que veremos en su lugar. Para la mayor parte de nuestros civilistas, el contrato del falsus procurator (tanto en el caso de carencia de poder, como el de extralimitación, que suelen ir equiparados) se caracteriza por su falta de eficacia: es fundamentalmente negocio ineficaz; a veces, no siempre, se dice poco más de él: ineficacia suspendida, inoponibilidad, y se le distingue sucintamente del negocio nulo y del anulable. Así, De Diego y Espín Cánovas, Roca Sastre y Albaladejo, o Gullón Ballesteros, Díez Picazo-Gullón y Lacruz Berdejo entre los más modernos. Unas veces explícita (Albaladejo), otras implícitamente, en todos ellos flota la idea de que ese negocio es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual y propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida o condi-

cionada al advenimiento de la ratificación, que convertirá en normal aquel negocio. No hay, por ahora, como vemos, ideas nuevas de las que no eran conocidas de la dirección doctrinal foránea que vengo comentando.>.

¹⁷ Díez-Picazo. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, 1979, pág. 225.

¹⁸ Morales Moreno. <La incidencia del error de derecho en el contrato>. *Centenario del Código Civil*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Vol. II, págs. 1483 y siguientes.

¹⁹ Vid. op. cit. pág. 1484.

²⁰ Vid. op. cit. pág. 1482.