

2. MERCANTIL
DERECHO CONCURSAL

La enajenación en fase común
concursal sin autorización judicial
como negocio incompleto, legitimación
e interés jurídico

*Disposal in the common bankruptcy
phase without judicial authorization as
an incomplete business, legitimation
and legal interest*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 2023 analiza las consecuencias de la enajenación en fase común si autorización judicial, así como la legitimación activa e interés jurídico para oponerse a los efectos de la misma.

ABSTRACT The Supreme Court in its ruling of December 22, 2023 analyses the consequences of the common phase sale without judicial authorization, as well as the active legitimacy and legal interest to oppose its effects.

PALABRAS CLAVE: Venta concursal sin autorización judicial, Negocio incompleto, legitimación procesal e interés jurídico.

KEYWORDS: *Concursal sale without judicial authorization, Incomplete agreement, procedural legitimacy and legal interest*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL DEBATE.—II. LA VENTA EN FASE COMÚN SIN AUTORIZACION JUDICIAL COMO NEGOCIO INCOMPLETO.—III. DETERMINADAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2023.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL DEBATE

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023 n.º de Recurso: 1055/2020, n.º de Resolución: 1823/2023 (Id Cendoj: 28079110012023101806) se nos presenta una oportunidad para detenernos en la naturaleza jurídica de la enajenación de activos del concursado en fase común sin haberse obtenido la correspondiente autorización judicial, sus efectos y cuestiones tan importantes en el proceso como la legitimación activa para oponerse a los mismos, obviamente, en función de la acción jurídica ejercitada.

Como antecedentes de Hecho y según la propia Sentencia (apdo. Primero), podemos observar que la procuradora Irune Otero Uría, en nombre y representación de la entidad Escampa S.L., interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de anulación de compraventas realizadas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, contra Teodoro, Luis Angel, las entidades Hoteles Silken S.A., Grupo Urvasco S.A. (GU) y Grupo Hotelero Urvasco S.A (GHU) y las administraciones concursales de las entidades Grupo Urvasco S.A. (GU) y Grupo Hotelero Urvasco S.A (GHU), para que se dictase Sentencia por la que:

“Se proceda a la anulación de las compraventas impugnadas, ordenándose la realización cuántos actos y formalidades fueren precisos a efectos de que la anulación de los actos antes reseñados surta plenos efectos, así como de aquellos que fueren consecuencia de la anulación acordada. ello con imposición de las costas procesales a los aquí demandados”.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria dictó Sentencia con fecha 28 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por ESCAMPA, SL representada por la procuradora Sra. Otero,

“Declaró la anulación del contrato de compraventa de 5.000 acciones de Hoteles Silken SA propiedad de GHUa favor de Luis Angel por el precio de 110.000 euros, realizado en escritura pública de fecha 22.12.2015autorizada por el notario José Manuel Jiménez del Cerro (n.º de protocolo 1728), con el

efecto restitutorio de las respectivas prestaciones para las partes del negocio jurídico, con el efecto previsto en el F.D. quinto de esta resolución.

“Se estima la falta sobrevenida de objeto del procedimiento respecto de las compraventas de participaciones sociales de ESSAB TRAINING S.L. y las marcas propiedad de GU y GHU.

“Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad”.

La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava mediante Sentencia de 17 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Fallamos: Desestimar el recurso de apelación y la impugnación interpuestos respectivamente por Escampa SL y por Grupo Urvasco SA y Grupo Hotelero Urvasco SA, ambos contra la Sentencia n.º 126/18 dictada en el procedimiento incidental n.º 149/17 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil Núm. Uno de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos dicha Sentencia e imponemos a la recurrente e impugnantes las costas causadas con sus respectivos recursos e impugnación.

Con el propósito que ahora nos ocupa, destacamos los siguientes pasajes de la meritada Sentencia del Alto Tribunal:

“2. De este modo, para resolver la cuestión de si la demandante goza o no de legitimación para pedir la nulidad de la compraventa de las 5.000 acciones de Hoteles Silken, S.A., propiedad de la concursada Grupo Hotelero Urvasco, S.L., y a favor de Luis Angel, debemos partir de la razón por la que se solicitó y se ha estimado la nulidad.

Al margen de cómo haya sido denominada la acción de ineficacia ejercitada en la demanda y cómo lo haya sido en la Sentencia que la estima, lo cierto es que la causa o motivo de la ineficacia es que la administración concursal vendía activos de la concursada antes de que se hubiera abierto la fase de liquidación sin recabarla preceptiva autorización judicial prevista en el art. 43.2 LC de 2003.

Este precepto contiene una prohibición:

“Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez”.

En otra ocasión, en la Sentencia 592/2017, de 7 de noviembre, consideramos que esta exigencia del art. 43.2LC complementaba las limitaciones o restricciones a las facultades de administración y disposición previstas en el art. 40 LC. De tal forma que la validez de las ventas realizadas por la administración concursal durante la fase común y antes de que se hubiera abierto la fase de liquidación, dependía de la autorización judicial.

En el bien entendido de que la conformidad del juez del concurso con la enajenación, que normalmente será previa a la realización del acto de disposición, podría ser posterior.

Desde esta perspectiva de la posible convalidación del vicio o defecto de capacidad para disponer, es desde la que podría entenderse que no se trata propiamente de una nulidad absoluta.”

Del anterior razonamiento del Tribunal Supremo, extraemos una conclusión acertada como es que la falta de autorización judicial no es causa de nulidad absoluta del contrato (no sólo por el argumento de la posibilidad de subsanación del negocio, impropio del negocio nulo, salvo los casos excepcionales de conversión del mismo) y otra afirmación con la que no estamos de acuerdo que es la falta de atención a la acción ejercitada en la demanda, lo que tiene a nuestro juicio su indudable relevancia procesal en cuanto la congruencia o no de la Sentencia, tal y como razonaremos posteriormente.

Volvemos a destacar a continuación otros párrafos de esta Sentencia del Tribunal Supremo, para volver a mostrar nuestro desacuerdo y a la vez acuerdo con las conclusiones que extrae el Alto Tribunal en este caso, conforme nos explicaremos más tarde:

4. En el presente caso, los intereses afectados con la conculcación de esta prohibición de disponer del art.43.2 LC superan los propios de las partes contratantes u obligados, razón por la cual la legitimación para instar su ineficacia se extiende más allá de la prevista en el art. 1302 CC, de las personas obligadas directa o indirectamente. Cuando menos los acreedores del concursado tienen interés legítimo en que la venta de bienes y derechos de la masa antes de que se abra la fase de liquidación sea autorizada judicialmente, pues esos activos están afectados al pago de sus créditos, ordinariamente una vez abierta la liquidación (arts. 156 y concordantes LC). Por eso cualquier acreedor del concursado estaría legitimado para ejercitar esta acción de nulidad.”

Habiendo afirmado anteriormente el Tribunal Supremo que el caso no es propio de la nulidad absoluta del contrato (aunque sin embargo, hable finalmente de nulidad al final de este último párrafo transcrito), resulta una incoherencia interna de la Sentencia que acuda la interpretación extensiva del artículo 1302 CC propio de la legitimación activa de las nulidades contractuales para justificar la legitimación activa del tercero ajeno al negocio jurídico que a nuestro juicio ha de calificarse de incompleto.

Por último, sin embargo, sí coincidimos con el Tribunal Supremo en la atención que realiza al interés legítimo para la confirmación de la legitimación activa del demandante aunque no haya sido parte contractual del negocio incompleto, en función de las concretas características del caso, a saber, accionista de la sociedad cuyas acciones fueron objeto de enajenación sin autorización judicial.

“5. La causa invocada para la nulidad es, como hemos visto, la contravención de una exigencia prevista para garantizar; en principio, los intereses del concurso en que la venta de los bienes y derechos de la masa activa se haga en el momento oportuno y se obtenga el máximo valor (precio). Pero es lógico que en un caso como este aflore otro interés, vinculado al anterior, digno de consideración: el activo objeto de la compraventa eran unas acciones de una sociedad anónima y la transmisión podía alterar el control de esa compañía. Es lógico que si la transmisión se hizo a favor de uno de los socios, pudiera haber algún otro interesado que no hubiera tenido oportunidad de optar a la compra, al no haberse seguido el trámite legal para la venta que sí le hubiera dado esa opción, y por ello se habría visto afectado por la irregularidad que motivaba la ineficacia. Este es el caso de Escampa, S.L., en cuanto que, al margen de cómo se caracterice esa ineficacia, la causa que lo justifica muestra su interés legítimo en hacerla valer, interés que le confiere legitimación para ejercitar la acción. Máxime cuando la irregularidad denunciada tiene, a su vez, un efecto reflejo negativo sobre el interés general del concurso en la optimización del valor de los activos en la fase de liquidación.”

Por tanto, estamos ante una Sentencia que no nos ofrece claramente una respuesta al problema debatido, como es la naturaleza jurídica de la enajenación de activos en fase común sin autorización judicial en función de los recursos o argumentos que se efectúan para sostener la legitimación activa del demandante en función de la concreta acción jurídica ejercitada lo que, a nuestro juicio, sí puede tener incluso trascendencia a los efectos del requisito de congruencia de la Sentencia. Es decir, una correcta definición de la posible naturaleza jurídica como negocio incompleto, nos tendría que ofrecer como resultado que la acción de nulidad que se ejerció no es la correcta y sí, por el contrario, lo sería la declarativa de inexistencia del negocio jurídico en función del interés legítimo concreto ostentado en este caso, para ejercer dicha pretensión declarativa y por tanto detentar legitimación activa procesal.

II. LA VENTA EN FASE COMÚN SIN AUTORIZACION JUDICIAL COMO NEGOCIO INCOMPLETO

Para poder abordar la tarea concerniente a deslindar los alcances del negocio jurídico debatido y ofrecer nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del mismo, consideramos que como punto de partida hemos de atender al concepto de negocio jurídico ofrecido en nuestra doctrina civilista, con el indudable y necesario recurso al pensamiento de De Castro.¹

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.²

En este sentido, 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>³

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 convalescencia 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 no 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.⁴

Ubicado en dicha línea argumentativa, De Castro⁵ 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 solidado 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.⁶

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.⁷

Rivero Hernández⁸ se hace eco, entre varias teorías al respecto, de la que elaborara Graziani⁹ 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—,¹⁰ 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.>

En opinión de Díez-Picazo ¹¹al tratar la teoría de la eficacia sometida a condición, nos dice que: <El problema que este tipo de razonamiento plantea estriba probablemente en que a la ratificación no se le puede calificar rigurosamente como condición en sentido estricto, ya que no se trata de un evento futuro e incierto al que voluntariamente las partes someten la eficacia del negocio, sino que se trata más bien de una pura *conditio iuris*, sin perjuicio de que en casos especiales los autores del negocio puedan efectivamente articularla como condición>.

Asimismo, Díez-Picazo, ¹²expone su parecer del siguiente modo: <La segunda parte del precepto legal que comentamos, examina el régimen jurídico del contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente, lo que puede ocurrir porque el poder no haya sido jamás otorgado, porque se haya extinguido con todos los requisitos necesarios para que esta extinción produzca efecto en relación con los terceros o porque el poder de representación sea insuficiente en relación con el acto que se pretende celebrar. Para esta hipótesis, en los casos en que la actuación del representante es abierta, el art. 1259 considera el acto nulo, aunque sin puntualizar, ni hacer ningún tipo de referencia a la clase de nulidad. Inmediatamente después de decir que es nulo añade que el acto puede

ser ratificado por el dominus o principal, lo que se compagina mal con una nulidad que, carente de calificación, habría que considerar como radical y absoluto. Efectivamente, si un acto es radicalmente nulo, no admite convalidación, ni producción de efectos en momento alguno. Un acto que puede ser ratificado y que a partir de su ratificación produce todos sus efectos, no puede ser considerado nulo en sentido estricto. Además, el precepto legal admite que el tercero puede “revocar” el contrato celebrado por el representante sin poder, lo que tampoco parece conciliable con la sanción de nulidad, pues el acto es per se nulo, el tercero no puede ni tiene por qué revocarlo.

Podría pensarse que, con la referencia a la nulidad, el CC alude a lo que técnicamente se denomina anulabilidad, más tampoco esta categoría conviene al fenómeno contemplado en el precepto que comentamos. La ley no atribuye al dominus o principal un poder especial de impugnación del acto, ni tiene éste por qué soportar la carga de llevar a cabo la impugnación. Además, aun en el supuesto de que el principal o el representado atacara o impugnara el acto, no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus autores. Por todo ello, entendemos que la categoría técnica que expresa mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder frente al principal o dominus es la de ineficacia relativa o irrelevancia.>

En nuestra opinión, la respuesta al problema no es sencilla ni creemos que pueda abordarse en términos absolutos, sino que efectivamente hemos de estar al negocio jurídico en cuestión y que resulte debatido.

Ya decíamos en su momento ¹³ que en realidad la “*condicio iuris*” no es uno de los temas propios de las condiciones en los que la doctrina y la jurisprudencia civil más se hayan prodigado.¹⁴

De inicio, la *condicio iuris* no es una auténtica condición sino un presupuesto legal para la eficacia del correspondiente negocio jurídico.

Von Thur ¹⁵ razona que: <No constituyen condición en el sentido de los arts. 151 y siguientes, los hechos que han de concurrir por imperio de la ley con las declaraciones de voluntad de las partes, para completar los factores de hecho de un contrato o de otro negocio jurídico cualquiera. Estos requisitos del contrato que no responden a la voluntad de las partes, sino a la existencia de la ley, suelen denominarse *condiciones jurídicas* (*condicio iuris*) (...) Si las partes, superfluamente, establecen una condición jurídica como requisito para la validez del negocio, esta adición no tiene valor jurídico alguno, ni convierte la declaración en condicional.>

Sobre la falta de mención de la *condicio iuris* en el negocio, Castán Pérez ¹⁶ analiza las fuentes romanas y razona lo siguiente: <La *condicio iuris* tampoco suele aparecer, por principio, en el contenido del negocio, pues se halla sobrentendida en el mismo. Puesto que se trata de acontecimientos o circunstancias

preestablecidas para la perfección del negocio (ya por una orden del Derecho, ya por derivar directamente de la naturaleza jurídica del negocio celebrado) que deben cumplirse necesariamente en el futuro aunque puede que no se cumplan (de ahí su carácter de condicio), su mención expresa resulta superflua por entenderse implícita en la propia sustancia del acto realizado. Es una cláusula implícita en el tenor del negocio que no precisa de otro tipo de mención expresa (...)>.

En este punto sí coincidimos con Pérez Ramos ¹⁷ cuando al analizar la opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGFPySS) expone lo siguiente: <No obstante, la DG adolece del defecto de dar un tratamiento unitario a dos casos completamente distintos, en la Resolución 5 marzo 2015 se trataba de una compraventa en la que se sujetaba a condición suspensiva la obtención de una autorización emitida por la autoridad competente por figurar el inmueble vendido en zona sujeta a la ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, mientras que en la Resolución 27 noviembre 2017 el evento al que se daba el carácter de condición suspensiva era «la obtención del preceptivo consentimiento de un tercero o adquisición de la propiedad de la cuota de éste por el otorgante para que se cumpla el principio de tracto sucesivo, y de ello se pretende hacer depender la eficacia del negocio». Por lo que en el primer caso encajaría en la categoría de negocio incompleto por faltar un requisito que el ordenamiento exige para que el negocio sea eficaz, pero no porque el consentimiento prestado por los contratantes no sea completo; mientras que en la Resolución de 2017 estamos ante un negocio incompleto porque falta el consentimiento de uno de los contratantes, y por ende uno de los presupuestos que el ordenamiento exige para que el negocio como tal pueda existir; y en los que, a diferencia de lo que sucede con la Resolución de 2015 no es posible sujetar el negocio a condición suspensiva>.

Es decir, entendemos que el supuesto de falta de autorización administrativa ¹⁸o judicial, como en este último caso, sucede en el caso analizado, sí puede ser considerado efectivamente como un negocio incompleto ex. artículo 1259 CC resultando dicho negocio antes de la ratificación (al tratarse de un negocio incompleto) del cual no puede reputarse aún una eficacia del mismo y por tanto sujeto a una *condictio iuris*.

De esta forma, en el caso de falta de autorización judicial para la enajenación de activos sociales en la fase común concursal, sí ha existido consentimiento contractual de las partes del negocio jurídico de compraventa, obviamente, pero falta un requisito necesario para que se complete la eficacia exigido por el Ordenamiento Jurídico, como es la autorización judicial, ya que la *condictio iuris* como dice la propia Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 27 de noviembre de 2017 (BOE núm. 303 de 14 de diciembre de

2027) son «*hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos*».

O sea, en casos diferentes al tratado en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023, si falta un elemento del contrato como es el consentimiento contractual del *dominus* la categoría del negocio incompleto predicable del mismo verdaderamente no tendría que ser reconducible a la categoría de la *condictio iuris*, resultando distintos de estos casos últimos, el analizado en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023, donde la falta de autorización judicial sí que se trata de un elemento de eficacia y no de existencia del negocio jurídico, encontrándonos por tanto ante una auténtica *condictio iuris*.

Dicha *condictio iuris* consideramos que no puede ser tratada como condición suspensiva, contractualizando plenamente la *condictio iuris* o suplida la *condictio iuris* por una condición suspensiva, tal y como vimos en su momento cuando analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013,^{19 20} donde cuando nos referíamos a que *cuando dicha condición convencional no añadiría más en este caso si de una auténtica condición legal se tratara la autorización administrativa requerida*, nos estábamos pronunciando admitiendo la objeción de Von Thur antes mencionada, es decir, que si *las partes, superfluamente, establecen una condición jurídica como requisito para la validez del negocio, esta adición no tiene valor jurídico alguno, ni convierte la declaración en condicional*, pero no para negar la superposición en términos de eficacia (que no de validez), de una *condictio facti* a la *condictio iuris*. 21

Por otro lado, la controversia sobre la calificación del negocio jurídico que requiere autorización judicial ha sido puesta de manifiesto en los supuestos de actos dispositivos del tutor (actual curador) sin la autorización judicial correspondiente, que nos ayudan a entender el presente supuesto.

Queremos destacar de nuevo la exposición de la problemática y las conclusiones que extrae Lanchas Sánchez sobre el particular, para lo que resulta conveniente colacionar la categorización de este autor con la que estamos de acuerdo, cuando en estos casos de autorizaciones judiciales como la presente en la que no se sustituye la declaración de voluntad de los otorgantes sino que se complementa, estamos en realidad ante un negocio jurídico procesal que integra la capacidad de las partes, frente a aquellos otros supuestos que sustituyen las declaraciones de voluntad de las partes, (por ej. art. 708 LEC), quien terminaba razonando lo siguiente: <En conclusión, es la declaración de voluntad de los particulares, que presupone la capacidad de obrar de los mismos como requisito para su validez, la que nos conduce al negocio jurídico procesal al existir en nuestro ordenamiento determinados supuestos en los que la declaración de voluntad de los interesados en el negocio jurídico, por sí sola, no es suficiente para que dicho negocio despliegue sus efectos sino que requiere de un acto de los órganos jurisdicciones en

forma de autorización y/o aprobación. Los más claros exponentes de ello serían la autorización judicial prevista en el artículo 166 del Código Civil en relación a determinados actos realizados por los progenitores sobre el patrimonio de los menores, la autorización prevista en el actual artículo 287 del mismo Código Civil en relación a actos de los curadores representativos que tienen trascendencia personal o familiar para la persona con discapacidad o afectan a su patrimonio o a ciertos derechos, y la aprobación judicial de la partición con pago de la legítima en metálico prevista en el artículo 843 del citado Código, a las que me referiré de manera más pormenorizada en la segunda parte de esta obra²²

Expuesto lo anterior, veamos la discusión jurisprudencial al respecto en uno de los casos de intervención judicial que complementa y no sustituye la declaración de voluntad de las partes a los efectos de trasladarlo al caso analizado en este trabajo. Nos estamos refiriendo principalmente a las actuaciones del tutor (curador con funciones representativas) ya que si bien es cierto que la aplicación de la doctrina del negocio imperfecto ex. art. 1259 CC fue adoptada en un primer momento por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 22 de abril de 2010 (RJ/2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010/6030), posteriormente el Tribunal Supremo se sumó a la tesis de la anulabilidad en la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156), ampliamente criticada por la doctrina, por admisión de la teoría del negocio incompleto aplicable a este caso.²³

En el ámbito propiamente concursal no han faltado tampoco opiniones que se han decantado por la aplicación del artículo 1259 CC (y por tanto de la doctrina del negocio incompleto) por atender a que la autorización judicial responde al deber de conservación del modo más conveniente de los intereses del concurso.

De esta forma, Martínez Flórez,²⁴ se pronuncia sobre el particular: <En este sentido, es claro que la norma impide al concursado intervenido y a la administración concursal realizar aquellas inversiones que no sean necesarias para mantener dicho patrimonio en el estado en el que se encuentre (v. gr., no podrán utilizar el dinero depositado en un banco para comprar un inmueble, aunque crean que dicha compra sería favorable para los intereses del concurso por existir estudios que indican que el precio de tal inmueble se incrementará en los meses próximos, a no ser que la compra del inmueble fuera necesaria, por ejemplo, para poder continuar la actividad empresarial). Y le impide asimismo ampliar la actividad empresarial que viniera realizando el deudor al tiempo de la apertura del concurso (v. gr., si se pretende que junto a las dos actividades que ya se venían desarrollando se inicie una nueva, por considerar que de ese modo puede aumentarse el patrimonio concursal y la satisfacción de los acreedores). Su actuación debe dirigirse a la conservación del patrimonio concursal. Los actos realizados excediendo las facultades conferidas serán ineficaces, pues habrán sido realiza-

dos sin poderes (art. 1259-II CC). Por otro lado, gozarán de más facultades de las que tenía el deudor antes de la declaración de concurso, en la medida en que se les van a permitir actuaciones que no serían posibles en ausencia del concurso (p. ej., pedir la resolución de contratos pendientes de ejecución por ambas partes cuando así lo exija el interés del concurso art. 61.2) (...) La Ley quiere que la enajenación y el gravamen de los bienes integrantes del patrimonio concursal no se produzcan antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación más que cuando sea necesario para conservar el patrimonio concursal. Y lo que se pretende al someterlos a autorización judicial es que el juez verifique si los actos de enajenación o gravamen cumplen efectivamente tal requisito. Para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor o para conservar otro bien del modo más conveniente para los intereses del concurso (p. ej., es preciso vender un bien para pagar los gastos de administración del concurso o hipotecar un bien para obtener un préstamo de dinero destinado a realizar reparaciones en un bien). La enajenación de bienes de la masa antes del momento temporal señalado por la norma no puede constituir en ningún caso un mecanismo de liquidación de la masa activa (...) La Ley no señala cuál es el régimen de los actos de disposición realizados sin la autorización del juez. Si los celebrantes se hubieran excedido de las facultades conferidas (por tratarse de actos de disposición que no eran necesarios para conservar el valor del patrimonio concursal), no llegarán a producir los efectos que le son propios por carecer de un requisito de eficacia. >

Nótese que el artículo 205 de la vigente Ley Concursal sigue diciendo que hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez sigue requiriendo dicha autorización judicial en términos análogos que el anterior artículo 43 de la Ley Concursal, sin duda porque los acreedores del concursado tienen interés legítimo en que la venta de bienes y derechos de la masa antes de que se abra la fase de liquidación sea autorizada judicialmente, pues esos activos están afectados al pago de sus créditos, ordinariamente una vez abierta la liquidación, como afirma el Tribunal Supremo en esta Sentencia que tratamos.

Al hilo de lo anterior, no encontramos datos definitivos en la Sentencia para poder afirmar si efectivamente la norma contravenida fue el artículo 43 de la Ley Concursal (la cual parece ser a la que recurre el Tribunal Supremo, actual artículo 205 de la Ley Concursal) o como afirma Carrasco Perera al comentar esta Sentencia <...el artículo 43.3.2.º (art. 206.2 TRLC) que prohíbe la venta de bienes muebles (acciones) no necesarios por un precio inferior al 20 % del valor dado en el inventario y si no constare oferta superior>, ²⁵ aunque es cierto que en la demanda se pidió la anulación por haberse incumplido los requisitos del

artículo 43.3.2.º de la Ley Concursal, si bien en el fondo, el problema debatido no cambiaría dado el análisis que ha de realizarse desde la falta de autorización judicial al negocio en concreto.

Al margen de lo anterior, según hemos venido sosteniendo y por las razones expuestas, no somos de la opinión de que el caso haya de tratarse como una nulidad absoluta por contravención de norma imperativa ex. art. 6.3 CC, como hace Carrasco Perera ²⁶cuando se pronuncia del siguiente tenor: <§ 2. El precepto que oficia de norma prohibitiva no es una norma sujeta a reserva de dispensación judicial. El juez aprobará la oferta cuando cumpla ésta los requisitos sustantivos, de forma que la autorización sólo tendrá valor declarativo de efectos preexistentes. En consecuencia, no es una norma «dispensable» ni «confirmable», por lo que la sanción civil correspondiente es la nulidad absoluta>.

III. DETERMINADAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2023

Entendemos que en caso de negocio incompleto ex. artículo 1259 del Código Civil, precisamente habría que interponer una acción que declarara la ineficacia del negocio imperfecto concluido en el caso analizado y no una acción de nulidad absoluta o relativa.

Nuestro artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y nuestra jurisprudencia ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992 (RTC 1992, 210), proclama al respecto que:

«La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa».

Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

Por lo tanto, pese a que el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contenga sólo una regulación de la acción declarativa positiva, no cabe duda que también puede articularse la acción declarativa negativa para que se estime la inexistencia de un derecho, como en el caso debatido, a saber la declaración de efectos jurídicos propios del negocio incompleto suscrito sin la autorización judicial correspondiente en los términos exigidos por la legislación concursal.

Como decíamos anteriormente y reiteramos en estos momentos una correcta definición de la posible naturaleza jurídica como negocio incompleto, nos tendría que ofrecer como resultado que la acción de nulidad que se ejerció en el pleito resuelto por el Tribunal Supremo no es la correcta y sí, por el contrario, lo sería la declarativa de inexistencia del negocio jurídico en función del interés legítimo concreto ostentado en este caso, para ejercer dicha pretensión declarativa y por tanto detentar legitimación activa procesal.

Por ello, no puede compartirse la siguiente afirmación que realiza el Tribunal Supremo en esta Sentencia:

“Al margen de cómo haya sido denominada la acción de ineficacia ejercitada en la demanda y cómo lo haya sido en la Sentencia que la estima”.

Cuando con posterioridad se afirma en la Sentencia lo siguiente:

“En el bien entendido de que la conformidad del juez del concurso con la enajenación, que normalmente será previa a la realización del acto de disposición, podría ser posterior.

Desde esta perspectiva de la posible convalidación del vicio o defecto de capacidad para disponer, es desde la que podría entenderse que no se trata propiamente de una nulidad absoluta.”

Es decir, resulta criticable que la Sentencia desatienda la naturaleza de la acción de nulidad ejercitada por la demandante (cuya petición consistía en que se proceda a la anulación de las compraventas impugnadas), máxime cuando con posterioridad incluso llega a afirmar que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad, y sin embargo no vea problema al respecto para el Fallo de la misma, si efectivamente hubiera atendido a la verdadera naturaleza jurídica del negocio, como un negocio incompleto.

El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar

algo distinto a lo solicitado, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la Sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la Sentencia (art. 218.1 LEC).

Desde luego, sólo desde la concepción por parte del Tribunal Supremo en esta Sentencia analizada, como de un supuesto de anulabilidad (a nuestro juicio, incorrecto), puede entenderse que el Fallo del Tribunal Supremo sea congruente, en consonancia con lo que ya declaró el Tribunal Supremo en un caso de ausencia de autorización judicial para que el tutor (curador con funciones representativas) puede actuar según lo exigido legalmente para determinadas actuaciones, tal y como propuso la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156), que como decíamos ha sido ampliamente criticada por la doctrina, por admisión de la teoría del negocio incompleto aplicable a este caso del tutor (curador con funciones representativas), al igual que debería tratarse este supuesto de falta de autorización judicial para la enajenación de activos en la fase común del concurso.²⁷

Si conforme hemos venido sosteniendo este caso resuelto en la Sentencia de 22 de diciembre de 2023 ha de abordarse desde la perspectiva del negocio incompleto, no puede argumentarse el interés legítimo (art. 10 LEC) conforme a la aplicación al caso que realiza el Alto Tribunal del artículo 1302 CC, aunque diga por otro lado que la legitimación e interés legítimo trasciende del propio artículo 1302 CC, (*“razón por la cual la legitimación para instar su ineficacia se extiende más allá de la prevista en el art. 1302 CC”*).

Esto es, si el Tribunal Supremo no considera acertadamente el caso como un supuesto de nulidad absoluta no pudiendo por tanto acceder a la legitimación que a los terceros perjudicados por el contrato nulo absolutamente se ha venido reconociendo por la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede sostenerse por esta vía la legitimación activa del demandante, ni tampoco si estuviéramos tratando el caso como de anulabilidad se tratara, ya que el demandante no era parte contractual legitimada para la impugnación del contrato anulable ex. art. 1302.1 CC ²⁸, tal y como ha recordado en ocasiones el Tribunal Supremo, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021 (556/2021), que confirma la falta de legitimación de la actora, decretada en la Sentencia de primera instancia, para el ejercicio de las acciones deducidas de nulidad relativa o anulabilidad, de incumplimiento contractual por el deber de información con respecto a la adquisición de las preferentes realizadas por su madre, cuando dijo que: *“Ahora bien, la doctrina expuesta no es aplicable al caso que nos ocupa, en que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de anulabilidad, cuya legitimación activa es regulada por el art. 1302 del CC, en el*

sentido de que tal acción la pueden ejercitar tan solo los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos”.

Por ello, sólo nos basta atender al concepto de interés legítimo o jurídico para sostener la legitimación activa del demandante en este caso.

Como respuesta a la segunda cuestión que nos proponemos, es de aplicación al caso la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el reconocimiento por el art. 24.1 CE del derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo (por todas, STC 28/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 28], F. 2).

Resultando que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F. 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F. 3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F. 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F. 4).

Por ello, un tercero si goza de interés legítimo, ha de tener legitimación activa para la interposición de la referida acción declarativa de inexistencia de contrato efectuado con conflicto de interés y claro que un socio o accionista puede ver repercutido en su esfera jurídica el resultado de dicha declaración de negocio jurídico imperfecto al afectar al patrimonio de la empresa e incluso a la valoración de sus acciones o participaciones sociales la decisión de conclusión del mismo en conflicto de interés, e incluso como dice el Tribunal Supremo porque el activo objeto de la compraventa eran unas acciones de una sociedad anónima y la transmisión podía alterar el control de esa compañía. Es lógico que si la transmisión se hizo a favor de uno de los socios, pudiera haber algún otro interesado que no hubiera tenido oportunidad de optar a la compra, al no haberse seguido el trámite legal para la venta que sí le hubiera dado esa opción, y por ello se habría visto afectado por la irregularidad que motivaba la ineficacia. Este es el caso de Escampa, S.L., en cuanto que, al margen de cómo se caracterice esa ineficacia, la causa que lo justifica muestra su interés legítimo en hacerla valer, interés que le confiere legitimación para ejercitar la acción. Máxime cuando la irregularidad denunciada tiene, a su vez, un efecto reflejo negativo sobre el interés general del concurso en la optimización del valor de los activos en la fase de liquidación.

En realidad, el artículo 1259 CC no contiene una expresa regla de legitimación que habilite al tercero (a diferencia de otros casos previstos en la Ley, como por ejemplo, el artículo 206 LSC) para interponer la acción declarativa de inefi-

cacia del negocio jurídico incompleto en consonancia con lo que podría exigirse del artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando por otro lado que no resulta titular del derecho subjetivo controvertido, pero en nuestra opinión y al igual que ha ocurrido para los casos de nulidad absoluta, no vemos obstáculo a la apreciación de la misma, en función del perjuicio que puede sufrir ante el negocio imperfecto y en atención a la concepción amplia del interés legítimo o jurídico que ha venido estableciéndose por nuestro Tribunal Constitucional para reconocer legitimación actuante.

No obstante lo anterior, somos conscientes de que el concepto de “*interés legítimo*” ha venido siendo desarrollado en la doctrina del Tribunal Constitucional con base al artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aunque haya sido adoptado para los casos de ejercicio de nulidad por parte de un tercero, como ha entendido por ejemplo Cerdón Moreno ²⁹, y aún así seguimos entendiendo extensible y aplicable el recurso al concepto de “*interés legítimo*” para conferir legitimación activa al tercero que puede verse perjudicado por el negocio incompleto, a modo, de admisión que para la nulidad absoluta ya se ha realizado sin discusión en nuestra Jurisprudencia, quien en definitiva será la encargada de ir ofreciéndonos criterios sobre este particular, como se ha pronunciado la doctrina procesalista al plantearse o cuestionarse la generalización del concepto de “*interés legítimo*” a la Jurisdicción Civil (ante la parquedad del art. 10 LEC).

De esta forma, Cabañas García ³⁰se pronunciaba al respecto: <Mas la cuestión capital es otra: más allá de lo previsto legalmente, ¿podría sostenerse la generalización del interés legítimo como título de legitimación en este orden jurisdiccional, por vía de integración judicial ex art. 24.1 CE, a un nivel similar a lo que acontece en el contencioso-administrativo? (...) Y teniendo presente que el art. 24.1 CE es un derecho (procesal) de configuración legal, que no discrimina, pero a contrario sensu tampoco impone, el empleo del interés legítimo en todo espectro de la Jurisdicción, resultará por tanto preciso que la propia ley procesal sectorial, en este caso la LEC, estatuya —si tal cosa ocurre alguna vez— tal generalización. Entonces ya no la ley, sino el criterio de los tribunales, marcará la pauta de los intereses relevantes para conferir legitimación. En el contencioso-administrativo, esa generalización sí se ha producido ex art. 19.1.>

En suma, acción jurídica y Fallo cuestionable el que nos ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023, resultando conveniente la aclaración y precisión posterior de los conceptos debatidos en futuras resoluciones de nuestro Alto Tribunal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CABAÑAS GARCÍA. La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil. Dijusa, 2008.
- CARRASCO PERERA. El consocio no acreedor de la concursada consigue la nulidad de la enajenación de bienes de la masa por el administrador concursal (STS de 22 de diciembre del 2023). Boletín GA_P, Enero 2024.
- CARRASCO PERERA. Una propuesta para los casos de contravención de cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones. Boletín GA_P, febrero 2024.
- CASTÁN PÉREZ GÓMEZ. “Conditio iuris” y “tacita condicio”: las condiciones implícitas en el derecho privado romano. Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006.
- CORDÓN MORENO. De nuevo sobre la legitimación, 1997.
- DE CASTRO. El Negocio Jurídico. Civitas, 1985.
- DÍEZ-PICAZO. La representación en el Derecho Privado. Civitas, 1979.
- DÍEZ-PICAZO. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.
- GRAZIANI. La rappresentanza senza procura. Studi di Diritto Civile e Commerciale, Napoli, 1927.
- GOMÁ LANZÓN. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (2/2018). Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Año 2018, Número 10.
- LANCHAS SÁNCHEZ. La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales, Editorial Dykinson, S.L, 2021.
- MARTÍNEZ FLÓREZ. Comentario al artículo 43 de la Ley Concursal. Comentario de la Ley Concursal, Aranzadi, 2015.
- PÉREZ RAMOS. El negocio incompleto. Revista de Derecho Civil, Vol. X. núm. 5 (octubre-diciembre, 2023)
- REDONDO TRIGO «Conditio iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (2014).
- RIVERO HERNÁNDEZ. Naturaleza y situación del contrato del “*falsus procurator*”. Anuario de Derecho Civil 1976, Fascículo 4.
- VON THUR. Tratado de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Reus. Reimpresión de la Primera Edición, 1999.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 noviembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2004, de 23 de marzo

- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2005, de 14 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2006, de 13 de marzo
- Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013
- Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 27 de noviembre de 2017

NOTAS

¹ Este esquema del pensamiento de De Castro aplicándolo al problema analizado, que también adoptamos en estos momentos, puede verse expuesto igualmente en la obra de Lanchas Sánchez. *La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales*, Editorial Dykinson, S.L., 2021.

² De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, págs. 25 y 26.

³ De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, pág. 34.

⁴ 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)>.

⁵ Vid. op. cit. pág. 472.

⁶ De Castro. Vid. op. cit. págs. 471 y 472: <La frase nulidad absoluta puede emplearse en un sentido restringido y sin comprender los negocios llamadas 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>.

⁷ Rivero Hernández. <Naturaleza y situación del contrato del “*falsus procurator*”>. Anuario de Derecho Civil 1976, Fascículo 4.

⁸ Rivero Hernández. Vid. op. cit. págs. 1096 y ss.

⁹ Graziani. <La rappresentanza senza procura>. *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Napoli, 1927.

¹⁰ 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 condicionada 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.>.

¹¹ Díez-Picazo. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, 1979, pág. 219.

¹² Díez-Picazo. *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993, págs. 439 y 440.

¹³ Redondo Trigo «Condición iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N.º 743.

¹⁴ Destaca, sin embargo, el análisis romanista realizado por Castán Pérez Gómez. “*Condicio iuris*” y “*tacita condicio*”: las condiciones implícitas en el derecho privado romano. Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006.

¹⁵ Von Thur. *Tratado de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Reus*. Reimpresión de la Primera Edición, 1999, páginas 218 y 219.

¹⁶ Vid. op. Cit. Páginas 41 y siguientes. En este sentido, se cita el Digesto 23.3.21 (Ulp. 35 Sab): “*La estipulación que se hace a causa de la dote, es claro que implica la condición de <si se efectuase el matrimonio>, y que por ello sólo puede reclamarse en virtud de ella (aunque no se haya expresado la condición) si <se efectuase> el matrimonio; por lo cual, si se enviara un nuncio <de desistimiento que impida el matrimonio> se considera que faltó la condición de la estipulación>”.* Digesto 36.2.22.1: “*Algunas condiciones son superfluas, como si escribe <el testador>: <sea Ticio mi heredero. Si Ticio hubiera adido mi herencia, que dé diez mil sestercios a Mevio>, pues tal condición se tiene por no puesta, de forma que de todos modos el legado pase al heredero de Mevio, aunque Mevio hubiese muerto antes de adirse la herencia. Y lo mismo si se hubiera escrito en estos términos: <Si Ticio llegara a adir mi herencia, que dé cien mil sestercios a Mevio antes de los cien días>, pues este legado será con término y no bajo condición, ya que debe aprobarse la definición de Labeón cuando dice que pasa al heredero del legatario aquel legado que es cierto que se deberá si la herencia es adida>”.*

Digesto 50.17.77: “*Los actos <llamados> <legítimos>, que no toleran el término ni la condición, como son la emancipación, la aceptilación, la adición de la herencia, la opción de un esclavo y el nombramiento de tutor <por el magistrado>, se anulan si se inserta en ellos un plazo o una condición. Sin embargo, estos actos supraescritos admiten implícitamente lo que les anularía si lo contuvieran expresamente; así, si se hace aceptilación al deudor que prometió bajo condición, sólo se entiende que vale la aceptilación si se cumple la condición de la obligación, pero si se contuviera expresamente tal condición, ésta anularía el acto>”.* Castán Pérez (ibidem, páginas 43 y 44), explica este texto de Papiniano de la siguiente forma: <El inciso final del fragmento es el que más nos interesa y, a la vez, el que mayores dudas levanta. Papiniano dice que la *acceptilatio*, acto de los considerados legítimos, puede tener por objeto una obligación que esté afectada por una condición, pero si ésta se expresa o se repite en el acto de la aceptilación, lo deja sin efecto. El jurista parece decir que es imprescindible que el nexo de subordinación no esté explícitamente afirmado en el tenor del negocio legítimo, ya que si consta de forma expresa provoca la nulidad de tal acto. Esto indica, entre otras cosas, que el formalismo romano seguía todavía vigente durante el Derecho clásico y justiniano en ciertos negocios que no admitían una limitación de este tipo. Cuando Papiniano, cuya doctrina tuvo tanto predicamento en los últimos períodos romanos, sostiene que la incorporación expresa de una *condicio iuris* en el negocio deviene en condicional —y por tanto en nulo— a éste, prácticamente viene a decir que la *condicio iuris* así agregada se transforma en una *condicio facti*, de forma que el negocio se hace nulo por tratarse de *actus legitimi*. Es evidente que es aplicable tan sólo a este tipo de negocios formales, porque ya hemos visto, v. gr., cómo la mención expresa en el testamento de la aceptación de la herencia como condicio de la eficacia de los legados se consideraba superflua y en nada afectaba a los efectos jurídicos del testamento. Pero volviendo a la interesante observación de Papiniano, cabe recordar que la misma idea la encontramos en un texto de Modestino (...): Digesto 35.1.52: “*Ocurre algunas veces que algunas declaraciones directas perjudican, aunque sin perjuicio podrían sobrentenderse indirectamente en otra; como por ejemplo, cuando se lega algo a alguien diciendo <doy y lego diez mil sestercios a Ticio si Mevio subiera al Capitolio>, pues aunque dependa de Mevio subir al Capitolio y el querer que se deba el legado a Ticio, no procedía, sin embargo, hacerse el legado con eficacia*

diciendo <doyle a Ticio diez mil sestercios si quisiera Mevio> pues un legado no puede dejarse a la voluntad de un tercero. Así, suele decirse que (= D. 50.17.195) lo que declarado abiertamente perjudica, no perjudica si se implica en una declaración indirecta”.

¹⁷ Pérez Ramos. <El negocio incompleto>. *Revista de Derecho Civil*, Vol. X. núm. 5 (octubre-diciembre, 2023), páginas 77 y 78.

¹⁸ No obstante, y en función de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, ya razonamos en su momento que no toda intervención o autorización administrativa en un contrato puede reputarse como *conditio iuris*. Vid. Redondo Trigo «*Conditio iuris* o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N.º 743.

¹⁹ Redondo Trigo «*Conditio iuris* o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N.º 743, donde opinábamos lo siguiente: <De la exposición del tratamiento doctrinal de la *conditio iuris* que hemos realizado nos quedamos por el momento y a los efectos del presente trabajo con las siguientes ideas, a saber: generalmente la inclusión de la condición legal en el contrato no añade nada al régimen del mismo; la dudosa conceptualización de una autorización administrativa como condición legal para la eficacia contractual y la posible aplicación en determinados supuestos del régimen del cumplimiento ficticio previsto en el artículo 1119 del Código Civil a las condiciones legales... En nuestra opinión, si bien es cierto que no puede generalizarse, el hecho de que un determinado contrato requiera autorización administrativa previa no creemos que pueda calificarse la misma como condición legal, sin la cual no haya habido producción de efectos jurídicos propios del contrato en cuestión. Es decir, podemos llegar a comprender que la transmisión de concesiones administrativas o licencias administrativas que requieran o impliquen una labor fiscalizadora administrativa, implique el tratamiento de dicha autorización administrativa como condición legal necesaria para el nacimiento del derecho subjetivo en cuestión... Por otro lado, según hemos tenido ocasión de exponer aunque de condición legal se tratara la analizada por la presente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013, no faltarían argumentos para poder sostener la aplicación analógica a la misma del cumplimiento ficticio previsto en el artículo 1119 del Código Civil, ante la actitud dolosa del obligado impidiendo el cumplimiento de la condición, máxime cuando en el propio contrato de compraventa aparecía la necesaria autorización administrativa como condición propia introducida por las partes, aunque dicho cumplimiento ficticio desplecase sus efectos en las relaciones jurídico privadas de las partes contractuales.>.

Sin embargo, en contra, Pérez Ramos (op. cit. págs. 79): <Es evidente que una *conditio iuris* no puede ser suplida por una condición suspensiva. Es decir, el que se pacte por las partes contractuales que el evento configurado legalmente como *conditio iuris* operará como condición suspensiva no convierte la primera en la segunda. Esto último es muy importante porque de esta forma se supera el principal escrúpulo que lleva a la doctrina y la jurisprudencia a negar que una *conditio iuris* puede configurarse como condición suspensiva, ya que la verdadera inquietud que inspira esta opinión es el temor a que se pretenda dar por cumplida la *conditio iuris* simplemente porque el obligado impidiera voluntariamente su cumplimiento⁹⁸, tal y como se planteó en la STS (1.ª) 28 octubre 2013.

Por consiguiente, no puedo estar de acuerdo con Carrasco, cuando propone que se aplique analógicamente a las *conditio iuris* el artículo 1119 Código civil —que recordemos ordena que «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento»— aduciendo que habrá casos en los «que la mala fe de uno de los contratantes que impidiera la consumación del supuesto de hecho legal del que depende la adquisición del

derecho del tercero pueda ser neutralizada mediante el artículo 1119 del Código Civil, con la consecuencia de que el supuesto de hecho en cuestión tendría que darse como completado».

²⁰ Sobre la admisibilidad de configurar a la *condictio iuris* operando además como condición suspensiva, Vid. Pérez Ramos, op. cit. págs. 80 y ss, quien opina que: <Es decir, lo importante no es que las partes han acordado sustituir la *conditio iuris* por una condición suspensiva, sino que han pactado que el evento futuro e incierto que el ordenamiento impone para que el negocio sea completo además de operar como *conditio iuris*, surta efectos también —o como veremos, al menos parcialmente— como *conditio facti*.>

²¹ Distinto es a nuestro juicio, el caso de la necesaria autorización de la Junta General ex. art. 160 f o de dispensa por la misma de conflictos de interés de los administradores, donde efectivamente siendo encajables dentro del artículo 1259 CC (siendo conscientes como hemos puesto de manifiesto en varias ocasiones de la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de las consecuencias jurídicas de dicha ausencia de acuerdo de Junta General, lo que habrá de ser determinado por nuestro Tribunal Supremo) y por tanto de ausencia de poder, entendemos realmente que nos encontraríamos ante un caso de contrato incompleto por falta de consentimiento y no de contrato incompleto cuya eficacia se haya sujeto a *condictio iuris*.

²² Lanchas Sánchez, op. cit. pág. 23.

²³ A título de ejemplo y en extenso no sólo Lanchas Sánchez en la obra citada, sino también Gomá Lanzón. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (2/2018)>. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Año 2018-Número 10*.

²⁴ Martínez Flórez. <Comentario al artículo 43 de la Ley Concursal> *Comentario de la Ley Concursal*, Aranzadi, 2015.

²⁵ Carrasco Perera. <El consocio no acreedor de la concursada consigue la nulidad de la enajenación de bienes de la masa por el administrador concursal (STS de 22 de diciembre del 2023)>. *Boletín GA_P, Enero 2024*.

²⁶ Carrasco Perera. <El consocio no acreedor de la concursada consigue la nulidad de la enajenación de bienes de la masa por el administrador concursal (STS de 22 de diciembre del 2023)>. *Boletín GA_P, Enero 2024*, pág. 3.

²⁷ Hay autores, como Carrasco Perera, que vienen declarando ineficiente el remedio previsto para los casos del artículo 1259 CC sobre la base de lo que han venido a denominar como “*expansión objetiva*” de la anulabilidad, lo que no compartimos en función de la dogmática del negocio incompleto a la que hemos atendido. Así, en el caso para los supuestos de falta de cumplimiento de las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones, se ha pronunciado recientemente Carrasco Perera de la siguiente forma: <§ 9. Con la expansión objetiva que han supuesto los artículos 1301.5.º del Código Civil, 100 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 109 del Texto Refundido de la Ley Concursal, la anulabilidad ha dejado de ser un simple remedio de rescisión contra las deficiencias volitivas del declarante. La estructura del remedio permite hoy su extensión a cualquier vicio de ineficacia cuando no estén en juego intereses generales de orden público y haya que limitar la legitimación y el plazo, en razón de los intereses en presencia. La anulabilidad es también una solución más líquida y con menos leverage estratégico que la inoponibilidad del artículo 1259 del Código Civil. La sociedad podrá hacer ineficaz la transmisión, pero en un plazo de cuatro años, que tendría que contar desde la consumación del negocio, con posibilidad de convalidar tácitamente por el artículo 1311 de dicho código, mientras que la inoponibilidad no está en principio sujeta a plazo. Las soluciones de ineficacia/inoponibilidad pura son ineficientes porque pueden prolongar indefinidamente la existencia de una situación interina irregular,

dando lugar casi necesariamente a que el conflicto se encone o acabe despachándose mediante un recurso a los remedios de abuso de derecho.>

Carrasco Perera. <Una propuesta para los casos de contravención de cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones>. Boletín GA_P, febrero 2024.

²⁸ La Jurisprudencia ha estimado la legitimación de un tercero, que no haya sido parte en el contrato para la impugnación del contrato nulo absolutamente siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello que suponga que se vea afectado o perjudicado por dicho contrato, (Vid. a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 4/2013, de 16 de enero de 2013).

²⁹ Cordon Moreno. *De nuevo sobre la legitimación*, 1997, pág. 54.

³⁰ Cabañas García. *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*. Dijusa, 2008, págs. 76 y 77.

